

Venta por el propietario no poseedor: Cesión de la acción reivindicatoria

(CONTINUACION)

7. GARCIA GOYENA Y EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851

LACRUZ BERDEJO, al exponer el proceso codificador español, concluye que la paternidad del proyecto de Código Civil de 1851 corresponde sólo a cuatro de los miembros de la Comisión General de Código, a saber, GARCÍA GOYENA, CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY. Tan reducido grupo supone una aportación personal considerable de cada uno de los presentes, o bien, como es prácticamente seguro, que fuera GARCÍA GOYENA (204) quien llevara la voz cantante y lo verdaderamente arduo del trabajo, quedando más especialmente para LU-

(204) Nacido en Tafalla de Navarra el 27 de octubre de 1783; desempeñó muy joven una Cátedra de Digesto en Salamanca; ejerció la abogacía en Tarragona y Barcelona; de allí se exilió a Francia, perseguido como liberal, regresando después de morir Fernando VII; fue fiscal de Madrid; regente de las Audiencias de Valencia y de Burgos, Ministro de la Audiencia de Madrid; Magistrado del Tribunal Supremo, y llegó a Presidente de Sala. Su primera obra de empeño, en 1842, es la nueva edición, con mucho, la más estimada, de «Febrero» o «*Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*», el texto jurídico más popular de la primera mitad del siglo. Pero su obra fundamental fue la codificación civil, que promovió desde el primer momento y llevó a cabo con una estupenda aportación personal. No es un científico del Derecho, ni un profesor, ni siquiera un erudito, su aparato bibliográfico es muy parco—ver LACRUZ—; no es ningún ilustrado (es un moderado, incluso en las citas), pero es un jurista agudo y despierto, un buen juez, un abogado de calidad.

Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Nota preliminar a la reimpresión en Zaragoza, 1974, de las Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, Madrid, 1852.

ZURIAGA (aunque intervino también con intensidad en todo el resto, según advierte GARCÍA GOYENA) las cuestiones hipotecarias y actuando de corifeos y árbitros BRAVO MURILLO y SÁNCHEZ PUY.

No es ajeno al proyecto, desde luego, el Derecho patrio: el castellano y, en algunas ocasiones, alguna regla del Derecho catalán, aragonés o navarro. Pero el texto de 1851 no es una recopilación del Derecho vigente (205).

Con todos sus fallos, el texto isabelino es el *antecedente claro de nuestro Código Civil*. Abiertamente había previsto el proyecto de Ley de Bases de ALONSO MARTÍNEZ, en su artículo 1.º, que se publicase como ley del Reino, con las convenientes modificaciones, «el proyecto de Código Civil de 5 de mayo de 1851», y según la base primera de la Ley de 1888, el «Código tomará como base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones del Derecho histórico patrio»; en realidad, el Código se hallaba redactado ya desde antes, salvo las modificaciones de última hora, y lo que la base establece como precepto a cumplir es una descripción del *modus operandi* seguido por la Comisión de Codificación desde que se emprendió la tarea de redactar el Código Civil, y no un precepto con verdadera eficacia para el futuro.

Biológicamente, bien puede considerarse que el proyecto de 1851 es el Código Civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración. A la vista del anteproyecto del Código Civil queda robustecido el valor que para la interpretación del Código tiene el proyecto de 1851 y las «concordancias» de GARCÍA GOYENA.

La propia sección de Derecho civil de la Comisión de Codificación, terminado su trabajo, envía el Código al gobierno (5 de mayo de 1851), y en la exposición que lo acompaña puede leerse que «simultáneamente

(205) «Emplea como guía el Código Civil francés. Lo imita con notable fidelidad, en su sistema y orden de materias. Pero sobre todo, le sigue con transcripción literal o casi literal de un buen número de preceptos, y en la clara inspiración de muchos otros que representan, en la mente de la Comisión, una mejora sobre el original extranjero: sin ánimo, por supuesto, de realizar ellos, a su vez, obra original.

Su falta de inspiración nacional, y—cuando lo tiene—su exclusivismo castellanista, constituyen sus dos defectos esenciales que lo mantuvieron siempre, afortunadamente, nonato en la legislación. Otras tachas menores, de las que tampoco se halla libre el Código Civil de 1888, son fruto de la época: de unos prejuicios y corrientes de ideas y de un grado muy bajo de técnica en los juristas españoles de entonces: tachas que, siendo generales, no permitían una crítica válida o un proyecto mejor a otros niveles de ideas o conocimiento; y, por tanto, no hubieran obstado a su promulgación como ley.»

A lo que, dice LACRUZ, ha de observarse que, aunque el proyecto sea «afrancesado», el *Code*, aparte peculiaridades territoriales, *representa* la formulación del *Usus modernus pandectarum*, mejor aún que el Código Civil austríaco, *aunque precisamente se aparta* de aquél y de éste *en lo referente al sistema del título y el modo*.

con el Código, ha formado el señor don FLORENCIO GARCÍA GOYENA una obra que contiene la historia y el examen comparado y los motivos de cada uno de los artículos, interpretando y resolviendo en el espíritu de los mismos algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en su aplicación»; cabe deducir de aquí el modo y desarrollo de las discusiones, que normalmente obedecerían a una ponencia o propuesta de GARCÍA GOYENA, aceptada unas veces y discutida otras por sus colegas. Y aún dice algo más, en apoyo de la suma importancia de la obra de GARCÍA GOYENA, la citada exposición: «esa interpretación y resoluciones pueden considerarse *auténticas*, por haberse hecho previa discusión con aprobación de las secciones». GARCÍA GOYENA es, en verdad, no sólo el gran motor de la codificación española, sino también el primer comentarista de la mayor parte de los preceptos del Código Civil y el mejor auxilio para la interpretación histórica (206).

Los civilistas españoles, desde 1888 hasta época muy reciente, citan a GARCÍA GOYENA, pero no con la constancia que merece una obra a la que acaso no se ha dado toda la importancia que tiene para la averiguación de la *voluntas legislatoris*. El propio JOSÉ CASTÁN, maestro y mentor, a través de su obra, de los civilistas españoles durante casi medio siglo, da noticias de las «concordancias» en una simple nota al pie de página: «Publicó GARCÍA GOYENA un libro, interesante todavía hoy...» Pienso—dice LACRUZ BERDEJO—que ese libro no es simplemente un libro interesante: es un *libro clave*.

Esta afirmación—dice—se funda en la idea sobre la naturaleza y virtualidad de la ley como acto de la voluntad inteligente, encarnando el mandato de un legislador concreto; naturaleza de la cual deriva el valor primordial de los trabajos preparatorios para la interpretación del precepto (207).

(206) «La obra de GARCÍA GOYENA se compone de explicaciones sobre cada precepto aislado. El autor da noticia, con solicitud, en primer lugar y como una caución indispensable, de los Códigos extranjeros que se han tenido en cuenta en su redacción (entre los de Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña), conocidos por él, sin duda, a través de la obra de ANTOINE DE SAINT JOSEPH, durante su exilio en Francia, del que regresó poco después de la muerte de Fernando VII.

Atiende también a las concordancias que al autor le parecen existir entre el precepto proyectado y las fuentes romanas, e igualmente las españolas. Más los pasajes romanos que abundantemente exornan las concordancias, así como los de las leyes de Partidas y otras fuentes castellanas (muy excepcionalmente, alguna foral), dan no pocas veces la impresión de un añadido *postfacto*, como si el texto genuino procediera de los Códigos extranjeros y, una vez redactado, se concordara con los viejos pasajes del Derecho tradicional.»

(207) «Como observa DUALDE—dice LACRUZ—, difícilmente cabe atribuir el sentido de la ley al órgano legislativo que la aprueba: ni las Pandectas son obra de Justiniano, ni las Partidas de Alfonso *el Sabio* (al menos, en una medida notable), ni el Código Civil de los cuerpos colegisladores españoles. Atribuir el contenido

La forma de elaboración de nuestro Código concede al proyecto de 1851 y al trabajo de GARCÍA GOYENA una autoridad singular, hasta el punto de ser muy pocos los cuerpos legales de esta clase provistos de una explicación tan directa y convincente. Pues, en primer lugar, lo reducido de la Comisión que redactó el proyecto y la autoridad en ella de GARCÍA GOYENA garantizan la afirmación de los propios vocales de ser el trabajo de este autor una interpretación auténtica de la voluntad colectiva; en segundo lugar, se puede prescindir aquí (como legislador del Código Civil con propia voluntad, merced al sistema de la Ley de Bases) de la mayoría parlamentaria que votó ésta; y, por último, en cuanto a la Comisión de Codificación que elaboró el Código Civil, tanto el mandato de la propia Ley de Bases (o más bien descripción de algo ya realizado) como las notas de concordancia añadidas al anteproyecto, redactado por aquélla y que continuamente remiten al texto isabelino, convencen de que dicho texto se halla en el origen del articulado vigente, formulado en un ininterrumpido diálogo con la obra de GARCÍA GOYENA. De ahí el valor excepcional, incomparable, de ésta en la fijación de la *voluntad del legislador*.

8. COMPARACION ENTRE EL PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE 1851 Y EL CODIGO CIVIL DE 1889

La comparación entre el Proyecto y el C. c., cuando éste modifica la regulación de aquél, sirve, por contraste, para percatarse mejor de la actitud y de los propósitos del legislador de 1888, dice LACRUZ, e interpretar el texto vigente, revisado en 1889.

Respecto al tema de este estudio, interesa resaltar estas conclusiones evidentes: El Proyecto de 1851, en cuanto al sistema de transmisión formulado por GARCÍA GOYENA y LUZURIAGA, se quedó en proyecto. La Ley Hipotecaria de 1861 parte de la vigencia en el Derecho civil del sistema tradicional del título y el modo, e introduce reformas derivadas de los efectos publicitarios de la inscripción. El C. c. vigente se limita a adaptar el Proyecto de 1851 al sistema tradicional, aunque mantiene las reformas introducidas por la Ley Hipotecaria de 1861 en el mismo sistema tradicional y exige la inscripción para la existencia de la hipoteca.

Por esto, seguidamente, por orden correlativo, *se transcriben los artículos del Proyecto de 1851* que interesa resaltar, indicando entre paréntesis el número de cada artículo concordante del C. c. vigente, aun-

de ideas y mandatos de la ley al legislador constituye, frecuentemente, un fenómeno de prestidigitación.

Cosa distinta es que la ley no sea sólo expresión de la voluntad de un legislador pretérito.»

que su redacción sea distinta, dándolo por reproducido, *copiando la parte que interesa de los Comentarios de García Goyena al Proyecto y añadiendo el comentario comparativo con el C. c. vigente*. Se incluyen artículos que permiten, indirectamente, precisar el tema central.

1. COSA CORPORAL Y COSA INCORPORAL

Art. 379 (333 C. c.).—«Las cosas que pueden ser objeto de propiedad son bienes muebles e inmuebles.»

«Por Derecho romano y patrio las cosas se dividían primeramente en corporales e incorpóreas; las corporales se subdividían en muebles e inmuebles, y luego las muebles en simplemente tales, como las inanimadas, y en semovientes, como los animales; las segundas no necesitan del auxilio del hombre para moverse; las primeras, sí. En el artículo 1.387 (1.464 C. c.) viene a reconocerse la división de cosas corporales e incorpóreas, aunque aquí no se haga: ve lo allí expuesto.»

Art. 380 (334, ap. 10, C. c.).—«Son bienes inmuebles: ... 8.º Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.»

«Este número comprende los bienes que se llaman inmuebles por el objeto sobre el que recaen o tienen aplicación. Trátase de derechos o cosas incorpóreas que, consideradas en sí mismas, no son propiamente muebles ni inmuebles, puesto que no se pueden tocar: mas siendo preciso para los efectos de Derecho clasificarlas en una de las dos especies, se han reunido naturalmente al objeto o cosa en que pueden ejercitarse, y se han considerado muebles o inmuebles según la diversa naturaleza de la cosa u objeto.

Acerca de las *servidumbres prediales* no podía haber duda, pues forman un todo con el predio dominante, y son una modificación o disminución del dominio en el predio sirviente; son derechos y calidades de ambos predios...

La misma razón milita en los demás derechos y *acciones reales* relativas a inmuebles, según la regla 15 del Derecho: *qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*; por esto el *usufructo*, *uso* y *habitación* sobre inmuebles tienen el mismo concepto.

Pero la *acción hipotecaria*, accesoria de una obligación personal y exigible no debe considerarse como inmueble, porque ... lo principal es la obligación personal...

Hasta aquí los *censos* eran considerados, a manera de servidumbres, como una carga puramente real, sin mezcla alguna de obligación personal; y nosotros hemos establecido lo contrario respecto del consignativo, reduciéndolo a un simple crédito con hipoteca...; en el *reservativo*, por el contrario, sólo hemos reconocido obligación y acción puramente real...

Entiendo, pues, que el censo consignativo no debe reputarse bien inmueble ... pero sí el reservativo ... disminución o modificación del dominio en la finca gravada ... a manera de servidumbre que hasta aquí tenía también el consignativo.»

El C. c. (arts. 333 y 334, ap. 10), concordante con el Proyecto (artículos 379 y 380), confirma el ordenamiento jurídico tradicional en cuanto distinguen entre cosa, sin más, o cosa corporal, que se puede tocar, y cosa incorporal, que no se puede tocar—v., además, arts. 391 P. (348 C. c.), 392 (349), 425 (430), (438), 1.387 (1.464), 1.457 (1.526) y epígrafe del capítulo, 1.466 (1.535).

1. El *derecho de propiedad de una cosa poseída por su propietario* (que es *titular del derecho de propiedad y poseedor*) tradicionalmente se identifica con la cosa que es objeto del derecho de propiedad y es objeto de la posesión en concepto de propietario; en este sentido, tal derecho es una *cosa corporal*. La cosa poseída por el propietario «representa» su derecho de propiedad. Así se dice «mi finca 'Cepeda'», en vez de decir mi derecho de propiedad sobre la finca llamada «Cepeda». Que ésta es una forma figurada de hablar, inmemorial, recogida en las leyes, es de conocimiento jurídico elemental, aunque a veces parece olvidado.

2. Los *derechos reales parciales posesorios, poseídos por su titular*, se denominan *cosas incorporales o derechos incorporales*. Se incluyen, tradicionalmente, las servidumbres (tanto las personales, en sentido histórico: usufructo, uso y habitación, como las prediales), y los censos, considerados a modo de servidumbre. GARCÍA GOYENA pone en duda la inclusión de las servidumbres prediales negativas (Com. art. 425 P.) y excluye, además de la hipoteca, por su accesoriedad del crédito, el censo consignativo.

3. En el Derecho tradicional, la palabra *derecho* y la palabra *acción* se emplean como *equivalentes o sinónimos* (arts. 1.280, 6.º, y 1.526 C. c.). Las *acciones de defensa de la titularidad del derecho*, que «representan» y defienden la titularidad o pertenencia del derecho real, del que derivan (acciones reales), o del derecho personal, con el que se identifican (acciones personales), se denominan también *cosas incorporales o derechos incorporales*. Así, la acción reivindicatoria del propietario, que «representa» su derecho de propiedad sobre una cosa (corporal) que no posee, y se dice que es «lo que le queda» de su derecho, es una cosa incorporal o derecho incorporal.

El derecho personal, como el crédito del prestamista, «se cosifica» y califica como cosa incorporal o derecho incorporal.

El derecho de propiedad de cosa poseída por su propietario se iden-

tifica con la cosa sobre que recae, y, por esto, se denomina *cosa corporal* y también *derecho corporal*; el derecho de propiedad de cosa no poseída por su propietario, que se identifica con la acción reivindicatoria, se denomina *cosa incorporal* o *derecho incorporal*.

Precisamente, GARCÍA GOYENA cita como cosa incorporal a la acción reivindicatoria cuando alude a la regla del *Digesto* según la cual *qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*, que también cita GÓMEZ DE LA SERNA en apoyo de la equivalencia de cesión de la acción a cesión del derecho, a efectos registrales.

La distinción entre cosa corporal e incorporal tiene gran importancia, porque se considera que la cosa corporal (que se puede tocar) se puede poseer y entregar o *tradir* (transmitir la posesión), mientras que la cosa incorporal (que no se puede tocar), estrictamente, no se puede poseer y entregar, sino solamente cuasi poseer y cuasi entregar. Se contrapone, por una parte, cosa, posesión y entrega o tradición, y, por otra parte, cosa incorporal, cuasi posesión y cuasi entrega o cuasi tradición (GARCÍA GOYENA habla también de casi entrega y casi tradición).

Para destacar la contraposición de conceptos se utilizan expresiones redundantes (cosa corporal, derecho incorporal) o figuradas (cosa incorporal, derecho corporal).

Pero *la expresión cosa incorporal o derecho incorporal designa un objeto o contenido homogéneo sólo en cuanto contrapuesta a la expresión cosa corporal*, pues se refiere, por una parte, a derechos reales parciales poseíbles y poseídos, que se cuasi entregan por transmisión del poder de hecho correspondiente, que se presume en los casos del art. 1.464 C. c., y, por otra parte, a acciones o derechos que se cuasi entregan por el solo contrato de cesión, conforme al artículo 1.526 C. c., incluyendo como cesibles no sólo las acciones personales identificadas con el derecho personal, sino también las acciones reales que derivan del derecho real, pero representan y defienden la titularidad o pertenencia del derecho, como la acción reivindicatoria, respecto del derecho de propiedad (208).

2. COSA CORPORAL Y DERECHO DE PROPIEDAD

Art. 391 (348 C. c.).—«La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que previenen las leyes y reglamentos.»

(208) En adelante se hará referencia a estas acciones que se identifican con el derecho personal o *representan* al derecho real, no a las demás acciones que implican ejercicio o defensa de facultades integrantes del contenido del derecho, personal o real (por ejemplo, acción por intereses de un crédito, acción negatoria de una servidumbre, etc.).

«Propiedad es señoría de la cosa: Ley 10, Título 33, Partida 7. Es sinónima de dominio.»

Art. 392 (349 C. c.).—«Ninguno será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización.»

«Aquí se toma esta palabra, propiedad, por la cosa misma sobre la que se tiene el derecho de propiedad; en el artículo anterior se toma por el derecho o dominio.»

El C. c. (arts. 348 y 349), concordante con el Proyecto (arts. 391 y 392) y con el uso inmemorial, identifica—según el comentario anterior—el derecho de propiedad, no privado de la posesión, con la cosa sobre que recae y que lo «representa» (cosa corporal o derecho corporal).

En otro sentido, el artículo 392 C. c. distingue propiedad de una cosa (corporal) y «propiedad»—pertenencia o titularidad—de un derecho real.

3. COSA INCORPORAL, CUASI POSESIÓN Y CUASI ENTREGA

Art. 425 (430 C. c.).—«La posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueños o por otro en nuestro nombre.»

«Possessio (apellata a sedibus quasi positis, quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit) est detentio rei corporalis animo sibi habendi», según Ley 1, Título 3, Libro 41, del Digesto.

«Posesión tanto quiere decir como ponimiento de pies, o es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del entendimiento.»

Según estas definiciones no cabía propiamente posesión sino en las cosas corporales, pues en ellas solas cabía entrega propia: lo incorporal, como son los derechos reales, no admitía sino *cuasi posesión*, «*como manera de posesión*», según la citada ley de Partida.

Pero admitiéndose en el artículo 1.387 entrega de los derechos incorporales debía también admitirse aquí posesión de los mismos, y comprenderse la de todas las cosas o bienes en una sola definición.

Difícult, sin embargo, que la definición del artículo cuadre propiamente a las servidumbres negativas, pues ni en ellas hay ejercicio de un derecho ni el uso del uno y la paciencia del otro que constituirían la casi posesión romana y en las Partidas: esta dificultad obsta igualmente a la casi posesión de aquellos derechos.»

El C. c. (art. 430), no plenamente concordante con el Proyecto (artículo 425), califica como posesión civil la tenencia de una cosa corporal

y el disfrute de un derecho—real parcial (cosa incorporal)—«con la intención de haber la cosa o el derecho como suyos» (209).

También el artículo 438 del C. c. distingue la cosa o derecho (real) poseído.

GARCÍA GOYENA aclara que *la tenencia de una cosa corporal es posesión, pero el ejercicio de un derecho real parcial, que es cosa incorporal, sólo implica cuasi posesión*, aunque se incluye como posesión en relación con la obligación de entrega por el vendedor: El artículo 1.462, ap. 2.º, del C. c. (1.387 P.) se refiere a entrega de cosa corporal de la cosa poseída por el vendedor, mientras el artículo 1.464 C. c. (1.387 P.) se refiere a cosa incorporal, aludiendo a derecho real parcial poseíble y poseído, susceptible de cuasi posesión y cuasi entrega o cuasi tradición, por transmisión del poder de hecho correspondiente al derecho.

La servidumbre predial negativa también puede estimarse derecho poseíble, y transmitirse por cuasi tradición (210).

4. TÍTULO Y MODO

Art. 548 (609 C. c.).—«La propiedad se adquiere por herencia, *contrato* y prescripción.»

«Los contratos no eran entre los romanos modos de adquirir la propiedad o dominio, sino títulos para llegar a su adquisición, y entre nosotros lo son por el artículo 981. Por contrato: entiéndese los que sean traslativos del derecho de propiedad, como el de compra y venta, que en Derecho romano y patrio eran simples *títulos*. Según el Código holandés (artículo 639), «la propiedad de las cosas no puede ser adquirida sino por ... tradición o entrega, acompañada de título de transmisión de propiedad, emanada del propietario».

Art. 973 (1.254 C. c.).—«El contrato es un convenio por el cual una o varias personas *se obligan*, respecto de otra o más, a *dar* alguna cosa o prestar algún servicio.»

Art. 978 (1.258 C. c.).—«Los contratos *se perfeccionan* por el mero consentimiento...»

Art. 981 (1.095 C. c.).—«La *entrega* de la cosa *no es necesaria para la traslación de la propiedad*, lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los artículos 1.850 y siguientes...» (hasta las disposiciones transitorias, que continúan tratando del Registro público —Registro de la propiedad—desde el art. 1.819).

(209) El mismo sentido tiene el artículo 432 del Código Civil. ALBALADEJO, *obra citada*, T. III, V. 1, pág. 56.

(210) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 163 y 53, sobre derechos reales poseíbles, frente a GARCÍA GOYENA.

«La propiedad pasa al acreedor, y la cosa está a su riesgo desde que el deudor queda obligado a su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.006 (vid.).»

El que tiene a su cargo el riesgo de la cosa debe sufrir su pérdida o deterioro; pero se aprovechará también de su aumento o mejora.»

«Contiene *disposición enteramente contraria a la máxima romana y patria 'Traditione, non nuda conventione dominium acquiri'*, párrafo 40, Título 1, Libro 2, Instituciones; Leyes 46, Título 28, Partida 3, y 50, Título 5, Partida 5.

La obligación de entregar la cosa queda perfecta por el solo consentimiento de las partes. No es, pues, necesaria la entrega real para que el acreedor deba ser considerado como propietario desde el instante en que el deudor queda obligado a entregarla.

Desde entonces asiste al acreedor no ya un simple derecho a la cosa (*jus ad rem*), sino un derecho de dominio (*jus in re*). Por lo tanto, si la cosa perece por fuerza mayor o caso fortuito después que nació la obligación de entregarla, perece para el acreedor; según la regla *res perit domino*, aun cuando se haya señalado plazo o término para hacer la entrega, pues el contrato quedó perfeccionado por el mutuo consentimiento; pero ve el artículo 1.006.

Y a la verdad, si '*Nihil tan conveniens est aequitati naturali*', según el mismo JUSTINIANO en el párrafo citado, '*quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*', no es fácil de conciliar con la equidad y sencillez que la *voluntad de transferir el dominio* no ha de bastar por sí sola para su traslación, si no va acompañada o seguida de la entrega. Esto, sin embargo, no quita a lo prescrito en el título 'de hipotecas' sobre la necesidad de la inscripción (toma de razón) en el Registro público y sobre los efectos de su prioridad...»

El C. c. (arts. 609 y 1.095) *se contraponen al Proyecto* (arts. 548 y 981).

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (arts. 978 P. y 1.258 C. c.) y los hay que obligan a «dar alguna cosa» (arts. 923 P. y 1.254 C. c.), es decir, a entregar alguna cosa (art. 1.005 P.), a transmitir la posesión de la cosa (art. 1.384 P.; 1.462, 1.º, C. c.), como el contrato de compraventa (art. 1.367 P.; 1.445 C. c.).

Pero, según el *Proyecto*, la propiedad se adquiere por contrato (artículo 548), como el de compraventa, por lo que «la entrega de la cosa (cumplimiento de la obligación de dar) no es necesaria para la traslación de la propiedad» (art 981 P.); basta el consentimiento contractual, como en el Código francés.

En cambio, según el *C. c.*, la propiedad se transmite «por consecuencia de ciertos contratos—como el de compraventa—mediante la tradi-

ción» de la cosa (art. 609 C. c.), por lo que el acreedor de una obligación de dar (entregar) cosa determinada, como el comprador, aunque tiene derecho a la cosa, de tal índole que «tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla», «sin embargo no adquirirá el derecho real sobre ella—el derecho de propiedad en el caso de la compraventa de cosa corporal—hasta que le haya sido entregada» la cosa (art. 1.095).

El C. c. *se opone al intento reformista del Proyecto*, y mantiene el sistema tradicional de transmisión de la propiedad por título (compraventa, con obligación de entregar) y modo (entrega o tradición), que es cumplimiento del título.

5. FORMA CONTRACTUAL

Art. 1.001 (1.278 y 1.279 C. c.).—«Cuando la ley exige expresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones no serán éstas válidas si se otorgaren en una forma diferente.»

«Las solemnidades de los contratos y la designación de los casos en que sean necesarias corresponden al Derecho público, y éste *privatorum pactis mutari non potest*; en cierto modo corresponden también al orden de los juicios: ve los artículos 1.202 y 1.220.

La paz pública gana mucho con prevenir pleitos y asegurar ciertos intereses por su mayor importancia.

Pero ¿no podrá recurrirse al juramento decisorio para probar la existencia del convenio y obliga a que se extienda en la forma prevenida por la ley? Yo entiendo que sí, a pesar de nuestro artículo 1.202, y que éste es el sentido del Código francés y seguido por todos los Códigos; la moral y la equidad parecen dictarlo, y ningún perjuicio sufre la parte cuando se deja a un simple dicho la decisión del negocio.»

[Art. 1.202.—«La falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere expresamente esta solemnidad, aunque las personas contratantes se hayan obligado a otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquier pena, la cual no podrá exigirse.»

Art. 1.220.—«No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en documento público o privado...»

... El citado artículo 1.002, cuya principal disposición se reproduce en éste, encierra una legislación nueva para España, aunque vigente en Francia ha cerca de tres siglos...]

1. Art. 1.002 (1.280, f, C. c.).—«Toda obligación que tenga por objeto una cosa o cantidad de valor de cien o más duros debe redactarse por *escrito*...

Exceptúanse de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el momento de contraerlas.»

Obligaciones consumadas: ... no hay necesidad ni costumbre de exigir recibo. Si el vendedor me reclama de nuevo el precio, podría yo probar su pago por testigos: la presunción está porque nadie entrega su cosa sin recibir el precio (y viceversa).

2. Art. 1.003 (1.280, 1.º, 6.º, C. c.).—«Deben redactarse en *escritura pública*: 1.º Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos. 11.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.»

Según el *Proyecto* de 1851, la escritura pública en los supuestos del artículo 1.003, 1.º y 11.º (1.280, 1.º y 6.º, C. c.), se exigía como requisito de validez, conforme al artículo 1.001 (y 1.202, 1.220).

Pero el *C. c.* rechaza esta «*legislación nueva*» a que alude GARCÍA GOYENA, y según lo dispuesto en los artículos 1.278 y 1.279 y la interpretación constante del Tribunal Supremo la falta de forma especial sólo supone que los contratantes podrán compelerse a llenar o *cumplir el requisito de forma*, y no afecta a la validez y eficacia del acuerdo entre partes.

6. OBLIGACIÓN DE DAR O ENTREGAR

Art. 1.005 (1.094 C. c.).—«El obligado a dar alguna cosa lo está a *conservarla* con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a *entregarla*, bajo la responsabilidad...» (por resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses).

Dar equivale a entregar la cosa, según resulta del artículo 1.005 P., expresamente, no de su concordante artículo 1.094 C. c., pero sí de los artículos 1.095 y 1.096 C. c. (211).

La entrega de la cosa en el *Proyecto* era *transmisión de posesión*, porque la transmisión de la propiedad no requería la entrega. En el *C. c.* la entrega de la cosa es, *también*, transmisión de la posesión, pero es re-

(211) *Dare*, tradicionalmente (v. ROLANDINO y UNZOLA, citados anteriormente), significa entregar, es sinónimo de entregar (arts. 1.157 y 1.462 del Código Civil), es un *traspaso posesorio*, tanto cuando sea para transmitir el derecho de propiedad como para cumplir la obligación del arrendador respecto al arrendatario (v. ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. II, V. 1, pág. 34; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos...*, pág. 436).

quisito de la transmisión del derecho de propiedad, «por consecuencia» de ciertos contratos, como el contrato de compraventa, que implica voluntad concordada de transmitir el derecho de propiedad, mediante el cumplimiento de la obligación de entregar, presupuesto el derecho de propiedad del vendedor. De aquí que los artículos del C. c. referentes a las obligaciones de dar (arts. 1.094 y ss.) y al pago de obligación de dar (artículo 1.160) regulan el dar como cumplimiento o realización de requisito necesario para que se transmita el derecho de propiedad.

7. CONTRATO DE COMPRAVENTA-TRANSMISIÓN DE COSA

7.1. Efecto traslativo

Art. 1.367 (1.445 C. c.).—«El contrato de compra y venta es aquel en que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa, y el otro a pagar por ella un precio cierto y en dinero.»

«Obliga a entregar una cosa; y al saneamiento de la misma...; responde el comprador de la posesión pacífica de la cosa ... porque *la venta de cosa ajena es válida*.»

En el Proyecto, como en el Código francés, el vendedor se obliga a «entregar una cosa», a transmitir la posesión de la cosa, pero esta cosa pasa a ser propiedad del comprador por el contrato de compra, si era propiedad del vendedor al vender («porque—dice GARCÍA GOYENA—la venta de cosa ajena es válida»), siendo cosa determinada, salvo pacto de reserva de dominio.

El artículo 1.445 del C. c., casi literalmente, dice lo mismo que el concordante artículo 1.367 P.: El vendedor se obliga a «entregar una cosa determinada a transmitir la posesión de la cosa. Pero si la cosa es determinada, no es cosa ajena, y salvo pacto de reserva de dominio, sólo al cumplir la obligación de entregar, al transmitir la posesión, se transmite el derecho de propiedad.

El fin objetivo, típico, invariable, del contrato de compraventa es el de *cambiar cosa por precio*; como tal fin, es causa, pero no es elemento del contrato. Mediante—o por—el contrato de compraventa *se realizan dos atribuciones patrimoniales*: al comprador se le atribuye la cosa, al vendedor se le atribuye el precio, y *el obtener la respectiva atribución es la causa respectiva para cada una de las partes contratantes* (212).

Vender y comprar implica convenir o consentir todo el contenido o efectos del contrato de compraventa, conforme a las normas jurídicas aplicables al mismo (incluso las normas de Derecho dispositivo, que per-

(212) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. I, V. 2, págs. 261, 270, 272 y 265.

miten ciertos pactos que modifiquen los efectos naturales), y, por tanto, la transmisión del derecho de propiedad de la cosa al comprador y del precio al vendedor, mediante el cumplimiento, en su caso, de los requisitos complementarios del acuerdo de voluntades.

En este sentido, por su contenido y efecto final (traslativo o real, con efecto traslativo real), el contrato de compraventa es un *contrato traslativo*, tanto en el Proyecto de 1851 como en el C. c., y no, como en el C. c. alemán, un contrato obligatorio, distinto del negocio de transmisión, del que es elemento integrante esencial un acuerdo real, diferente del convenio de compraventa, aunque pueda considerarse implícito junto a éste (213).

Pero el que sea un *contrato* traslativo no quiere decir que, en todo caso, por sí solo transmita el derecho de propiedad de la cosa. En el sistema del título y el modo de nuestro C. c., que es el tradicional europeo antes de la codificación, se requiere además, para que se realice el convenido efecto traslativo del derecho de propiedad de la cosa, si el vendedor es propietario y poseedor de la cosa determinada, que transmita la posesión de la cosa, y al cumplir su obligación de entrega, de hacer *tradición* de la cosa, de transmitir la posesión de la cosa, se transmite el derecho de propiedad (si, además, se pagó el precio o se aplazó el pago, según dicho sistema antes de la codificación).

El Proyecto de 1851, como el *Code*, para que la compraventa surtiera el efecto de transmitir el derecho de propiedad de la cosa, dejaba de requerir el cumplimiento de las dos obligaciones principales del contrato, la de entregar la cosa y la de pagar el precio. El Código continuó requiriendo la entrega de la cosa, pero dejó de requerir el pago del precio.

Tanto en el Proyecto como en el Código *la transmisión del derecho de propiedad de la cosa se acuerda contratando la compraventa*.

En el Proyecto, si la cosa es determinada, no es ajena, y no hay pacto de reserva de dominio, el *efecto traslativo* o real convenido es *inmediato* y simultáneo a la perfección del contrato, y hasta que se entregue la cosa, el vendedor la detenta en nombre del comprador.

En el Código, en el mismo supuesto, es decir, si la cosa es determinada, no es ajena y no hay pacto de reserva de dominio, el *efecto traslativo* convenido no es inmediato, sino mediato, *simultáneo a la entrega* (aunque ésta puede ser inmediata a la perfección), y el vendedor está obligado a hacer adquirir el derecho de propiedad de la cosa entregándola, transmitiendo su posesión. El vendedor puede, voluntariamente, cumplir su obligación de entregar, y realizarse la entrega, *animus et cor-*

(213) Sobre el *acuerdo real abstracto* del Derecho alemán son interesantes las consideraciones de ZUMALACÁRREGUI (Tomás) en «*Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*», Madrid, 1977, especialmente págs. 158 y sigs.

pus, con acuerdo de entrega y, en su caso, acto de entrega (dejación y toma de posesión); pero su obligación de entregar es coercible, en el sentido de que, si la incumple, el comprador puede reclamar judicialmente su cumplimiento y obtener sentencia condenatoria, que el vendedor puede acatar, aunque, si no la acata, el comprador puede pedir la ejecución de la sentencia y obtener la posesión de la cosa por actuación del agente ejecutivo judicial, que le pondrá en posesión (art. 926 L. E. C.) aun contra la voluntad del vendedor; en este momento el comprador adquiere la propiedad de la cosa.

La transmisión de la propiedad está unida, en principio, a la transmisión de la posesión del *propietario poseedor*.

Tradicionalmente, la venta se refiere a cosa corporal, y el derecho de propiedad de una cosa poseída por su propietario se identifica con la cosa corporal sobre la que recae el derecho de propiedad y la posesión (214).

Al C. c. español, lo mismo que al Derecho romano, realmente, no le preocupa el efecto publicitario de la tradición, sino la posibilidad de que el comprador *pueda ejercitar su derecho de propiedad poseyendo la cosa*, inmediatamente o mediatamente o por servidor posesorio.

Este es el fundamento de la obligación del vendedor de entregar en el C. c. francés y en el C. c. alemán, como en el C. c. español.

Mientras no se realiza la entrega de la cosa, el comprador no puede realizar el ejercicio normal del derecho de propiedad, *conservar* la cosa y preservarla de los *riesgos de pérdida*, para *disfrutarla*.

Ahora bien, el comprador ha de considerar satisfecho su derecho a obtener la posesión de la cosa por alguno de los medios o formas legales, en las que se tiene en cuenta la *voluntad del comprador* (además de la del vendedor), sobre todo cuando no cabe entrega corporal porque el vendedor no es poseedor, tema de este estudio.

La *entrega*, así concebida, *no es un negocio dispositivo* como el de transmisión de cosas muebles del C. c. alemán, integrada por un acuerdo real, abstraído de su causa (del contrato de compraventa), y una tradición o traspaso posesorio.

La voluntad manifestada por las partes al perfeccionarse la compraventa es, potencialmente, idónea para determinar el efecto traslativo real, aunque éste queda pendiente de la transmisión de la posesión, como re-

(214) «El Código Civil alemán, e igual probablemente el español, quiere ligar, siempre que ello sea posible, la transferencia de la propiedad y la de la posesión, aunque sea de una posesión espiritualizada, y ello no merece sino alabanzas, no sólo a efectos de publicidad, sino porque la disociación entre posesión y propiedad es un fenómeno anómalo que sólo por excepción se debe admitir» (HEDEMANN: *Derechos reales*, V. II, versión y notas de JOSÉ LUIS DÍEZ PASTOR y MANUEL GÓMEZ ENRÍQUEZ, nota pág. 70).

quisito de eficacia o «condicio iuris», de modo que no se requiere un negocio jurídico, distinto y posterior a la compraventa, determinante del efecto real.

En la compraventa considerada y en otros supuestos de compraventa distintos del referido como típico se requiere un ulterior comportamiento del comprador para que se produzca el efecto real: determinación de la cosa genérica, pago total del precio cuando es condición suspensiva por pacto de reserva de dominio, adquisición de cosa ajena, existencia de la cosa futura, etc., pero en ningún caso se requiere una nueva declaración de voluntad; tal comportamiento es cumplimiento de un requisito de eficacia, de una *condicio iuris*, incluso cuando implica cumplimiento de la obligación del vendedor de hacer adquirir el derecho vendido entregando la posesión (215).

La regulación del contrato de compraventa se refiere, normalmente, a la *compraventa típica* de cosa (corporal) determinada (del derecho de propiedad de cosa determinada) poseída por el vendedor.

Esta regulación se aplica, adaptándola, a otras transmisiones de un derecho a cambio de un precio, sea una cosa no determinada, una cosa futura, un derecho real parcial posesorio, un derecho real parcial no posesorio o un derecho de crédito o una acción o derecho discutido, incluyendo el derecho de propiedad de cosa no poseída por el propietario, sino por un tercero (acción reivindicatoria).

7.2. Perfección y consumación

Art. 1.372 (1.450 C. c.).—«La venta se perfecciona entre las partes y es obligatoria por el solo convenio de ellas en la cosa y en el precio, aunque aquélla no se haya entregado ni éste satisfecho.»

«El Código holandés dice lo mismo (art. 1.494), pero 'el comprador no adquiere la propiedad del objeto vendido sino después que le ha sido entregado, con arreglo a los artículos...' (art. 1.495).»

La compraventa, *en el Proyecto y en el Código, es consensual*, en el sentido de que no es formal, y *no es real*, en el sentido de que la perfección y el pago, cumplimiento o consumación, no han de ser simultáneos esencialmente, aunque el cumplimiento ha de ser simultáneo para ambas partes, normalmente (art. 1.500 C. c.).

Pero *en el Proyecto* la compraventa, además de obligatoria u obligacional en cuanto a la entrega, *es inmediatamente traslativa* del derecho de propiedad, normalmente; mientras *en el C. c. es causa de la transmi-*

(215) Se ha de distinguir la perfección del contrato de compraventa, su eficacia y su cumplimiento, aunque sean simultáneos o inmediatos en el tiempo.

sión de la propiedad que se realiza mediante la entrega (como en el Código holandés que cita GARCÍA GOYENA).

7.3. Entrega

Art. 1.383 (1.461 C. c.).—«Las principales obligaciones del vendedor son la entrega y saneamiento de la cosa vendida.»

Entregar es la obligación esencial del vendedor, y la llamada garantía o saneamiento sólo es responsabilidad del vendedor, natural (salvo pacto), mientras que la transmisión de la propiedad es el efecto normal del cumplimiento del contrato por el vendedor propietario, según se considerará al comentar el artículo 1.397 del Proyecto.

Art. 1.384 (1.462, 1.º, C. c.).—«Se hace entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesión del comprador.»

Ratio vel datio possessionis, quae a venditore fieri debeat (Ley 3, Título 1, Libro 19 del *Digesto*). Las Leyes 46 y siguientes, Título 28, Partida 3, usan de la palabra «apoderar de la cosa vendida, ponerla en poder, etc.».

CUJACIO define la entrega (según la Ley 3 romana) «*datio vel traslatio possessionis*»; de consiguiente, debe tenerla el vendedor, «*quia nemo dat quod non habet*». VINIO (al Título 1, Libro 2, párrafo 40, Instituciones) dice: «*Traditio vera in re mobili est de manu traslatio; in re soli, inductio in possessionem.*»

Entregar es transmitir la posesión, en el Proyecto y en el Código.

La posesión, para entregarla, «*debe tenerla el vendedor*».

El vendedor no tiene la posesión de la cosa, aun cuando parezca tenerla y aparentemente haga entrega ficticia, o incluso real, de la cosa, si un tercero vence al comprador mediante interdicto de recobrar la posesión, es decir, si hay evicción de posesión.

En cambio, el vendedor despojado de su posesión antes de que transcurra un año desde el despojo (art. 460, 4.º, C. c.) entrega su posesión incorporal o «ideal», por acuerdo relativo a la transmisión de ésta (artículo 1.463 C. c.) como demuestra el que el comprador puede ejercitar el interdicto de recuperar la posesión efectiva, que correspondía a aquél por el despojo (cf. L. E. C., art. 1.652, 1.º) (216).

El C. c. dice que «se entenderá» entregada la cosa, ..., mientras el Proyecto dice «se hace entrega...» La diferencia de expresión acaso puede interpretarse en el sentido de que la puesta en poder y posesión del

(216) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 77. Además, con la transmisión de esta posesión, transmite la propiedad, si es voluntad de ambas partes (*id.*, número 2).

comprador es sólo *presunción de entrega de la posesión en concepto de dueño* y transmisión de propiedad, salvo pacto en contrario, de reserva de dominio.

La transmisión de la posesión requiere, como la adquisición originaria de la posesión, *corpus et animus*, y el *animus* de transmisión posesoria es un *animus* de transmitente y de adquirente, un *acuerdo de entrega*, al que se refiere el artículo 460, 2.º, C. c., cuando dice que el poseedor puede perder su posesión «por cesión hecha a otro por título oneroso o lucrativo», destacando el aspecto volitivo, consensual, de la pérdida de la posesión por el cedente, y la adquisición de la posesión por el cesionario.

No cabe hablar, en un sentido estricto, de transmisión o cesión de la posesión como hecho, de transmisión del poder de hecho sobre la cosa, pero sí cabe para significar que el poder de hecho lo adquiere una persona sobre una cosa porque otro, desposeyéndose, desprendiéndose de la cosa, se la entrega, con lo que le proporciona o confiere tal poder (217).

La llamada *entrega longa manu* de inmuebles, normalmente, es una forma de entrega real, no fingida, ni solo *consensu*, apropiada para los inmuebles, que están presentes, que están a la vista, como decía ROLANDINO (218).

Art. 1.385 (1.462, 2.º, C. c.).—«Cuando por disposición de la ley o por la voluntad de las partes se haga la *venta en escritura pública*, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.»

a) 1. «El artículo 1.136 del Código de VAUD dice: «En cuanto a los inmuebles la confección (*pasation*) de escritura pública auténtica equivale a la entrega.» No presenta inconveniente, exigiéndose escritura pública para los inmuebles en nuestro artículo 1.003, 1.º

2. La Ley 1, Título 54, Libro 8 del Código de JUSTINIANO equipara la entrega de los instrumentos de propiedad a la de la misma cosa; la Ley 8, Título 30, Partida 3, añade: «O haciendo otra carta de nuevo, e dandogela», por manera que la misma escritura de venta o donación equivale a la entrega; igual es el espíritu y la letra de las Leyes 17 y 44 de Toro, hablando de mejoras y mayorazgos: «O le oviere entregado ante escribano la escriptura dello.»

3. Teníamos, además, la práctica, pues la escritura suele hacer veces de entrega, aun sin las cláusulas y formularios que suelen añadirse, como la de *constituto posesorio*..., sin que importe nada que el vendedor

(217) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 77.

(218) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 88.

se reserve el usufructo o... tome en arriendo la cosa vendida; de todos modos la entrega de este artículo es simbólica.

Pero nuestro artículo va más adelante que los extranjeros citados, pues no se limita a los inmuebles, sino que adopta la ley de Partida en toda su extensión: «Heredamiento u otra cosa cualquiera», dice aquélla, y establece para todos los casos que la escritura baste para ganar la posesión, que es la consecuencia natural e inmediata de la entrega.

Si de la misma escritura, etc.: porque puede venderse, por ejemplo, una cosa mueble, expresándose en la escritura que se ha de entregar en tal tiempo, o lugar, o por partes.»

b) *El artículo 1462, 2.º, C. c., quiere decir lo siguiente:* al efecto legal de que se pueda «entender» cumplida la obligación de entregar del vendedor, respecto de una cosa, cuando se haga la venta mediante escritura pública, el acto de otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resulta o se deduce claramente lo contrario. Es decir, el acto de otorgar la escritura equivale al cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, salvo pacto en contrario, que resulte expreso o se deduzca de la misma escritura. Hay un presunto acuerdo de entrega, con presunción *iuris tantum*, según el cual el comprador y el vendedor acuerdan que el vendedor cumple su obligación de entregar si otorga escritura pública de compraventa, es decir, que cumple al otorgar, por lo que ha cumplido si ha otorgado; pero se puede pactar lo contrario, que no sea así.

En el Proyecto y en el C. c. el otorgamiento de la escritura pública de compraventa «equivale» (Proyecto) o «*equivaldrá*» (Código) a la entrega o transmisión de la posesión en concepto de dueño, *salvo pacto* contrario a la presunción de voluntad de las partes respecto a tal equivalencia.

El pacto de que el otorgamiento de la escritura no equivale a la entrega, considerado *en el Proyecto* de 1851, es un acuerdo sobre la no transmisión de la posesión en concepto de dueño, que, *a contrario sensu*, destaca la importancia del acuerdo de entrega, aspecto volitivo, acordado, de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, que, al otorgar la escritura, puede ser condicionada o excluida totalmente.

En el C. c. el alcance de la presunción de equivalencia es distinto que en el Proyecto, porque la entrega implica no sólo la transmisión de posesión, sino, además, la transmisión de la propiedad, salvo pacto de reserva de dominio. Así, puede acordarse, por pacto de reserva de dominio, que el otorgamiento equivale a la entrega de la posesión, pero que esta entrega no surtirá el efecto de transmisión del dominio por la compraventa hasta que se cumpla cierta condición, normalmente el pago total del precio.

En el Proyecto y en el C. c., salvo pacto, al comprador en escritura pública se le atribuye la posesión en concepto de dueño y el vendedor queda ejerciendo la posesión—en concepto de dueño—ajena (art. 431 Código Civil, sin perjuicio de que, por pacto, quede como poseedor inmediato en concepto de usufructuario o arrendatario o comodatario o mandatario (mediador posesorio del comprador, que resulta poseedor mediato), o como precarista, o como detentador con licencia o tolerancia del comprador (arts. 444, 1.942 C. c.), o como servidor posesorio del comprador.

Si se pacta, pese a la entrega, la reserva de dominio, el comprador, además, será poseedor en concepto de propietario eventual, hasta que, en su caso, cumplida la condición suspensiva, pase a ser poseedor en concepto de dueño actual, exclusivo.

Según el *formulario* de la *Suma* de ROLANDINO, para el instrumento de venta simple de una parcela de tierra el vendedor «dió, vendió y traidió ... al comprador que recibe y compra... y el mismo vendedor se constituyó poseedor en nombre del propio comprador de la citada casa hasta que hubiera recibido la posesión corporal de la misma y dióle licencia omnímota para aprehenderla por su autoridad y retenerla en lo sucesivo».

El formulario de las Partidas, inspirado en el de ROLANDINO, dice «como fulano vende e da ... a fulano, que recibe e compra... E otrosí otorgó al comprador de suso nombrado libre e llanero poder para entrar en tenencia de aquella casa sobredicha, que le vendió, sin otorgamiento de juez o de otra persona cualquiera».

En el formulario de Febrero, F. A. «vende y da ... a S. G. una casa ... que le pertenece en posesión y en propiedad...», por cuyos títulos corresponde en posesión y propiedad al otorgante ... y le constituye procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad o judicialmente entre y se apodere de la nominada casa, y de ella tome y prenda la real tenencia y posesión que por derecho le compete: y para que no necesite tomarla me pide que le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehensión ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y transferidosele, y en el interin se constituye su inquilino tenedor y poseedor en legal forma».

GARCÍA GOYENA, al comentar el hoy artículo 1.462, 2.º, como se ha visto, interpreta el Código de JUSTINIANO y las Partidas, en el sentido de que en aquél «la escritura equivale a la entrega», y en éstas, «la escritura suele hacer veces de entrega, aun sin las cláusulas y fórmulas que suelen añadirse, como la de *constituto posesorio*», y así la entrega de este artículo (el hoy 1.462, 2.º) será simbólica. El mismo autor, al comentar el hoy artículo 1.464 (1.387 P.), por su remisión al hoy 1.462,

2.º, dice que «la disposición—vigente, hay que entender—es general y no distingue entre—escritura de—cosas corporales e incorpóreas: los motivos son iguales en ambos casos, y la entrega será simbólica». Es decir, en todo caso, interpreta el otorgamiento de la escritura de venta como tradición simbólica. No se entrega mediante *constituto posesorio expreso*, sino, a lo más, en virtud de *constituto posesorio presunto*, entendido tal *constituto* en el amplio sentido de que el vendedor poseedor «se constituye poseedor en nombre del propio comprador», como decía la *Suma* de ROLANDINO, y el comprador tiene «llanero poder para entrar en tenencia de aquella cosa «como decían las Partidas, o—como dice Febrero—«el vendedor, al comprador, le constituye procurador actor en su propia causa para que de su autoridad ... tome la real tenencia y posesión—de la cosa—... y para que no necesite tomarla ...—pide al Notario—le dé copia autorizada de esta escritura, con la cual, sin otro acto de aprehensión, ha de ser visto haberla tomado, aprehendido y transferídosele, y en el ínterin se constituye su ... (219) tenedor y poseedor». Según esta interpretación, la entrega se realiza *otorgando* la escritura de venta, se reciba o no la copia autorizada, pero si la copia autorizada está en poder del comprador, además de probar la compra, también acredita la entrega. Ahora bien, esta entrega simbólica, por el otorgamiento de escritura de venta, es distinto de la entrega simbólica por dación del título (escritura pública o no), o documento de pertenencia que prueba el derecho incorporal (art. 1.464 C. c.) del vendedor, pero no, por sí solo, la compra, aunque su posesión pueda implicar un principio de prueba de la compra y, en su caso, del cumplimiento de la obligación de entregar tal derecho incorporal. Para distinguir un caso de otro, la entrega, de cosa corporal o de cosa incorporal, por el otorgamiento de escritura, que GARCÍA GORYENA llama entrega simbólica, se suele denominar tradición *instrumental*, y la entrega de cosa incorporal mediante dación del título de pertenencia del vendedor, que es anterior a la venta, se denomina tradición *documental*. Pero ha de tenerse en cuenta que la tradición instrumental solía y suele ir acompañada de la entrega del título de pertenencia del vendedor, tanto cuando se vende una cosa (poseída por el vendedor) como cuando se vende un derecho incorporal.

En los formularios de compraventa de cosa determinada, en la *Suma* de ROLANDINO y en la «Librería...» de Febrero se hacen constar, sucesivamente, dos cláusulas de estilo: primero, la de dación, transmisión o *cesión de derechos y acciones*, referida a la transmisión de la cosa por venta, es decir, del derecho de propiedad sobre la cosa vendida (pero no

(219) La referencia a constituirse «inquilino» ha de tomarse no en el sentido actual, sino, a lo más, en el sentido que tenía al tiempo de redactarse el formulario: ocupante sin ningún derecho de prórroga, aunque pagara merced por el tiempo convenido.

como un acuerdo real distinguible del contrato de compraventa), y luego, la de *constituto*, referida al cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, de transmisión de la posesión de la cosa. Estas cláusulas tienen el significado de que por causa de la compraventa (título), con finalidad transmisiva, si la cosa es propiedad del vendedor (como se afirma en la escritura), la entrega o tradición, la transmisión de la posesión, por el otorgamiento de la escritura de venta, efectivamente transmite la cosa, el derecho de propiedad sobre la cosa; en el Derecho tradicional si además se paga o aplaza el pago del precio.

Ciertamente, según el C. c., resulta innecesaria la cláusula de *constituto*, por la equivalencia presunta de otorgamiento de la escritura y entrega de cosa corporal (arts. 1.462, 2.º, y 1.463, principio, C. c.) o cuasi entrega de cosa o derecho incorporal, derecho real poseíble (art. 1.464), aunque, según GARCÍA GOYENA, ya era innecesaria con anterioridad (220).

Pero la finalidad de la transmisión del derecho, contenida en aquella cláusula de estilo de dación, transmisión o cesión de derechos y acciones, con una u otra fórmula, continúa haciéndose constar en las escrituras, e incluso se hace referencia a la transmisión de la posesión por el otorgamiento.

Después de la profunda reforma que supone la publicación de la Ley Hipotecaria y su Reglamento, así como la Ley del Notariado y su propio Reglamento, aparte de los formularios del Reglamento Hipotecario e Instrucciones publicadas para la redacción de instrumentos públicos (221),

(220) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Instituciones de Derecho notarial*, Madrid, 1946, página 508. Después del Código Civil esta cláusula, en cuanto no formalice un pacto modificativo de la equivalencia entre otorgamiento de escritura y entrega de la cosa (arts. 1.462, 2.º, y 1.463) o cuasi entrega de un derecho real parcial posesorio (art. 1.464), no es más que una cláusula formularia o «cláusula de estilo amojamada».

(221) GIMÉNEZ ARNAU, Enrique (*Derecho Notarial*, 1976, pág. 171), dice que el primer Reglamento Notarial de 30 de diciembre de 1862, en el desarrollo de los requisitos formales del instrumento público ratifica, con mayor minuciosidad, los preceptos de los artículos 19 a 28 de la Ley, sin formular una teoría general de la forma documental notarial. Acaso influyó en su deficiencia la circunstancia de haberse regulado especialmente en normas específicas la forma de los instrumentos sujetos a Registro (Instrucción de 12 de junio de 1861) y el deseo de no alterar, en lo más mínimo, el contenido de la Ley y el de no provocar dificultades de tipo público.

GONZÁLEZ PALOMINO, José (*Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1946, páginas 514 y sigs.), reconoce que tales normas cuidaron, y es cierto, de facilitar la labor registral, pero también ayudaron a facilitar y racionalizar el quehacer notarial, aunque acaso carga las tintas cuando se refiere a que se «encubría a través de altas consideraciones de filosofía de la historia, la tendencia de poner el título no sólo al servicio, sino bajo la dependencia del Registro de la Propiedad»...; al «intento de mecanizar la función notarial, haciendo marcar el paso a todos los Notarios, por la aprobación de formularios oficiales».

Ambas Instrucciones (12 junio 1861 y 9 noviembre 1874) han sido publicadas en la *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1977, págs. 406-447.

el cambio de contenido de la tradicional escritura pública de compraventa es radical: se pretende cortar el verbalismo y se consigue; prácticamente desaparecen antiguas cláusulas de estilo, que ya muchos no sabían lo que querían decir (222), y se pasa a un sistema más simplista (223), sobre todo después de la publicación del C. c., cuando ya claramente no resulta necesario, salvo pacto especial, prever las cláusulas de *constituto posesorio* (arts. 1.462 y 1.464), de cesión adicional de acciones y derechos, de entrega de títulos, de evicción y saneamiento, etcétera (224).

Respecto a la *práctica notarial actual* pueden citarse dos ejemplos de mucha autoridad profesional.

NÚÑEZ LAGOS manifestó que venía usando durante más de treinta años la siguiente fórmula: «Don ... transfiere, libre de todo gravamen y con todos sus accesorios y pertenencias, el pleno dominio de la finca descrita a Don ..., quien acepta, quedando en posesión de la misma en este acto y por el solo otorgamiento de esta escritura», fórmula que—según él—es la consagración de la transmisión por el solo acuerdo de transmisión, por *acto de disposición*, porque la *traditio* ha sido absorbida por el acto de disposición, concepto más amplio y más técnico, síntesis y compendio, en el artículo 18 L. H., de los llamados títulos sujetos a inscripción en el artículo 2.º L. H.».

Opone ROCA SASTRE (225) que la *traditio* no absorbe el acto de disposición ni, inversamente, aquélla es absorbida por el acto de disposición. «Precisa esperar que se reforme el sistema respecto de la tradición como requisito constitutivo—dice de la transmisión.» Sin embargo, el mismo ROCA SASTRE concluye que el requisito de la tradición exigido por el Código Civil debiera desaparecer sustituido por el *acuerdo de disposición*,

(222) Basta recordar las citadas manifestaciones de UNZOLA en la «*Suma*» de Rolandino (v. nota 55), y de GARCÍA GOYENA en la «*Librería*» de Febrero (v. com. al número 3.337 sobre el *constituto posesorio*).

(223) El «*Tratado completo filosófico-legal-teórico-práctico de instrumentos públicos...*», de GONZALO DE LAS CASAS, Notario de Madrid, publicado en 1870, ofrece ya formularios similares a los actuales, y en el de escritura de venta llana, según la cláusula primera, el vendedor transmite la propiedad y dominio pleno... *para que la posea en propiedad* y en igual forma que la venía poseyendo el vendedor, por precio y cuantía de... pesetas.

Asimismo, la «*Colección de formularios de escrituras*», publicada por el Antiguo Colegio de Notarios de Valencia, en 1871, a propósito de la venta de una finca rústica, dice que el comprador acepta esta venta; recibe los documentos de propiedad de... en señal de la toma de posesión...

(224) El paso brusco de uno a otro sistema facilita el olvido de las causas por las que, con anterioridad al Código Civil, se recurría a ciertas fórmulas y llega a oscurecer la interpretación de algunos preceptos del mismo, como ocurre con los artículos 1.462 y 1.464, en relación con el 1.526, respecto a la compraventa-cesión de derechos «representados» por acciones.

(225) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, 6.ª ed., pág. 275.

causalizado por el contrato de finalidad traslativa, y que, por ejemplo, en las escrituras públicas de compraventa de fincas podría estar concebido en estos términos: «En virtud de esta escritura la parte vendedora transmite el dominio de la finca vendida a la parte compradora, cuya adquisición acepta ésta.» Esta cláusula—dice ROCA SASTRE—«ya la empleamos actualmente en escrituras de compraventa que autorizamos» (226).

Las dos fórmulas, indiscutiblemente, son correctas. No obstante, la referencia de NÚÑEZ LAGOS al acto de disposición y la de ROCA SASTRE al acuerdo de disposición parecen influidas por *reminiscencias germánicas del acuerdo real dispositivo, aunque no sea abstraído causalmente*, pese a que ambos ilustres publicistas, frente a las tendencias germanizantes, han sido celosos defensores de la vigencia en el Derecho español del sistema del título y el modo, en el que, como ha insistido reiteradamente NÚÑEZ LAGOS, no puede distinguirse legalmente más que el *contrato* de compraventa (no un contrato obligacional de compraventa y un acuerdo real dispositivo), y el cumplimiento de la obligación de *entregar* la cosa, de transmitir su posesión, si bien el otorgamiento de la escritura de compraventa equivale a tal entrega, salvo pacto; por su parte, ROCA SASTRE ha reafirmado que toda la virtualidad traslativa queda concentrada *indiferenciadamente* en el contrato de finalidad traslativa (compraventa, etc.), por lo que no puede entrar en juego el expediente de abstracción del convenio causal (227). Claro que la compraventa puede no ser formalizada en escritura pública y entonces la entrega, *animus et corpus*, no queda presunta, aunque pueda entenderse realizada al amparo de una forma legal ficticia, e incluso por el solo acuerdo o conformidad, que no requiere ser expreso, en el supuesto de que la cosa vendida no pueda trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta (art. 1.463 Código Civil), sin perjuicio de que el comprador no se conforme y exija otra forma de entrega.

La *escritura de compraventa normal* formaliza, por una parte, la *perfección* de un contrato de compraventa, acuerdo de voluntades, en el que no cabe distinguir un acuerdo contractual de compraventa puramente obligatorio y un acuerdo dispositivo real causalizado, como cumplimiento del acuerdo contractual, y, por otra parte, el *cumplimiento* de la obligación de entrega, en cuanto incluye, al menos presuntamente, el acuerdo de entrega por *constituto posesorio* instrumental (art. 1.462, 2.º,

(226) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, 6.ª ed., pág. 276, núm. 2, y T. II, pág. 86, n. 2. Obsérvese que no utiliza la fórmula del artículo 227 de la Compilación catalana.

(227) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, 5.ª ed., págs. 633 y sigs.

La concepción germanista del negocio dispositivo, aunque no abstraído causalmente, informa también el estudio sobre la cesión de créditos hipotecarios. *Obra citada*, T. IV, V. 2.º, págs. 785 y sigs.

Código Civil). Puede adelantarse que *cuando se vende* no una cosa poseída por el vendedor propietario, sino *una cosa no poseída por el vendedor propietario, el contrato de compraventa, por sí solo, es traslativo de la acción reivindicatoria (del derecho de propiedad, sin posesión), sin necesidad de cesión expresa adicional*, incluso en el supuesto de que el comprador desconozca la falta de posesión del vendedor, y el comprador está facultado para ejercitar la reivindicatoria como dueño, sin perjuicio de reclamar por incumplimiento de la normal obligación de entrega, que corresponde al vendedor poseedor.

Art. 1.386 (1.463 C. c., que dice «acuerdo» donde el Proyecto dice «consentimiento»).—«Fuera de los casos del artículo anterior, la entrega de los bienes muebles se efectúa por el hecho material de ponerlos en poder del comprador; por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen guardados; por el solo consentimiento de las partes, si la cosa vendida no puede trasladarse en el momento de la venta, o si el comprador la tenía ya en su poder por algún otro motivo.»

«Por el solo consentimiento, etc.: Este párrafo contiene las entregas *longae manus* y *brevi manus*: ve el artículo 1.384; ambas se hacen por el solo consentimiento de las partes, a diferencia de la simbólica, en la que interviene un signo exterior; este artículo no perjudica a lo establecido en el último párrafo del artículo 1.374.»

El Proyecto y el Código se diferencian en que, salvo pacto, la entrega en el C. c. implica, con la transmisión de la posesión, la transmisión del dominio.

El precepto se puede aplicar también a *inmuebles*, salvo en lo referente a la entrega de llaves del lugar de almacenamiento (228).

Hay entrega por el *solo consentimiento* si la cosa no puede trasladarse en el momento de la venta, pues el vendedor sólo tiene la posesión como derecho (caso del poseedor mediano y del poseedor despojado que vende antes del año a que se refiere el artículo 460, 4.º, C. c., que pueden defender su posesión interdictalmente) o incluso si tiene la posesión como hecho de la cosa, cuando está destinada a permanecer, por lo menos de momento, en poder del transmitente, como usufructuario, arrendatario, depositario, etc. (*constituto posesorio*).

Opina ALBALADEJO que, vigente el sistema del título y el modo en el C. c., no parece que la entrega sea prácticamente suprimible a capricho de las partes, a las que les bastaría un simple acuerdo *traditorio* o entrega sólo consensual (229).

(228) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 83, n. 2.

(229) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 155 y 84, n. 4.

(230) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 157.

Sin embargo, reconoce que *en la Compilación catalana y en la navarra* la tradición puede tener lugar por el solo acuerdo de las partes (230). Según la Compilación catalana, «en el contrato de compraventa la tradición o entrega de la cosa vendida tendrá lugar ... por el pacto en que el vendedor declare que extrae de su poder y posesión la cosa vendida, transfiriéndola al comprador con facultad a éste para tomarla por sí mismo y constituyéndose en el ínterin poseedor en su nombre...» (art. 227, 1.º). Según la Compilación navarra, «la cosa vendida se entenderá entregada cuando haya sido puesta a disposición del comprador, según la naturaleza de la cosa y conforme a los usos del lugar» (Ley 568, 1.º).

Pero, pese a tal opinión, el sistema del título y el modo ha de entenderse—como entiende el mismo ALBALADEJO—que sólo requiere el que, para transmitir la propiedad, el vendedor que es propietario y poseedor ha de transmitir la posesión, que puede estimarse transmitida por acuerdo de cambio del concepto en que se posee, tanto cuando ya poseía el comprador, que pasa de mediador posesorio a poseedor inmediato (*traditio brevi manu*, del art. 1.463 al final, C. c.) (231), como cuando el vendedor poseedor inmediato pasa a ser poseedor en nombre del propio comprador (*constituto posesorio* tradicional).

Ahora bien, el acuerdo a que se refiere el C. c. puede ser, más bien, la *conformidad del comprador en no recibir la entrega real*, en los supuestos en que sea aplicable el artículo 1.463.

En la Compilación catalana, la cláusula del artículo 227, 1.º, parece que no tiene sentido cuando se hace constar en escritura pública, por resultar aplicables, conforme al mismo precepto, los artículos 1.462, 2.º, y 1.464 C. c. (232). Pero, en cambio, tal cláusula es importante a falta de escritura pública, aunque entonces parece que el pacto ha de ser expreso («declara»), no simplemente tácito o presunto en toda compraventa, ni aun considerando al vendedor como servidor posesorio del comprador (233).

En la Compilación navarra la puesta a disposición del comprador, si bien puede ser un *constituto posesorio* acordado, también puede ser un acto unilateral del *tradens*, pues no requiere, esencialmente, la conformidad del que recibe la disponibilidad; el poder se adquiere porque lo confiere quien lo tenía y no, necesariamente, porque lo acepte quien lo recibe (234).

(231) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 83 y 147.

(232) Obsérvese que ROCA SASTRE no la incluye en la fórmula referida al tratar del artículo 1.462 del Código Civil, pero continúa siendo usual en las escrituras autorizadas en Cataluña, por lo que GONZÁLEZ PALOMINO (*ob. cit.*, pág. 512) la comenta humorísticamente.

(233) ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 157, n. 6, cree que el vendedor no queda como servidor posesorio.

(234) ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 158. Es más, también la Compilación navarra (ley 355) habla de que «la propiedad de las cosas se adquiere... por la entrega de

Art. 1.387 (1.464 C. c.).—«En cuanto a los *bienes incorporeales*, regirá lo dispuesto en el artículo 1.385; en cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia o el uso que él haga de su derecho, consintiéndolo el vendedor.»

«El artículo 668 del Código holandés exige escritura pública o privada para la *cesión* y entrega de créditos que no son al portador, y de otros derechos incorporeales.

Res incorporeales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt: eodem numero sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur, texto del Título 2, Libro 2, Instituciones, y la Ley 1, Título 30, Partida 3. *Res incorporeales traditionem non recipere manifestum est*, Ley 43, párrafo 1, Título 1, Libro 41 del *Digesto*. *Nulla ejusmodi juris vacua traditio est. Ego puto usum ejus juris* (de la servidumbre) *pro traditione possessionis accipiendum esse*, Ley 20, Título 1, Libro 8 del *Digesto*, y dicha Ley 1, Título 30, Partida 3; por manera que en estas cosas no caben propia y verdaderamente entrega y posesión, sino cuasi-entrega y cuasi-posesión.

Lo dispuesto en el artículo 1.385. La disposición del artículo 1.385 es general y no distingue entre cosas corporales e incorporeales; los motivos son iguales en ambos casos, y la entrega será simbólica: ve el comentario del artículo 1.384.

Los *títulos de pertenencia*: otra entrega o cuasi-entrega, también simbólica, porque, no siendo posible en las cosas incorporeales la natural y verdadera, es indispensable recurrir a la fingida.

Pero ténganse presentes las palabras 'en cualquier otro caso', pues que si se trata de derechos o cosas incorporeales en los que deba intervenir escritura según el artículo 1.003, ella sola equivale a la entrega, y sin ella no basta la de los títulos.

O el *uso*: Por Derecho romano y patrio, que no requerían escritura para la imposición de servidumbres, bastaba el uso del dueño del predio dominante y la paciencia del dueño del predio sirviente por el tiempo legal para adquirirlas...»

El precepto se refiere a cosas incorporeales, pero parece que no a todas, sino *tan sólo a los derechos reales parciales poseíbles* (235), a los que se alude en el artículo 609 C. c., y que se concretaron al comentar

las mismas hecha por su propietario, en virtud de un convenio que justifique la transmisión», con lo que no se precisa el acuerdo sino para el título, mas no para la entrega o modo (ALBALADEJO, *loc. cit.*, n. 10).

(235) Según Díez PICAZO (*Sistema de Derecho civil*, V. III, 1.ª ed., 1977, páginas 154 y 228), el artículo 1.464 del Código Civil está pensado para la transmisión de derechos reales sobre cosas... Su entrega no es la material, dada la naturaleza del objeto.

los artículos 379 y 380 P. (333 y 334 C. c.), respecto de los que cabe transmisión de cuasi-posesión por cuasi-entrega o cuasi-tradición, cabe hacer posible su ejercicio, *hacer posible el ejercitar el poder de hecho correspondiente*, aunque no se haya ejercitado (usado) (236).

A ellos es aplicable lo dispuesto para las cosas (corporales) por el artículo 1.462, 2.º, C. c., en cuanto que el otorgamiento de la escritura de compraventa equivale a la entrega (cuasi-entrega), al cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar, naturalmente, es decir, salvo pacto contrario a la presunción de voluntad de las partes respecto a tal equivalencia.

GARCÍA GOYENA entendía que este precepto alude a «en cualquier otro caso», en consideración a que debían constar en escritura pública la compraventa de tales derechos en la mayor parte de los casos (v. com. artículo 1.003, 1.º, P.; 1.280, 1.º, C. c.), a efectos de validez del contrato (art. 1.001 P.), pero en el C. c. la falta de escritura no tiene tal efecto (arts. 1.278 y 1.279).

Por tanto, a falta de escritura pública, también «se entenderá» como cuasi-entrega, es decir, se presumirá el acuerdo de cuasi-entrega (y la cuasi-entrega efectiva), deducido de cualquiera de estas dos formas o *actos exteriorizadores de la cuasitradición* realizada:

1. El hecho (acto) de «poner en poder del comprador los títulos de pertenencia del derecho» del vendedor: es la *tradición documental*, forma simbólica que patentiza la cuasi-tradición y el acuerdo cuasitraditorio. Distinta de la *traditio chartae* o entrega material del título original de compra por el comprador y de la tradición instrumental por el simple otorgamiento (237).

2. El uso que haga de su derecho el comprador, consintiéndolo el vendedor, que probará que ya hubo cuasi-tradición, pero no la constituye él mismo (por la misma razón que para que haya tradición de la cosa no hace falta que se haga uso del recibido poder de hecho sobre esa cosa), por lo que cualquier derecho nacido en el intermedio, entre cuasi-tradición y comienzo del uso, es posterior a la constitución de aquél, mediante la cuasi-tradición (238).

Estas presunciones cumplen la función de facilitar la prueba de la cuasi-entrega realizada, pero no impiden la prueba por otro medio.

Por otra parte, como presunciones *juris tantum*, admiten el pacto en contrario.

(236) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 162, y anterior comentario al artículo 430 del Código Civil.

(237) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 162 y 86.

(238) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 162, n. 2, y 86, n. 8.

Es interesante observar que entregar un derecho real parcial es hacer posible su ejercicio, pero también entregar el derecho de propiedad es hacer posible su ejercicio, transmitiendo la posesión inmediata y exclusiva de la cosa sobre la que se ha de ejercitar el derecho de propiedad, sin perjuicio de pactos de mediación posesoria.

Concretando, el artículo 1.464 C. c. será *aplicable* a la constitución traslativa (no reservativa) de usufructo, uso o habitación, y a la transmisión del usufructo (dada la intransmisibilidad del uso y habitación), así como a las servidumbres prediales (incluso las negativas, según ALBALADEJO) y al censo enfiteútico y reservativo.

Los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 C. c. disponen que el *acto real* de traspaso de la posesión de la cosa (art. 1.462, 1.º) o su *equivalente* legal (arts. 1.462, 2.º; 1.463 y 1.464) implica la presunción *juris tantum* de que existe acuerdo de entrega, acuerdo de transmisión de la posesión en concepto de dueño sin necesidad de entrega real, sin perjuicio del acuerdo en contra, porque el comprador no se conforme con el equivalente de la entrega real, lo que impide se considere transmitida tal posesión. Así resulta del Proyecto de 1851 (arts. 1.384, 1.385 y 1.386), en el que la entrega es transmisión de la posesión (como en el C. c.), pero sólo transmisión de la posesión, porque no implica, por consecuencia de un contrato, la transmisión de la propiedad (a diferencia del C. c.).

El artículo 1.462 y el 1.463 se refieren a la tradición de cosa (corporal). El artículo 1.462, a inmuebles y muebles. El artículo 1.463, literalmente a muebles, pero también puede aplicarse a inmuebles con las debidas adaptaciones.

El artículo 1.464, en cambio, se refiere a la cuasi-tradición de cosa incorporal de un derecho real poseíble (al que se refiere el art. 609 C. c.).

Pero todos los artículos, 1.462, 1.463 y 1.464, *presuponen que el vendedor es poseedor* y no se aplican al caso en que el vendedor no es poseedor.

a) Contra esta opinión, ALBALADEJO estima que, cuando el vendedor no sea poseedor, son aplicables el artículo 1.462, 2.º, y el artículo 1.463, al referirse al «solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta», de tal modo que si hay un tercero poseedor en concepto de dueño no se transmite la posesión, pero sí la propiedad, por el otorgamiento de la escritura de venta (que equivale a la entrega; art. 1.462, 2.º, C. c.) o por el solo acuerdo (o conformidad, más bien, del comprador) (239).

También estima que cuando el vendedor no es poseedor se transmite no la posesión, pero sí la acción reivindicatoria y con ella el derecho de

(239) ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 159 y 161.

propiedad, tanto por el otorgamiento de escritura pública como por la entrega de títulos de pertenencia, como por el uso del derecho (240).

En apoyo de estos criterios podría argumentarse lo siguiente:

1. GARCÍA GOYENA, citando a CUJACIO, comenta que la entrega es *trascriptio possessionis*, «de consiguiente debe tenerla el vendedor, *quia nemo dat quod non habet*», pero el comentario lo hace el artículo 1.384 P. (1.462, 1.º, C. c.) y no lo repite en los artículos siguientes, 1.385 P. (1.462, 2.º, C. c.) y 1.386 P. (1.464 C. c.).

2. GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 1.387 P. (1.464 C. c.) hace referencia al Código holandés (art. 668) que exige escritura pública o privada para la cesión y entrega de crédito que no sean al portador y de otros derechos incorporeales.

3. El mismo comentarista cita como concordante con el art. 1.387 P. (1.464 C. c.) al artículo 1.607 del Código francés, que alude a tradición de derechos incorporeales (no de bienes incorporeales), por entrega (*remise*) de títulos o por el uso (no por otorgamiento de escritura), y que puede ponerse en relación con el artículo 1.689 del mismo Código (que no tiene concordante con el Proyecto de 1.851, por lo que en ningún punto lo cita GARCÍA GOYENA, ni con el C. c. de 1889), que es el artículo 1.º del capítulo VIII del título de la compraventa, que trata de la transmisión de créditos y de otros derechos incorporeales, según el cual «en la transmisión de un crédito, de un derecho o de una acción contra un tercero, la entrega (*delivrance*) se realiza entre cedente y cesionario por la entrega (*remise*) del título» (241).

b) Sin embargo, frente a tal opinión de ALBALADEJO, hay que insistir en que el Proyecto de 1851 refería los artículos equivalentes a los actuales 1.462, 1.463 y 1.464 C. c., exclusivamente a la transmisión de la posesión y no a la transmisión de la propiedad, razón por la que GARCÍA GOYENA no tenía por qué repetir el principio de que para transmitir la posesión debe tenerla el vendedor. Siendo así, hay que entender que el C. c. también se refiere a la transmisión de la posesión, que ha de tener el vendedor para poder transmitirla, sin perjuicio de que cuando el vendedor sea poseedor, mediante la transmisión de la posesión, mediante la tradición, en cumplimiento del contrato de compraventa, se transmita el derecho de propiedad del vendedor al comprador.

La transmisión del derecho de propiedad del vendedor no poseedor al comprador no precisa referirla a los artículos 1.462, 2.º; 1.463 ó 1.464.

(240) ALBALADEJO, *ob. cit.*, págs. 158 a 161.

(241) En el Derecho español el primer artículo del capítulo concordante es el artículo 1.526, a su vez referente al contenido del artículo 1.690 del Código Civil francés.

Tradicionalmente, desde el Derecho justiniano, recibido a través de los glosadores, el solo contrato de compraventa-cesión de la acción reivindicatoria, basta para que se transmita la acción que representa al derecho de propiedad, por el cauce legal de la transmisión de acciones o derechos incorporales (art. 1.526 C. c.), si bien el Derecho tradicional exigía, además, el pago del precio, diferencia que se considerará más adelante.

7.4. *Pago del precio*

Art. 1.389 (1.466 C. c.).—«El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha *pagado el precio* o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.»

«Por Derecho romano y patrio, ni aun entregada ya la cosa por el vendedor se hacía del comprador si éste no pagaba el precio o satisfacía de otro modo al vendedor, o si éste no había vendido al fiado, párrafo 41, Título 1, Libro 2, Instituciones, y Ley 46, Título 28, Partida 3. Por el artículo 981 se establece lo contrario en cuanto a la transmisión de la propiedad:

Sin embargo, en el caso del artículo, si la venta no se hizo al fiado o a plazo, no puede ser compelido el vendedor a cumplir su obligación de entregar la cosa mientras el comprador no cumpla la suya de pagar el precio...; el vendedor en este caso podrá usar de la facultad contenida en el artículo 1.042» (1.124 C. c.).

Así, *el Proyecto introduce una importante modificación al Derecho tradicional, al no requerir el pago del precio como «condicio iuris» para la transmisión de la propiedad de la cosa* ya entregada; el C. c. recoge esta modificación, aunque no la de prescindir de la *condicio iuris* de la entrega para la transmisión de la propiedad.

Por otra parte, el Proyecto y el Código plantean la *simultaneidad* de cumplimiento de las obligaciones principales del vendedor y del comprador, salvo pacto.

Claro que en el Proyecto el cumplimiento por el vendedor afecta exclusivamente a la transmisión de la posesión, mientras que en el C. c. implica la transmisión del derecho de propiedad, salvo pacto.

7.5. *Doble venta*

Art. 1.396 (1.473 C. c.).—«Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 982.»

1. Art. 982 (1.473, 1.º, C. c.).—«Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la

7.6. ¿Obligación de transmitir la propiedad?

Art. 1.397 (1.474 C. c.).—«Por el saneamiento expresado en el artículo 1.383, el vendedor responde al comprador:

- 1.º De la posesión pacífica de la cosa vendida.
- 2.º De los vicios y defectos ocultos que tuviere.»

Posesión pacífica. Vacua possessio emptori tradita non intelligimur: si alius in possessione est, Ley 2, párrafo 1, Título 1, Libro 19 del *Digesto*. Así, lo primero es poner al comprador en posesión de la cosa; la palabra pacífica se refiere a garantizar esta posesión contra toda inquietación posterior.

La Ley 30, párrafo 1, del mismo título dice que el vendedor *hactenus tenetur, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat*, no se obliga a transmitir al comprador la propiedad, sino a ponerle en posesión de ella, y a defenderle contra todos los que después quisieran hacérsela dejar, o reclamaran algunos derechos sobre ella.

Esta decisión ha tenido sus impugnadores; yo la encuentro justa: el comprador no tiene acción contra el vendedor de buena fe mientras no se verifiquen los dos casos indicados, aunque llegue después a descubrir que el vendedor no era propietario de la cosa.»

En este punto ha de considerarse si el vendedor está obligado a transmitir la propiedad (244), cuestión no sólo relacionada con la venta de cosa ajena (245), sino que implica la concreción de la eficacia traslativa y obligacional de la compraventa desde el punto de vista del vendedor (246).

Al comentar el artículo 1.367 P. (1.445 C. c.) se precisó que, por su finalidad, contenido y efecto final, el contrato de compraventa es un contrato traslativo, y que si se vende cosa determinada, propia (no ajena), sin pacto de reserva de dominio, el vendedor, que está obligado a entregar, o sea, a transmitir la posesión de la cosa al comprador, si posee

(244) Un estudio muy completo sobre esta cuestión es el de ALBALADEJO GARCÍA (Manuel): «*La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*», que fue su tesis doctoral leída en 1944, publicada en R.G.L.J., con separata de Ed. Zeus, Madrid, 1947, incluido en sus *Estudios de Derecho civil*, Ed. Bosch, ed. 1955, páginas 141 y sigs., con algunas adiciones. El autor mantiene su tesis, con algunas matizaciones, en su «*Derecho civil*», T. II, V. 2, 4.ª ed., págs. 39 a 42.

En Italia y en Alemania, expresamente, el vendedor está obligado a procurar (Italia) o transmitir (Alemania) el dominio de lo vendido, y el incumplimiento de esta obligación, en el caso de venta de cosa ajena, faculta al comprador para pretender la resolución del contrato de compraventa; en Francia también, aunque la solución legal es más compleja (págs. 17 y 20, 27 y 30, de dicha separata).

(245) ALBALADEJO: *Derecho civil*, pág. 17.

(246) ALBALADEJO expone su opinión en *Estudios...*, pág. 234, y *Derecho civil*, página 41.

la cosa y la entrega cumple una obligación y queda cumplida una *condicio iuris* requerida para que se transmita el derecho de propiedad sobre la cosa del vendedor al comprador (arts. 609 y 1.095 C. c.), pero si no la entrega, su incumplimiento de la obligación de entregar no determina el definitivo incumplimiento de dicha *condicio iuris*, que puede quedar cumplida, aun contra la voluntad contumaz del vendedor, mediante la puesta en posesión en trámites de ejecución de sentencia condenatoria, que sólo figuradamente puede calificarse como entrega forzosa, por lo que dicha *condicio iuris*, más que de entrega, es de traspaso posesorio, voluntario (entrega) o forzoso. En este caso, por hipótesis, no cabe hablar de responsabilidad por evicción respecto del derecho vendido.

Pero GARCÍA GOYENA (v. com. art. 1.367, 1.397 y 1.400 P.) admite que «la venta de cosa ajena es válida», a diferencia de lo que aparentemente dispone el C. c. francés (en el que, realmente, más que la invalidez, o anulación, puede determinar la resolución del contrato, según ALBALADEJO), y, exclusivamente con el fin de permitirla, formula el principio de que «el vendedor responde de la posesión pacífica de la cosa vendida» (y entregada), y por ello entiende que «el vendedor no se obliga a transmitir al comprador la propiedad», por lo que el comprador no tiene acción contra el vendedor de buena fe (de cosa ajena, que cree propia), sino en los dos supuestos de falta de entrega (incluyendo la llamada evicción interdictal de la posesión) o de evicción del derecho (reivindicatoriamente), de modo que, si no falta la entrega, no tiene acción de resolución del contrato, «aunque llegue a descubrir que el vendedor no era propietario de la cosa».

«Se adopta la fórmula tradicional romana, cuando, realmente, están muertas las razones que la sostenían» (247) y «cuando, en principio, poner en duda que el vendedor está obligado a procurar la propiedad al comprador, para un profano puede probablemente parecer cosa de locos o confirmarle en la opinión de que sólo a un jurista se le ocurre poner en duda en materia legal lo que una persona corriente considera evidente» (248).

Pero esta fórmula—argumenta ALBALADEJO—tiene *menos inconvenientes que los aparentes*:

1. La posesión que ha de entregarse o proporcionarse al comprador no es una posesión cualquiera, sino una posesión en concepto de dueño, legal y pacífica. Esta, en la práctica, no se transfiere *legalmente* mientras consta de forma oficial que el propietario es otra persona, ya que no puede aceptarse que sea vendedor poseedor legal y pacífico quien ni

(247) ALBALADEJO: *Derecho civil, loc. cit.*, pág. 37. Separata, págs. 91 y 92.

(248) ALBALADEJO: *Derecho civil, loc. cit.*, pág. 37.

siquiera tiene a su favor la presunción legal de ser poseedor, como ocurre, por ejemplo, si lo vendido es un inmueble y el comprador no puede inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad (art. 38 L. H.) o si se trata de algunas cosas muebles (como automóviles), con documentación a nombre de otro, de modo que no puede estimarse que sea totalmente legal la situación posesoria del comprador. Si el vendedor no regulariza la situación oficial el comprador podrá pedir la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de entregar. (Hasta aquí, ALBALADEJO.)

2. Tampoco se transmite la posesión *pacífica* si se pierde la posesión aparente por una acción interdictal ejercida por un tercero; es la llamada *evicción de posesión*. En tal caso, también el comprador podrá pedir la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega.

3. Asimismo, ha de entenderse que, pese a la apariencia de cumplimiento de la obligación de entregar mediante tradición instrumental, el comprador que pretenda tomar posesión efectiva puede enfrentarse con la *oposición de un tercero poseedor que alegue serlo en concepto de dueño*, y si en un *juicio de desahucio por precario* no obtiene el desalojo de tal poseedor inmediato, tampoco ha llegado a obtener el comprador la posesión y podrá pedir la resolución de la compraventa por incumplimiento de la obligación de entrega.

4. Si el vendedor vende una cosa ajena, sabiendo que no es propia (con conocimiento y consentimiento del comprador o desconociéndolo éste), o creyendo que es propia, y la entrega al comprador, el vendedor puede resolver la situación a satisfacción del comprador, adquiriendo la propiedad de cosa ajena vendida, y el comprador puede llegar a adquirirla por usucapión, si el tercero propietario no actúa oportunamente, acaso porque sea dudosa o discutible la titularidad del derecho de propiedad. Aunque se concediera, en principio, la acción de resolución del contrato de compraventa en los supuestos de venta de cosa ajena, por no proporcionarse la propiedad al comprador, la acción resultaría inadmisibles en los casos referidos: el comprador ha adquirido la propiedad, tanto si el vendedor compra al tercero como si el tercero deja pasar el plazo para interrumpir una posible usucapión, y el comprador no ha de entrar en averiguaciones sobre si, realmente, el vendedor fue causante de la pérdida de la propiedad del tercero por usucapión.

5. También ha de considerarse que se puede vender, con conocimiento y consentimiento del comprador, una cosa poseída por el vendedor, manifestando como *dudoso o discutible el que sea propia o ajena*,

porque el vendedor no esté seguro de que sea de su propiedad o porque le resulte difícil la prueba de la titularidad, haya o no litigio pendiente, previsible o posible, sobre la titularidad del derecho.

6. Por otra parte, «el vendedor está obligado a todo lo que, según la naturaleza del contrato, sea conforme a la buena fe y al uso» (artículo 1.258 C. c.) y *el vendedor no puede alegar ignorancia* (art. 6.º, 1.º, C. c.) *de que está obligado a entregar*, es decir, *a transmitir la posesión en concepto de dueño, legal, pacífica, como medio para transmitir el derecho de propiedad*, salvo pacto o convenio en contrario, limitativo de los efectos de la entrega, con un término o una condición, respecto a la posesión o respecto a la propiedad, en cuanto lo permita el ordenamiento jurídico (249).

Si el comprador, después de recibir la cosa comprada, llega a conocer (incluso si conoció al contratar) que el vendedor, al vender, es dudoso o discutible que fuera propietario o, con certeza, no lo era, es justo que tenga algún *medio de salir de la situación*, que no puede considerarse pacífica duraderamente; la posesión es una situación o estado duradero y puede ser pacífica durante cierto tiempo y dejar de serlo más tarde.

El problema estriba, *de jure condendo*, en la prueba de la alegación por el comprador poseedor de que el vendedor no le ha transmitido la posesión pacífica en concepto de dueño y con ella la propiedad, porque no era propietario al venderle la cosa, en el caso de que el vendedor se oponga a la pretensión del comprador. Aquí se plantea la *necesidad de evitar pleitos entre comprador y vendedor*, en los que se discutan alegaciones más o menos arbitrarias o infundadas, para que el vendedor no quede obligado a probar su derecho de propiedad, en todo caso, incluso al comprador, sino sólo cuando un tercero lo discuta, habida cuenta de la dificultad de la prueba del derecho de propiedad (*probatio diabólica*). Cabe entender que precisamente por esto la ley requiere, para que el comprador pueda reclamar por incumplimiento de la obligación del vendedor de entregarle la posesión (duradera) en concepto de dueño, legal y pacífica, y con ella la propiedad, el que aporte como prueba plena de la propiedad de un tercero, anterior a la compraventa (art. 1.475 C. c.) y aun actual, una sentencia firme que así lo declare, en un juicio en el que el vendedor pueda oponerse probando su propiedad si fuere menester (arts. 1.475 y 1.482 C. c.) o una decisión administrativa equivalente,

(249) Es de destacar que según la Compilación navarra (ley 567), «por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma», pero no a transmitir ésta necesariamente, con lo que de forma clara y expresa parece acoger la tesis que para el Código Civil propugna ALBALADEJO (*ob. cit.*, T. II, V. 2, pág. 42).

también firme (sentencia de 27 de mayo de 1957, entre otras). Pero el comprador, al comprar, ya sabe (art. 6.º, 1.º, C. c.) que se requiere tal prueba del incumplimiento para exigir la responsabilidad legal (art. 1.478 Código Civil) o convenida (art. 1.477 C. c.). Conviene añadir que el comprador queda «privado» de la cosa (art. 1.475 C. c.) por la sentencia firme, aun antes de ejecutarla, al declararse la titularidad del tercero propietario. Además, aunque el comprador venza en el juicio reivindicatorio contra un tercero determinado, puede ocurrir que otro tercero pretenda reivindicar con otro fundamento de su alegada titularidad.

El C. c. se refiere, directamente, al caso del *tercero demandante* (cf. artículos 1.481 y 1.482), pero sus disposiciones son aplicables al caso de un *tercero demandado* (250), con lo que se puede lograr, directamente, el mismo resultado práctico que si—como sugiere ALBALADEJO—el comprador insta al tercero a que demande (salvada la diferente posición procesal, más favorable la del demandado que la del demandante).

La *responsabilidad por evicción* se regula como efecto natural del contrato, admitiendo el pacto de exención, total o parcial (art. 1.475, 2.º, 3.º, Código Civil).

La exención puede concertarse por el comprador con conocimiento del riesgo de evicción que hay en el caso concreto, y en este caso, si la evicción se produce, por el riesgo conocido, no por otro, el vendedor queda totalmente exento de responsabilidad (art. 1.477, *in fine*, C. c.), o bien puede concertarse por el comprador lisa y llanamente, es decir, sin tal conocimiento, y en tal caso el vendedor responde sólo del precio (valor) de la cosa al tiempo de la evicción (art. 1.477, pr., C. c.), y queda exento parcialmente de responsabilidad (cf. art. 1.478 C. c.).

Claro que si el vendedor sabe que vende cosa ajena, desconociéndolo el comprador, será nulo todo pacto que le exima, total o parcialmente, de responder de la evicción (art. 1.476 C. c.), pero por aplicación del

(250) MANRESA: *Comentarios*, T. X, pág. 207. Opinión transcrita anteriormente al tratar de la inseparabilidad de la acción reivindicatoria respecto del dominio. MANRESA se refiere a la acción reivindicatoria ejercitada por el comprador que perdió interdictalmente la posesión recibida, pero además el comprador puede demandar al tercero que pretenda ser propietario, ejercitando la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, de la que puede resultar el comprador vencedor o vencido (evicto); si fuere vencido la sentencia firme le permitirá reclamar por evicción contra el vendedor, siempre que éste hubiera sido notificado debidamente (arts. 1.480 a 1.482 del Código Civil).

El Código Civil parece considerar exclusivamente la reivindicación *inmediata* del tercer propietario contra el comprador, pero la posesión pacífica ha de ser duradera, y también la acción para exigir la responsabilidad por evicción, que prescribe a los quince años (art. 1.964 del Código Civil), por no tener plazo especial (a diferencia de las acciones para exigir responsabilidad por vicios ocultos que tienen un corto plazo, de seis meses—art. 1.490—o de cuarenta días—art. 1.496—).

principio que inspira la imposibilidad de renunciar a la acción para exigir la responsabilidad en caso de dolo (art. 1.102 C. c.) (251).

7.7. Simultaneidad de cumplimiento

Art. 1.429 (1.500 C. c.).—«La principal obligación del comprador es pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato. Si no se hubiere fijado, debe hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida.»

«La principal obligación del vendedor es entregar la cosa; la del comprador, pagar su precio: estas obligaciones son correlativas: ¿pero quién debe cumplir antes, el comprador o el vendedor? Debe cumplir el que primero de ellos inste por el cumplimiento del contrato, pues de otro modo se le opondrá la excepción de que no ha cumplido por su parte, sin que el demandado tenga que probarla...

El vendedor cumplirá entregando la cosa o pidiendo su depósito o secuestro; el comprador, pagando o consignando el precio...»

El comentarista se plantea, *con independencia de la transmisión de la propiedad de la cosa*, el que, salvo pacto convenido al perfeccionarse la compraventa o posterior a su perfección, *el pago o cumplimiento de las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador ha de ser simultáneo o inmediatamente sucesivo*. El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio, a menos que se haya señalado en el contrato plazo para el pago (1.466 C. c.), y

(251) Según el *Código Civil italiano vigente*, el vendedor está obligado a realizar los actos necesarios para que se transmita el derecho vendido, sea el de propiedad u otro.

El comprador de cosa ajena, que obtuvo la entrega, pero no la propiedad, puede ejercitar la acción de resolución del contrato o la de garantía por evicción (MESSINEO, *ob. cit.*, V. 3, 1.º, pág. 95).

La acción de *resolución* puede ejercitarla si ignoraba al comprar que la cosa no era propiedad del vendedor y luego lo descubre, siempre que, entretanto, el vendedor no le haya procurado la adquisición de la propiedad o el comprador no haya adquirido la propiedad por usucapión, es decir, si el vendedor continúa incumpliendo la obligación fundamental de hacerle adquirir la propiedad. Resuelto el contrato debe devolver la posesión de la cosa al vendedor.

La acción de *garantía por evicción* puede ejercitarla si es vencido en juicio reivindicatorio por un tercero, tanto si éste es el demandante, como si éste es el demandado, que se posesionó de la cosa después de recibida por el comprador del vendedor, porque el tercero realiza mejor prueba de su derecho que el vendedor y, por tanto, que el comprador. Más que una garantía por evicción es una responsabilidad del vendedor por evicción, por vender cosa ajena, que continúa siéndolo al reivindicarla su dueño.

La acción de resolución implica no pretensión actual de un tercero, sino peligro de pretensión de sentencia de condena reivindicatoria.

La responsabilidad por evicción implica la realidad actual de una sentencia de condena reivindicatoria.

se afiance éste si después descubre que el comprador es insolvente (artículo 1.467 C. c.). El comprador deberá hacer el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega, salvo pacto en contrario (art. 1.500 C. c.).

7.8. Resolución por incumplimiento

Art. 1.435 (1.506 C. c.).—«La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones y además por las expresadas en los capítulos anteriores...»

Respecto a las *causas generales*, al comentar el artículo 1.042 P. (1.124 Código Civil), dice GARCÍA GOYENA que «ilustra y fija este punto vago y oscuro en Derecho romano y patrio: la condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra cumpla su obligación.

Pero como no se puede dejar al arbitrio de la parte dolosa o culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento o resolución, y en acudir a este segundo medio cuando le haya resultado fallido el primero: téngase presente el párrafo 3 del artículo 1.007 (1.100 C. c.). ... Aquí se pide la resolución del contrato por el mismo que podía pedir su cumplimiento».

Al comentar el citado párrafo, según el cual «en las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana o cumplir debidamente la obligación que le es respectiva», aclara que «el que no cumple, mal puede reclamar del otro cumplimiento, y de consiguiente constituirse en mora».

Respecto a las *causas especiales* de resolución se ha de destacar, en primer lugar, que según el Proyecto (art. 1.432; 1.503, 1.º, C. c.), «si el *vendedor* tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, debe inmediatamente declarar la resolución de la venta...», porque—según el comentarista—«en el caso apremiante de este artículo, por ejemplo, cuando el comprador demoliese la casa o talase un bosque (objetos de la venta) ... es más breve, seguro y económico para el vendedor pedir la resolución de la venta que empeñarse en un pleito para el pago del precio; y de todos modos en su mano estará elegir uno u otro medio, pero mientras no llegue a ejecutarse la resolución de la venta puede el comprador libertarse de ella pagando el precio e indemnizando al vendedor de los daños e intereses; así lo dicta la equidad, y el vendedor no tiene de qué quejarse, pues consigue cuanto se propuso en el contrato».

En cambio, respecto al *comprador* que recibió la entrega de la cosa,

no hay norma recíproca, pues «si el comprador es turbado o tuviese fundado temor de serlo por una acción, sea hipotecaria, sea reivindicatoria, puede suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro; a no ser que este último afiance, o que se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de esta clase, el comprador verifique el pago» (art. 1.431 P.; 1.502 C. c.), pero no puede pedir la resolución de la compraventa «ni reclamar el precio, ni exigir fianza, si ya lo ha pagado...»

8. CONTRATO DE COMPRAVENTA-CESIÓN DE DERECHO

Capítulo VIII.—De la *transmisión* de créditos y demás *derechos incorporales*.

Art. 1.457 (1.526, 1.º, C. c.).—«La cesión de un crédito, derecho o acción no surte efecto contra un tercero, sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad con los artículos 1.201 y 1.209.

Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.»

«Viene a ser una aplicación de los dos artículos a que se refiere, y también el 1.003, números 1 y 11. (Deberán redactarse en escritura pública: 1.º Los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos ... 11. La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública)» (art. 1.280, 1.º y 6.º, C. c.).

[Art. 1.201 (1.526, 2.º, y 1.218 C. c.).—«La escritura pública hace fe plena de la obligación en ella comprendida entre las partes contratantes y sus herederos o causahabientes.

También hace fe contra terceros en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y a su fecha.»

Art. 1.209 (1.227 C. c.).—«La fecha de un documento privado no se cuenta respecto de un tercero, sino desde el día en que ha sido incorporado en un Registro público, desde el día de la muerte de uno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido escrito o inventariado por algún escribano o empleado público, procediendo por razón de su oficio».]

Art. 1.466 (1.535 C. c.).—«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tiene derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado y los intereses del precio, desde el día en que éste fue satisfecho.

Entiéndese litigioso un crédito desde que se contesta a la demanda relativa al mismo.

El deudor tendrá nueve días para usar de su derecho, desde que el cesionario le reclame el pago.»

«Está tomada la primera parte de las Leyes 22, 23 y 24, Título 35, Libro 4 del Código, cuyo objeto fue cortar los pleitos y refrenar la codicia o malignidad de los que con la compra o cesión de derechos litigiosos se proponían enriquecerse a expensas de otros, a atormentarle ... pero dichas leyes eran más absolutas, y a mi entender más sabias, pues prohibían que el comprador pudiera exigir del deudor más que el precio dado y sus intereses. La Comisión no lo estimó así y rechazó la indicada prohibición.

Las leyes romanas prohibían que un mismo crédito se vendiese en parte y se donase en otra (yo lo tengo por justo y conveniente para evitar simulaciones). Además, según su letra, no era necesario que la acción o derecho estuviera ya en litigio; antes bien, se infiere que la compra se hacía para moverlo (en lo que hallo mayor sagacidad y previsión). Me afirmo en lo que digo porque otras leyes anteriores tenían ya prohibida la enajenación de las acciones o cosa litigiosa (Leyes 2, 3 y 4, Título 37, Libro 8 del Código). Pero esto equivalía a prohibir la venta de todo crédito o derecho; según POTHIER, basta que se tema pleito, aunque no haya comenzado: esto, como se ve, es muy vago.

Séase por Derecho romano lo que se quiera, *nuestro artículo se limita a lo ya litigioso*.

Nótese que nuestro artículo dice crédito, lo que parece conforme a las leyes romanas citadas que usan en sentido inverso la palabra *debitum*, y los autores lo hacen sinónimo de *nomen* (crédito); de consiguiente, no puede suscitarse entre nosotros la cuestión de si el artículo es aplicable a los inmuebles, que según ROGRÓN fue declarada en sentido negativo por el Tribunal de Casación.

Sin embargo, temo que hayamos incurrido en contradicción o por lo menos en impropiedad de lenguaje: decimos *crédito* en este artículo; pero en el 1.467 siguiente repetimos por dos veces *derecho*:

Yo poseo una finca: sobre su dominio me suscita otro un pleito, y durante éste enajena su acción o derecho: ¿por qué no he de tener yo el beneficio del presente artículo? ¿No militan los mismos temores o sospechas de codicia o malignidad? ¿La misma utilidad de cortar pleitos? ¿La mayor de asegurar desde luego la propiedad de una finca? ¿Es por ventura la acción de dominio más real que la hereditaria? Lo mismo digo de las servidumbres y de todos los otros derechos reales, que ... son inmuebles; y todo derecho, sea cualquiera la cosa u objeto sobre que recaiga, es incorporal por su naturaleza.

Entiendo, pues, que habría más propiedad y consecuencia en ambos Códigos poniendo por epígrafe del capítulo 8: 'De la transmisión de cré-

ditos y demás *acciones*', y redactándose nuestro artículo 1.461: 'Vendiéndose un crédito, acción u otro cualquier derecho litigioso, etc.'

Dejando aparte estas observaciones, el artículo como se halla redactado encierra la venta de una cosa o derecho dudoso e incierto: regirá, pues, lo dispuesto en el artículo 1.460: el vendedor de buena fe y que nada ocultó al comprador, a nada queda obligado.

Entiéndese litigioso: Así fue entre los romanos; pero JUSTINIANO por la Novela 112, capítulo 1, estableció que bastase la presentación del libelo o demanda al juez, si la acción intentada fuera real.

¿Puede haber riña o litigio sin oposición, ni realizarse ésta sin la contestación a la demanda?» (252)

El C. c., en el Libro IV, Título IV, regula el «contrato de compra y venta», pero su último capítulo se refiere, como a algo independiente de los seis capítulos anteriores, a la «transmisión de créditos y demás derechos incorporales» (arts. 1.526 a 1.536).

Los primeros seis capítulos regulan la compraventa típica de *cosa* (corporal), es decir, del derecho de propiedad de cosa determinada *poseída* por el propietario, salvo el artículo 1.464, que se refiere a la cuasi-entrega de derechos reales parciales poseíbles, considerados como cosas incorporales, a los que claramente se aplica el sistema traslativo del título y tradición (art. 609 C. c.), y también salvo el artículo 1.473, inciso final.

El capítulo VII regula la compraventa de las *demás cosas incorporales* o derechos incorporales (v. com. arts. 379 y 380 P.), a los que, *en sentido estricto, no se aplica la obligación de entrega y el sistema traslativo del título y tradición*. Se refiere claramente a las acciones personales, identificadas con el derecho personal, pero también a las acciones reales, que derivan de derechos reales, a los que representan en cuanto defienden la titularidad o pertenencia del derecho, como la acción reivindicatoria respecto del derecho de propiedad de cosa poseída por un tercero usucapiente. Por la sinonimia de tales acciones y derechos, resulta más adecuado hablar de cesión de derechos, sean derechos personales (créditos) o derechos reales. Incluye un solo artículo de carácter general, el primero (art. 1.526), pues los demás se refieren a la venta-cesión de

(252) Antes de pasar adelante, interesa destacar los comentarios de GARCÍA GOYENA al hoy artículo 1.535:

El precepto se refiere exclusivamente a la venta-cesión de un crédito litigioso, a una acción personal en ejercicio procesal, aunque el comentarista entiende que hubiera sido más consecuente la referencia a cualquier acción o derecho, no ya personal, sino también *real*, incluida la acción reivindicatoria, y a la demanda contestada.

Es destacable su insistencia en que todo derecho, sea cualquiera la cosa u objeto sobre que recaiga, es incorporal por su naturaleza, en que el epígrafe del capítulo debería referirse a créditos y demás acciones, y en la equiparación, tácita, de acción o derecho.

un crédito (art. 1.526 a 1.530), que puede ser litigioso (arts. 1.535 y 1.536), o de un conjunto de bienes (art. 1.532), que pueden ser los integrantes de una herencia (arts. 1.531, 1.533 y 1.534).

La venta no transmisiva de cosa (corporal), sino de un «derecho incorporeal» se denomina unas veces venta (arts. 1.529, 1.532 y 1.535), otras veces cesión (arts. 1.526, 1.527, 1.530 y 1.536, 1.º y 3.º), otras veces o cesión (arts. 1.526, 1.536 pr.), lo que puede entenderse en el sentido de que la palabra venta designa genéricamente el contrato con finalidad de transmisión y cambio de derecho por precio, pero específicamente a la venta de cosa corporal, o sea, del derecho de propiedad de cosa poseída por el vendedor, mientras la palabra cesión designa la transmisión no de cosas corporales, sino de cosas incorporeales o derechos, incluido el derecho de propiedad de cosa no poseída por el vendedor (253), cesión que, en el capítulo, se realiza por contrato de venta; de aquí que podría reservarse la palabra venta para su sentido específico de venta de cosa y utilizar la expresión venta-cesión para la venta de cosas incorporeales, pues hablar respectivamente de venta (de una cosa corporal) y de venta de un derecho (de una cosa incorporeal) induce a confusión, ya que, en definitiva, la venta siempre se refiere a derechos, sobre todo al derecho de propiedad de cosa poseída por el vendedor.

El *Derecho alemán* distingue el negocio obligatorio de compraventa y el negocio dispositivo, abstraído causalmente de la compraventa, integrado esencialmente por el acuerdo dispositivo, que puede resultar implícito junto al contrato de compraventa. El negocio dispositivo puede ser de transmisión de derechos reales (con su acuerdo dispositivo real) o de cesión de derechos personales o pretensiones reales (con su acuerdo de cesión).

En el *Derecho español*, en cambio, el contrato de compraventa (v. com. art. 1.445 C. c.), por su contenido y efecto final, traslativo de cosa o de derecho, de derecho en este caso, no es simplemente un contrato obligatorio, distinto del negocio dispositivo de transmisión o de cesión; es decir, en Derecho español no cabe hablar de un contrato de compraventa de un derecho que obliga a celebrar un negocio dispositivo del derecho, sino que, por sí sola, la compraventa de un derecho implica la voluntad traslativa del derecho, aunque el efecto traslativo del derecho no se produzca por la sola compraventa, porque se requiere, además, el cumplimiento de la entrega, de la transmisión de la posesión, para que se transmita la cosa (el derecho de propiedad de la cosa poseída por el vendedor), o el derecho incorporeal real poseíble (art. 609 C. c.), a dife-

(253) No obstante, también se refiere el Código Civil a la pérdida de la posesión por cesión (transmisión de la posesión de la cosa) a título oneroso o gratuito (art. 460).

rencia de los otros derechos incorporeales para cuya transmisión no se requiere, además de la compraventa, ni tradición propiamente dicha—que no es aplicable—ni un acuerdo dispositivo de cesión adicional al contrato de compraventa.

Con estos antecedentes se puede pasar a considerar las *conclusiones* de este estudio respecto al Derecho español vigente sobre la venta-cesión de acciones y concretamente de la reivindicatoria.

1.^a En primer lugar, se ha de afirmar que por la compraventa se *cede, se transmite, la acción del cedente al cesionario, y no sólo se cede el ejercicio de la acción del cedente*. Anteriormente se ha examinado la evolución histórica de esta cuestión; ahora sólo cabe resaltar que nuestro ordenamiento, en este punto, no se diferencia de los demás ordenamientos vigentes, en los que se distingue la cesión propiamente dicha, la cesión de la acción, de la denominada cesión impropia o cesión del ejercicio de la acción ajena.

A la cesión (*cesión propia*) se refiere, normalmente, el C. c.; con generalidad en los artículos 1.526 a 1.536.

A la denominada *cesión impropia* se refiere, excepcionalmente, el artículo 486 C. c. El usufructuario para poder ejercitar su derecho ha de obtener la posesión de la cosa, en concepto de usufructuario. Esta posesión, en principio, ha de entregársela el propietario. Pero el C. c. prevé el supuesto de que el propietario no pueda entregársela porque un tercero posea la cosa en concepto de dueño. En tal caso, el titular del derecho de usufructo no necesita esperar a que el propietario ejercite la acción reivindicatoria para que, una vez haya obtenido la posesión en concepto de dueño, le entregue la posesión en concepto de usufructuario. La ley faculta al usufructuario (que «tiene derecho») para ejercitar la acción reivindicatoria del propietario, pero en nombre y representación de éste, quien debe, para este fin, conferirle—cederle, dice el C. c.—su representación y facilitarle los elementos de prueba de que disponga. Actuando de este modo, el usufructuario podrá obtener la declaración del derecho real del propietario y la posesión para éste, que quedará como poseedor mediato, mientras el usufructuario, como mediador posesorio, obtiene la posesión inmediata correspondiente a su derecho de usufructo.

La terminología del C. c. responde plenamente a la concepción de la acción como concepto sinónimo de derecho, y de la cosa como representativa del derecho de propiedad sobre la misma: alude al usufructuario de una acción para reclamar un predio, y no al usufructuario de un predio del que su propietario no es poseedor y, por tanto, tiene acción reivindicatoria para que se declare su derecho y se le restituya la posesión de la cosa; también alude al propietario de la acción, y no al titu-

lar del derecho y, por tanto, de la acción. La referencia a cesión de la representación para ejercitar la acción ajena responde a la concepción de la cesión como *procuratio*, incluso a la *procuratio in rem suam*, pero limitada la «cosa propia» a la posibilidad de ejercicio del derecho de usufructo.

Es claro que un precepto específico no se puede generalizar, para llegar a la conclusión de que toda cesión de acción implica aún, como si estuviéramos en la Roma antigua, una *procuratio*, aunque sea una *procuratio in rem suam*, un poder irrevocable.

La distinción entre cesión (propia) de la acción y cesión impropia o poder para ejercitar la acción ajena, aunque sea con cierto interés propio, ya se precisaba por MORELL y por MANRESA a propósito de la cesión de la acción reivindicatoria.

2.^a En segundo lugar, pero en íntima conexión con la cuestión anterior, hay que insistir en que *bajo la denominación de cesión de una acción el ordenamiento español se refiere a la cesión de un derecho*, bien sea personal, con el que la acción personal se identifica, bien sea real, del que deriva la acción que defiende la titularidad, pertenencia o atribución del derecho, al que «representa». En este sentido, las palabras acción y derecho se utilizan como sinónimas, porque es inseparable la acción del derecho y viceversa. El artículo 1.526 C. c., referente a la cesión de un derecho o acción, y el artículo 1.280, 6.º, C. c., referente a la *cesión de acciones o derechos*, son aplicaciones de esta *sinonimia e inseparabilidad*.

En atención a esta sinonimia, algunos autores (así, MANRESA) prefieren hablar directamente de cesión de un derecho, en vez de hablar directamente de cesión de una acción, para referirse indirectamente a la cesión —transmisión— de un derecho, desechando una terminología que se utiliza en función del origen histórico de la cesión de acciones.

Sin embargo, aludir a la cesión de un crédito en vez de a la cesión de una acción personal no induce a confusión, mientras que aludir a la cesión del derecho de propiedad para referirse a la cesión de la acción reivindicatoria sí que puede dar lugar a confusión, si no se precisa que se trata de la cesión del *derecho de propiedad sobre cosa poseída en concepto de dueño por el no propietario*, expresión demasiado larga, pero que tampoco es fácil de sustituir por otra más corta, como *derecho de propiedad sin posesión*, a menos que seguidamente se aclare el sentido de la expresión utilizada, considerado el riesgo de confusionismo que comporta la palabra posesión, tan equívoca, o el que pueda, erróneamente, entenderse que se cede el derecho de propiedad con exclusión de la facultad de poseer la cosa (inmediata o mediatamente), que integra el contenido

del derecho de propiedad, como presupuesto de ejercicio de la primordial facultad de disfrute.

Acerca de la *inseparabilidad* de la acción reivindicatoria respecto del derecho de propiedad del que deriva, como más recientes, pueden citarse las opiniones afirmativas siguientes:

a) Entre los civilistas, los comentaristas de ENNECCERUS, PÉREZ y ALGUER (contra los que argumentaba VALLET), y, últimamente, PUIG BRUTAU (254): «es a todas luces posible la cesión o transmisión de la acción reivindicatoria, su cesibilidad no necesita apoyo positivo expreso, pero puede encontrarse en los artículos 1.464 y 1.526 C. c.»; «debe negarse para nuestro Derecho la posibilidad de una cesión independiente de la pretensión de entrega de la propiedad»; «la acción reivindicatoria es de carácter real y, por tanto, *inseparable* de la propiedad de que dimana».

ALBALADEJO (255) también entiende que la cesión transmite *el derecho mismo*.

DÍEZ PICAZO (256) afirma que «de acuerdo con la técnica de nuestro C. c. debe incluirse en la regulación de la transmisión de créditos y demás *derechos incorporales* (redundancia, porque todo derecho es incorporal) *incluso la cesión de una acción, como, por ejemplo, la acción reivindicatoria*».

CASTÁN-DE LOS MOZOS (257), después de una exposición más bien de índole procesalista y poco centrada en el tema propiamente civil, concluye que «por lo que al Derecho español respecta infinidad de textos de nuestro C. c. demuestran, como hace notar PRIETO CASTRO, el *enlace orgánico entre la acción y el derecho subjetivo*. En el régimen jurídico moderno ha desaparecido el sistema formalista de las acciones como tipos procesales fijos correspondientes a otros tantos derechos. Ya no hay un número limitado de acciones típicas (lo único necesario es la determinación del derecho solicitado: sentencia de 26 de enero de 1928), y por ello no es posible, ni sería útil, hacer una enumeración de las acciones que admite y condiciona el C. c., unas veces dándoles su nombre clásico y otras sin designarlas con ningún nombre especial».

(254) *Tratado* de ENNECCERUS, notas de Derecho español. T. III, V. 1, páginas 447, 576 y 578.

(255) ALBALADEJO, *ob. cit.* T. II, V. 1, págs. 349 y 350.

(256) DÍEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Madrid, 1970, pág. 189.

(257) CASTÁN-DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, 11.ª ed., 1971 (idéntica a la ed. 12.ª de 1978), T. I, V. 2, págs. 61 y ss.

b) Entre los procesalistas la unanimidad es total:

GUASP (258) dice que «la concepción dominante hasta la renovación de los estudios jurídicos procesalistas en Alemania a mediados del siglo pasado ve en la acción una simple manifestación o ejercicio de un derecho material: el propietario que reclama judicialmente su cosa de quien indebidamente la detenta ejercita su derecho de propiedad»... «Esta es todavía la opinión recogida, sin duda, por nuestro ordenamiento positivo, a pesar de que al tiempo de la redacción de los cuerpos legales que lo integran gran parte de la crítica que produjo la superación de la doctrina había sido ya formulada. Examinando las normas de Derecho material o las de Derecho procesal se encuentran abundantes ejemplos que confirman esta tesis... El artículo 348, 2.º, C. c. ... y el artículo 62 L. E. C., cuando habla de acciones reales y acciones personales como reflejo de la clasificación de derechos. Los casos en que algunos de los citados cuerpos legales emplean al lado de los términos derecho u obligación la palabra acción ponen de relieve no una distinción conceptual, sino una repetición de *términos sinónimos: derecho o acción*, obligaciones y acciones, acción y derecho...

Confusión que explica que a veces se llamen acciones y quieran clasificarse como tales verdaderos derechos de carácter material; *por ejemplo, el derecho del propietario a reivindicar la cosa que le pertenece (acción reivindicatoria)*, el derecho del vendedor a exigir el pago del precio (*actio venditi*)... Estas denominaciones, lo mismo que la de acciones reales y personales, estaban justificadas en el sistema de las acciones del Derecho romano clásico, pero no responden a la relación en que se encuentran acción y derecho subjetivo dentro de la concepción del proceso actual (ALBERTARIO).»

GÓMEZ ORBANEJA (259), por su parte, después de recordar que, según BINDER, el Derecho romano era un sistema de acciones, lo que, brevemente, significa que a cada *actio* corresponde un derecho, mientras en el Derecho privado actual un mismo derecho subjetivo material (una misma acción en el sentido del C. c.) puede dar lugar a diferentes pretensiones procesales, afirma que el C. c. emplea el *término acción como sinónimo o equivalente de derecho subjetivo privado, como cuando se habla de acción reivindicatoria*; en el sentido del Derecho civil la acción no es otra cosa que el derecho.

Según el procesalista colombiano DEVIS ECHANDIA (260), con fre-

(258) GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pág. 322, n. 1; 923 y 341, n. 4.

(259) GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, T. I, págs. 225, 226 y 238.

(260) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Nociones generales de Derecho procesal civil*. Madrid, 1966, pág. 205.

cuencia se dice que una persona que no ha demandado, cede o traspasa sus acciones o derechos a otra, a título singular o universal, gratuito u oneroso. Sin embargo, examinados estos casos a la luz del moderno concepto de la acción procesal, se deduce, sin la menor duda, que en ese caso *existe únicamente cesión del derecho material subjetivo* y no de la acción procesal. El cesionario de tal derecho material puede iniciar juicio para cualquiera de los fines relacionados con él, naturalmente; pero estimamos que entonces ejercita su propia acción procesal, porque como titular que es o pretende ser de aquel derecho, necesita la actividad jurisdiccional del Estado para esos fines. Así como hoy no se acepta que a quien ejercita la acción procesal se le inquiera el fundamento o razón de sus pretensiones, ni se le exija la titularidad del derecho pretendido, ni la del interés en el litigio (interés para obrar y *legitimatio ad causam*), para que su derecho de acción procesal exista, tampoco puede exigirse que se investigue el origen de su pretensión. Por tanto, será propia la acción procesal, cualquiera que sea el origen de su derecho material o de su pretensión: por directo mandato de la ley, por acto jurídico propio o de un tercero, etc.

Es su propio interés en la pacífica solución del litigio que se le presenta con el sujeto pasivo del derecho cedido o en la declaración u obtención de sus efectos jurídicos (como en la cesión del derecho de herencia) lo que le lleva a ejercitar la acción.

Cuando se obra en representación de otra persona, la acción procesal que se ejercita es la de ésta; pero no hay cesión alguna de la acción procesal, sino ejercicio a nombre del representado; tampoco cuando se obra como agente oficioso, pues es una especie de representación sin mandato, y por eso se obliga el demandante a que la persona por quien actúa ratifique su demanda.

Cuando se cede un derecho material, reservándose el cedente las acciones para exigir cierta prestación de otra persona, relacionada con tal derecho, lo que en realidad se está reservando aquél es *parte* del derecho material (como los intereses vencidos de un crédito, que se cede en lo demás), u *otro* derecho material contra ese tercero (por ejemplo, el derecho de cobrar una indemnización de perjuicios por daños al inmueble que se vende), y entonces, como es obvio, podrá el cedente ejercer su acción procesal si no consigue la voluntaria satisfacción por el obligado. En consecuencia, no hay reserva de la acción propiamente.

Cuando se dice que se cede una acción (por ejemplo, la de *reivindicación* o petición de herencia o de indemnización) lo que se está cediendo es el *derecho material* que se pretende tener o la pretensión civil, pero no la acción procesal, pues el cesionario ejercitará, como titular de ese derecho o de la pretensión de tenerlo, su propia acción procesal.

Cuando se habla de que hay acciones cesibles y no cesibles (ejemplo de éstas, algunas del estado civil), lo que entonces puede ser o no cesible es el derecho material o la pretensión de tenerlo; y la prueba está en que el aparente cesionario de pretensión o derecho no cesible por un contrato (nulo, naturalmente) podría ejercitar válidamente su acción para que por la sentencia dictada mediante un proceso completo se resolviera si tal cesión es válida y si le otorga algún derecho material, o lo contrario. Tal cesionario recibiría sentencia desfavorable a su pretensión de tener el derecho que se le quiso ceder; pero su demanda no podría ser rechazada, porque sólo en la sentencia se resuelve acerca de si la cesión que se le hizo tiene valor o es nula. Es decir, de todas maneras habrá sentencia en la que el juez resuelva si por ser incesible tal pretensión o derecho y no ser el demandante su legal titular, es posible la decisión de mérito o fondo sobre la demanda, y en caso afirmativo, si debe ser favorable o desfavorable. Creemos que la sentencia de fondo es procedente en cuanto a decidir sobre el valor de dicha cesión, pero no en cuanto a resolver si el cedente tenía o no el derecho que quiso ceder, si se declara que la cesión fue nula (para esto último el demandante carecería de legitimación en la causa).

Sólo cuando se declare que la cesión fue válida podría resolverse sobre el derecho material cedido, como petición y declaración consecuente.

3.^a La *cesión*—transmisión—del derecho o acción que lo representa se realiza *por el solo contrato de finalidad traslativa, concretamente por el de compraventa*; no se requiere un adicional acuerdo de cesión, ni aun tácito, con eficacia de negocio dispositivo de cumplimiento del contrato de compraventa configurado como negocio causal. Esta cuestión ya se ha considerado, con referencia al Derecho tradicional frente al C. c. alemán, y posteriormente se examinará el alcance de las obligaciones de cumplimiento o pago, de entrega por el vendedor y de pago del precio por el comprador.

4.^a Si el contrato de finalidad traslativa, el de compraventa concretamente, no es de transmisión de cosa (derecho de propiedad de cosa poseída por el propietario) o constitutivo o traslativo del derecho real parcial poseíble, sino de cesión de otro derecho o acción, ello no afecta a la forma del mismo.

Así resulta, *a contrario sensu*, del artículo 1.526 C. c., en cuanto dispone que la venta-cesión «... no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta...» *Entre partes, entre vendedor cedente y comprador cesionario, no se requiere forma alguna.*

Según el C. c., «deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la ... transmisión ... de derechos

reales sobre bienes inmuebles; y 6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública» (art. 1.280). Pero, según lo dispuesto en los artículos 1.278 y 1.279, y la interpretación constante del Tribunal Supremo, la falta de forma especial sólo supone que los contratantes podrán compelerse a llenar o cumplir el requisito de forma, de modo que dicha falta no afecta a la validez y eficacia del acuerdo entre partes (art. 1.279) (261).

5.ª Ahora bien, conforme al artículo 1.526, «la venta—cesión del derecho de propiedad en este caso—no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad con los artículos 1.218 y 1.227», o sea desde la fecha del documento público de venta-cesión (art. 1.218), o desde la fecha que se cuenta respecto a tercero cuando se trata de un documento privado de venta-cesión (artículo 1.227), que contra tercero no altera lo pactado en escritura pública (artículo 1.230).

«Si—la cesión—se refiere a un inmueble (inscrito), desde la fecha de su inscripción en el Registro» (art. 1.526, 2.º, C. c.) (262).

Aquí surge la cuestión de precisar a qué *terceros* se refiere el artícu-

(261) «No hay sino una sola clase de forma exigida por la ley a efectos formales: la *forma ad solemnitatem*. En cualquier otro caso, siendo la forma libre, el negocio puede adoptar cualquiera sin que sea inválido por no adoptar una forma determinada. La denominada forma *ad probationem* no tiene nada que ver con la forma verdadera, sino sólo con la prueba del negocio: se establece con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado únicamente a través de la forma prescrita.

El artículo 1.280 no se refiere a formas *ad probationem* ni los documentos públicos en que deberán «constar» los negocios que enumera son documentos excluyentes de cualquier otro medio de prueba: por ejemplo, de la testifical (art. 1.244). Los negocios a que se refiere el artículo 1.280: primero, son válidos aunque se hayan celebrado sin observar las formas que dicho artículo establece; segundo, pueden ser probados aunque no sea mediante escritura pública o privada (documento); tercero, pueden ser también probados aunque se hubiesen celebrado sin observar la forma escrita (documental). El papel del artículo 1.280 no es el de establecer formas *ad probationem*, sino el más modesto de permitir (según se desprende de ese artículo y de los arts. 1.278 y 1.279, interpretados por la jurisprudencia—tan abundante que huelga su cita—) que los contratantes, desde que «hubiese intervenido el consentimiento y los demás requisitos para la validez» del contrato puedan recíprocamente compelerse, sin necesidad de que se haya pactado, a hacer constar por escrito el negocio ya celebrado y perfecto, y, en consecuencia, el negocio será éste y lo posterior sólo constancia del mismo documentalmente» (ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, V. 2, 5.ª ed., 1977, pág. 346).

(262) El Derecho establece la forma con *carácter distinto* al de *ad solemnitatem* o *ad probationem* cuando dispone que el negocio no puede oponerse a terceros si no adoptó determinada forma (art. 1.230 del Código Civil). En tales casos —en los que no siempre la forma tiene igual naturaleza— el negocio, aunque no hubiese adoptado la forma de que se trate, es válido y eficaz, en principio, con exclusión del sector a que se extienden las consecuencias de la falta de forma (ALBALADEJO: *Derecho civil*, T. I, V. 2, 5.ª ed., 1977, págs. 346 y 348).

lo 1.526, anteriormente aludido con referencia a la cesión de créditos y ahora referido a la cesión de la acción reivindicatoria.

Ante todo, en principio, *ha de excluirse al tercero poseedor*, sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, que abstractamente se dirige *erga omnes possidentes* contra cualquier poseedor en concepto de dueño, pero que concretamente se dirige contra un sujeto determinado, mediatamente, en cuanto poseedor de la cosa al ejercitar la reivindicatoria (dejando aparte los problemas que plantean los casos del que por dolo dejó de poseer o del que aparenta ser poseedor). En la cesión de créditos tampoco se considera tercero al deudor, que es el sujeto pasivo de la acción personal, del crédito cedido (263).

Por analogía con la cesión de créditos, habría que considerar como terceros, en cuanto pudieran resultar afectados por la incertidumbre de la fecha de la cesión, los acreedores del cedente, los otros cesionarios (en el supuesto de doble o múltiple cesión) e incluso el mismo tercero poseedor en los supuestos de doble cesión.

El artículo 1.526, 1.º, C. c., es de gran interés respecto al tema objeto de este estudio, en cuanto se aplica al supuesto de doble cesión de la acción reivindicatoria, y se pone en relación con el artículo 1.473, 3.º, inciso final, del C. c.: si una misma cosa no poseída por el vendedor se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá, cuando no haya inscripción, «a quien presente *título* de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

Los párrafos 1.º y 2.º del artículo 1.473 del C. c. proceden, respectivamente, de los artículos 982 y 1.859 del Proyecto de 1851, pero el párrafo 3.º no tiene precedente en el Proyecto y su inciso final se refiere a un supuesto en el que no se aplica el principio de prioridad en la inscripción, porque no la hay, o en la posesión, porque no la tiene el vendedor; entonces, según el C. c., la propiedad pertenecerá al comprador que presente *título formal* de fecha más antigua, salvo que sea segundo comprador de mala fe, porque conoce la existencia de la primera venta, que no se tituló formalmente o se tituló con retraso. La cesión, en principio, se realiza por el solo acuerdo contractual, aunque éste se pruebe, normalmente, con título de fecha fehaciente. Pero en el caso de doble venta-cesión se aplica el principio de *prioridad en la titulación formal, salvo prueba de mala fe*; es decir, aunque se pruebe la existencia de una primera cesión, ésta no prevalece frente al segundo cesionario, fundado

(263) Aun entendiendo—erróneamente—que el artículo 1.526 subordina el efecto legal de la transmisión de la propiedad frente al tercero poseedor al otorgamiento de escritura pública o de documento privado de fecha fehaciente, esta interpretación no suscitaría problemas desde el punto de vista de la *calificación registral* de una compraventa cesión que, para registrarse, debería estar formalizada en escritura pública.

en título formal de fecha anterior al título formal que presenta el primer cesionario, si el segundo cesionario desconocía la primera cesión.

GÓMEZ DE LA SERNA, al tratar de la inscripción de la cesión de la acción reivindicatoria, se refiere expresamente a la doble cesión de ésta, sin inscripción, o sea exactamente al mismo supuesto del inciso final del artículo 1.473 C. c., pero la solución de GÓMEZ DE LA SERNA no coincide con la del artículo 1.473 C. c. (v. nota 172).

El artículo 1.526, en su apartado 2.º, se interpreta en el sentido de que deja a salvo los *efectos publicitarios de la inscripción en el Registro* y especialmente del principio de fe pública registral en cuanto al tercero protegido. Incluso se aplica al supuesto de inscripción de dos escrituras de cesión de un mismo crédito hipotecario, teniendo en cuenta que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene efecto constitutivo (arts. 149, 150 y 151 de la L. H.) (264).

6.ª Respecto al tercero poseedor, sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, aunque, según lo dicho, no puede considerársele tercero, a efectos del artículo 1.526 C. c., con lo que queda equiparado al sujeto pasivo de la acción personal o derecho de crédito cedido, en lo demás no puede ser equiparada su situación.

Concretamente *no es aplicable a dicho tercero poseedor la normativa referente* (art. 1.527, etc.) *a la notificación de la cesión* al deudor del crédito cedido o a su conocimiento de la cesión. Sobre este punto es acertada la opinión fundada de IHERING. No obstante, parece que debe tenerse en cuenta el efectivo conocimiento por el tercero poseedor de la cesión de la acción reivindicatoria, por ejemplo, a efectos de su buena o mala fe en la devolución de los frutos indebidamente percibidos. Supuesto relacionado, por otra parte, con la posibilidad de que en caso de doble cesión sea aplicable la norma del artículo 1.526, 1.º, C. c.

(264) La cesión o enajenación del *crédito hipotecario* por compraventa se verifica en virtud de la escritura pública tan sólo (art. 149 de la Ley Hipotecaria); la notificación al deudor sólo es necesaria para vincular al deudor con el nuevo acreedor; para que la enajenación surta efecto contra tercero protegido por la fe pública registral precisa que la cesión ya efectuada en escritura se inscriba en el Registro (art. 1.526, 2.º, del Código Civil), pero la inscripción de cesión del crédito no tiene valor constitutivo, a diferencia de la inscripción de constitución de hipoteca.

Los terceros protegidos son los cesionarios del crédito hipotecario... lo mismo que en el caso de doble venta a que se refiere el artículo 1.473 del Código Civil.

Los terceros poseedores no son verdaderos terceros a estos efectos. No obstante, a los efectos del pago, estos adquirentes de la finca sólo deberán atenerse a quien figure inscrito como acreedor.

Respecto al deudor, la inscripción debería sustituir a la notificación, pero no es así (arts. 1.251 del Código Civil, 151 de la Ley Hipotecaria, 176, 242 y 243 del Reglamento Hipotecario).

ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. IV, 2.º, págs. 785 y ss.

7.^a Procede examinar ahora la eficacia de la venta-cesión de la acción reivindicatoria, relacionándola con el cumplimiento de las obligaciones principales de las partes en la normal venta-transmisión de la cosa, es decir, en relación con la obligación del vendedor de entregar la cosa y con la obligación del comprador de pagar el precio (265).

Según el *Derecho justiniano*, el comprador de una cosa no poseída por el vendedor, que pagaba el precio, adquiría la propiedad; aparentemente, la norma jurídica concedía (cesión legal) al comprador la acción reivindicatoria, llamada *actio in rem (reivindicatio utilis)* (C. 4,39,9), pero, en realidad, le atribuía el derecho de propiedad: «*Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*» (D. 50,17,15); la propiedad, pero no la posesión; el derecho, pero no el hecho, que no podía concederse.

En el *Derecho común medieval* se recibió esta solución justiniana, pese a la concepción peculiar de los glosadores respecto a la distinción entre acción directa y útil. Claramente dice UNZOLA que «está fuera de duda, según la opinión de todos, que en seis casos o títulos la ley permite intentar la acción por el solo título, sin cesión—adicional expresa, quiere decir UNZOLA—, a la persona que recibió, a la que transmití algo de mí, por alguno de aquellos títulos. El primer título se da en la venta: por ejemplo, te vendo una acción que me corresponde contra tal persona—se refiere al caso del C. 4,39,9—. Fuera de estos seis casos (266) los

(265) El *Código Civil alemán* (par. 931, con referencia específica a la venta de una cosa mueble por su propietario no poseedor) distingue, por una parte, un contrato de compraventa, y, por otra, un negocio jurídico de transmisión (abstraído causalmente), integrado por un acuerdo real de transmisión de la propiedad y un acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, considerado sucedáneo, sustitutivo o supletorio del acuerdo y acto real de entrega de la cosa, es decir, del acuerdo de transmisión de la posesión de la cosa (no del acuerdo real de transmisión del derecho de propiedad) y del acto real de entrega.

El *Código Civil alemán* (par. 931) refiere el acuerdo de cesión a la acción reivindicatoria (pretensión de entrega del propietario), pero la doctrina opina que la cesión de la acción reivindicatoria implica, siempre, la transmisión del derecho de propiedad, y, por otra parte, que el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria no es la forma específica del acuerdo real de transmisión de la propiedad cuando el propietario transmitente no es poseedor, porque conceptualmente puede distinguirse del acuerdo real de transmisión de la propiedad el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria en cuanto acuerdo sustitutivo del acuerdo de transmisión de la posesión real, y la distinción se aprecia prácticamente en el supuesto de que el comprador, con voluntad de adquirir la propiedad, desconoce la falta de posesión del vendedor.

La propiedad se transmite por el solo negocio jurídico de transmisión, supuesto que el transmitente sea propietario, sin que sea *condicio iuris* la obtención de la posesión de la cosa, ni tampoco el pago del precio por el comprador.

(266) Los restantes casos o títulos son la donación, la dación en pago, la dote, la prenda, el legado; de los seis casos destacan la venta (título oneroso), la donación (título gratuito) y la dación en pago.

glosadores opinan que es necesaria la cesión—adicional expresa (267)—subsiguiente al contrato o título, al igual que hace la *traditio* en las cosas corporales... Y así como en la venta de una cosa corporal el dominio no pasa al comprador si no se efectúa la *traditio*, del mismo modo el cesionario no tiene acción directa—su ejercicio—si no se efectúa la cesión—adicional expresa—. Sin embargo, posee la acción útil en los seis casos apuntados. Ahora bien: como hablando con propiedad no hay *traditio* de cosas incorpóreas, por ello en nombre del cedente y no en el suyo propio ejercita la acción directa y, en cambio, puede ejercitar la útil en su propio nombre (268)... La cesión—adicional expresa—no parece ser muy beneficiosa en los seis casos antes explicados, ya que sin aquélla se tiene la acción útil, mediante la cual puede luchar por su utilidad personal quien recibió de mí alguna acción por las causas antedichas».

Al final de una larga evolución histórica, cuando se ha desvanecido la distinción doctrinal entre acción directa y acción útil, el comprador de una cosa no poseída por el vendedor puede ejercitar en nombre propio la acción reivindicatoria, por el título, mediante el pago del precio, o aun antes del pago si se pactó un aplazamiento del mismo (sin necesitar una adicional cesión expresa de la acción directa para ejercitarla en nombre del cedente). En este sentido, *la cesión—la transmisión—de la acción reivindicatoria se realiza por el solo título*, sin necesidad de un adicional pacto de cesión equivalente a la tradición, pero con efecto desde el momento del pago del precio, si no se convino su aplazamiento, con o sin garantía, pues de existir tales pactos la transmisión resulta simultánea a la perfección de la compraventa.

Esta es la *solución tradicional*, vigente en el ordenamiento jurídico español al tiempo de la codificación, como acreditan GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA (269).

El C. c. sólo modifica el Derecho tradicional al no requerir, como *condicio iuris*, para la transmisión de la propiedad por título de compraventa, el pago del precio, si no se pactó el aplazamiento del pago, con o sin garantía.

(267) El mandato o *procuratio in rem suam*: si hay mandato para que sea *procurator in rem suam*, significa lo mismo «ceder» que «mandar».

(268) La acción útil se tiene por la compraventa, sin más. El ejercicio de la acción directa se tiene, por la compraventa, mediante cesión o mandato o *procuratio in rem suam*.

(269) El referir el momento de la adquisición de la propiedad al de la obtención de la posesión no fue la solución justiniana ni la recibida medievalmente, sino resultado de una interpretación conceptualista, pseudohistórica, de IHERING, que no llegó a prevalecer en el Código Civil alemán y que, desde luego, no trascendió al Derecho español.

La vigencia de la solución tradicional hace innecesario tener que recurrir (270) a forzar la interpretación de preceptos del C. c.:

La interpretación del artículo 1.462, 2.º, C. c., en el sentido de que el otorgamiento de la escritura pública de venta equivale, en todo caso, a la entrega, aunque el vendedor sea propietario no poseedor.

La del artículo 1.463 C. c., en el sentido de que (refiriéndose a bienes muebles expresamente, pero también a bienes inmuebles analógicamente) el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, aunque no se formalice en escritura pública de compraventa, también equivale a la entrega «si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta» cuando el vendedor propietario no es poseedor.

La del artículo 1.464 C. c., refiriéndolo a toda clase de derechos incorporales y no sólo a los derechos reales parciales, a los que indudablemente sí que se refiere conforme al artículo 609 C. c.

Esta interpretación, además de innecesaria, tropieza con la argumentación de que estos mismos preceptos (arts. 1.462, 2.º; 1.463 y 1.464 Código Civil) proceden del Proyecto de 1851, en el que se refieren, indudablemente, tan sólo al cumplimiento de la obligación de entregar, en el sentido de transmitir la posesión de la cosa o del derecho real parcial poseíble, es decir, la tenencia de la cosa o la posibilidad de ejercicio (goce o disfrute) de un derecho, pero no a la transmisión del derecho (271).

(270) Como ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, págs. 158 y ss.

(271) ALBALADEJO (*loc. cit.*, pág. 160), sobre este tema de la *cesión de la acción reivindicatoria*, viene a decir, con razón:

Afirmar que cuando no se posee cosa, y por tanto no puede ser transferida su posesión, no cabe transferir la propiedad (mediante la tradición por el solo acuerdo), sería negar que el dueño (que puede desprenderse de su derecho si posee la cosa) puede transmitir su propiedad cuando no es poseedor, lo que es inaceptable.

No cabe negar que la acción reivindicatoria es transmisible..., transmisibilidad que se apoya no sólo en la falta de un precepto que la excluya (falta que ya sería suficiente), sino en arg. ex artículos 1.464 y 1.526.

Ahora bien, ceder la acción reivindicatoria con ánimo de que el cesionario obtenga la posesión de la cosa, definitivamente, para sí, implicaría, si se opina que entretanto no puede transmitirse la propiedad, porque no cabe entregar la posesión, que continuaría siendo dueño (inútilmente porque nunca la recuperará), el cedente, hasta la toma de posesión de la cosa por el cesionario. Lo que es una conclusión o absurda o puramente conceptualista.

Esta conclusión, que ALBALADEJO rechaza, es precisamente la que, conceptualmente, construyó IHERING y la que aceptó su amigo WINDSCHEID, aunque, luego, no fue recogida por el Código Civil alemán, pero que en España, hace algunos años, tuvo algunos valedores, aparentemente fundados, según ellos, en el Derecho tradicional y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero ALBALADEJO se aparta de la interpretación tradicional del sistema del título y el modo, según resulta de su exposición de varias cuestiones relacionadas con el tema.

En primer lugar, admite la aplicación al contrato de compraventa del Derecho español de la distinción entre negocio de disposición y de obligación (*ob. cit.*, T. I, V. 2, pág. 159), de modo similar al Código Civil alemán, excluida la abstracción causal. Considera a la compraventa como negocio de obligación, «que no transmite

8.^a En principio, hay que distinguir *dos supuestos de compraventa-cesión de la acción reivindicatoria*.

1. Si el comprador *conoce*, al comprar, que la cosa está poseída por un tercero en concepto de dueño, la venta se refiere convencionalmente a la acción reivindicatoria, en el sentido de que el comprador está conforme o consiente que el vendedor no le entregue la cosa, su posesión inmediata o mediata, real o ficticiamente, pero sí que quiere adquirir la propiedad y, como propietario, obtener la posesión, reivindicando él y no el vendedor (en el caso de no obtener la posesión sin reivindicar), para así poder ejercer el disfrute normal de su derecho. El comprador sabe que compra un derecho más o menos discutido o dudoso, puesto que un tercero posee en concepto de dueño, sabe que la titularidad del derecho es discutible o dudosa (el artículo 1.535 alude a lo vendido como litigioso). El vendedor, por su parte, cuidará de pactar una exención total o parcial de la responsabilidad por evicción. A este supuesto se refiere GÓMEZ DE LA SERNA.

El comprador adquirirá la acción reivindicatoria, es decir, el derecho de propiedad, por el solo título de compraventa, sin perjuicio de que convencionalmente se condicione el efecto traslativo al pago del precio y sin perjuicio de que, si no hay pacto de aplazamiento, el vendedor podrá pedir el pago inmediato del precio o la resolución del contrato de compraventa, por aplicación del artículo 1.124 (referido a las obligaciones recíprocas en general), y de los artículos 1.466 y 1.503, 2.º (referentes a la simultaneidad de cumplimiento de las obligaciones recíprocas del vendedor y del comprador), aunque permiten, mediante el pacto de aplaza-

la propiedad, sino que sólo obliga a transmitirla» (arts. 609 y 1.445 del Código Civil), a la tradición o entrega de la cosa con ánimo de transferirla, como negocio de disposición, traslativo, real, y a la cesión como negocio de disposición, traslativo, obligacional (referido a un derecho de crédito).

Por otra parte (*ob. cit.*, T. II, V. 1, págs. 121 y 122), opina que el pago, en cuanto realización de determinada conducta (pago) y en cuanto el deudor debe realizarlo, es un acto debido, que no tiene necesariamente carácter negocial, pero que puede tenerlo; estima que la tradición es un negocio jurídico (entrega de la cosa con ánimo de transferir y adquirir la propiedad, en cumplimiento de la obligación del vendedor) y que cuando la prestación debida es en sí un negocio jurídico se precisa, además, la declaración (expresa o tácita) de realizarla con el fin de cumplir la obligación (*solvendi animo*); también estima (*loc. cit.*, pág. 350) que el acuerdo de cesión de un crédito «es en sí transmisivo del crédito, siendo diferente del contrato por el que una persona se obliga a ceder un crédito a otra. La diferencia es la misma que hay entre el contrato de compraventa (por el que el vendedor se obliga a transmitir el derecho de propiedad al comprador) y la tradición (entrega de la cosa con ánimo de transmitir aquel derecho)».

Esta concepción germanista afecta a toda la exposición de la teoría del título y el modo (T. III, V. 1, págs. 137 y ss.), de la tradición (*loc. cit.*, págs. 144 y ss.) y de la venta de derechos y de créditos en particular (T. II, V. 2, págs. 59 y ss.).

miento del pago del precio, el cumplimiento no simultáneo de las obligaciones.

Si la compraventa-cesión se formaliza en escritura pública, habida cuenta de que ésta se refiere, normalmente, no sólo a la perfección, sino también al cumplimiento del contrato, al otorgarla se pagará el precio o se confesará recibido o se señalará plazo para su pago, con lo que, prácticamente, la situación resulta igual que la anterior a la reforma del C. c.

Este efecto traslativo del derecho no obsta a que el vendedor-cedente tenga que cumplir su obligación principal de *entregar*, respecto al comprador, pero en el sentido de *hacer posible el ejercicio del derecho adquirido* por el comprador (272), de ayudarle y facilitarle:

Un título formal de su adquisición: escritura pública o documento privado, según los casos.

La documentación del vendedor: título adquisitivo o de pertenencia del derecho del vendedor.

La cooperación necesaria para el ejercicio del derecho cedido.

En este sentido, dando por supuesto que el simple contrato de com-

(272) La obligación del vendedor de *entregar* consiste en realizar los actos necesarios para hacer posible el ejercicio de su derecho por el comprador, en todo caso. Si se vende el derecho de propiedad de cosa poseída por el vendedor, ha de transmitir su posesión; a la vez se transmite el derecho. Si se vende un derecho real parcial poseíble ha de transmitirse la posesión del mismo, la posibilidad de ejercicio del poder de hecho que supone su posesión; a la vez se transmite el derecho. Si se vende un crédito ha de hacerse posible su ejercicio, en cuanto depende del vendedor, otorgando título de cesión, entregando el título de pertenencia del derecho cedido, etc.; pero entonces la obligación de entregar es adicional al efecto traslativo operado por el solo contrato de compraventa, al igual que ocurre en el Derecho francés y en el italiano respecto a cualquier derecho, incluso el de propiedad. Si se vende una acción real, como la reivindicatoria, la obligación de entregar tiene el mismo sentido que respecto a la venta de un crédito. Por otra parte, en la venta de cosa poseída por el vendedor la obligación de entregar también incluye la de otorgamiento de título, entrega de título de pertenencia, etcétera, aunque éstas se consideren obligaciones o deberes secundarios del principal de transmitir la posesión.

El *Código Civil francés*, en el artículo primero del capítulo relativo a la transmisión de créditos y otros derechos incorpóreos, en este sentido, dispone que «en la transmisión de un crédito, de un derecho o de una acción contra un tercero, la entrega (*delivrance*) se realiza entre cedente y cesionario por la entrega (*remise*) del título» de pertenencia (art. 1.689). Precepto éste sin correspondencia en el Proyecto de Código Civil español de 1851. Ha de tenerse en cuenta que, aparte de este precepto, el Código Civil francés, al tratar de la entrega como obligación del vendedor, incluye otro artículo según el cual «la tradición de los derechos incorpóreos se realiza o por la entrega de los títulos o por el uso que el adquirente realiza consintiéndolo el vendedor», concordante, en parte, con el artículo 1.464 del Código Civil español.

El *Código Civil italiano*, análogamente al francés, también dispone que «el cedente debe entregar (*consegnare*) al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su posesión» (art. 1.262), pero la cesión de créditos se regula con carácter general, en un capítulo, exclusivo, del título que trata de las obligaciones en general.

praventa, cualquiera que sea su forma (arts. 1.278, 1.280, 1.º, 6.º y final, y 1.279 C. c.), es traslativo de la acción reivindicatoria cedida (art. 1.526 Código Civil), aunque no se haya pagado el precio, salvo pacto (artículo 1.500 C. c.), podría entenderse que el artículo 1.464 C. c. dispone que los hechos a que se refiere hacen presumir no sólo una venta-cesión consumada, en su efecto traslativo de un derecho incorporal, sino, además, el cumplimiento de la obligación principal del vendedor a satisfacción del comprador.

2. Si el comprador *no conoce*, al comprar, que la cosa está poseída por un tercero en concepto de dueño, la venta se ha de considerar referida intencionalmente a la transmisión del derecho de propiedad de la cosa y a la obligación del vendedor de transmitir al comprador la posesión real de la misma para que pueda ejercitar sobre ella el derecho de propiedad, pero la realidad de la falta de posesión del vendedor se impone, como se impondría en su caso la falta de propiedad de la cosa en el supuesto de venta de cosa ajena o la inexistencia actual de la cosa en el supuesto de venta de cosa futura (273).

Primordialmente, debe considerarse que, conforme al sistema del título y el modo, la voluntad de transmitir y adquirir el derecho, para el vendedor y para el comprador, no puede interpretarse como un acuerdo real dispositivo diferenciado del contrato de compraventa obligacional, aunque ligado causalmente a éste. La perfección del contrato implica tal voluntad, y la de realizar los actos necesarios a tal fin. Si el vendedor es poseedor, para que se realice la transmisión del derecho de propiedad el ordenamiento jurídico exige que se transmita la posesión del vendedor al comprador. Pero *si el vendedor no es poseedor, el ordenamiento no requiere para que se transmita el derecho de propiedad sobre la cosa que se transmita la posesión sobre la misma; basta la voluntad contractual, el consentimiento del contrato de compraventa.*

Teniendo en cuenta la voluntad de transmitir el derecho por el «cauce» del contrato de compraventa, en el ordenamiento español vigente si

(273) En tal caso, según la interpretación del par. 931 del Código Civil alemán, se plantea un supuesto de *interpretación del acuerdo* entre las partes del contrato de compraventa y, en definitiva, la posibilidad de que sea el comprador quien decida si, efectivamente, se conforma o consiente que se le transmita el derecho de propiedad mediante la cesión de la acción reivindicatoria y no mediante la transmisión de la posesión de la cosa, lo que le permite ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, sin que, salvo pacto, renuncie a reclamar por incumplimiento, al menos parcial, de la obligación de entrega, y, además, en su caso, de la de transmisión del derecho, si acaso es vencido en el ejercicio de la acción reivindicatoria.

El problema de interpretación de la voluntad que se plantea en la doctrina alemana hay que referirlo no a la voluntad de transmitir el derecho de propiedad, sino a la voluntad del comprador respecto a si se conforma, total o parcialmente, con que el vendedor no le entregue la cosa, no le transmita la posesión de la cosa.

el propietario vendedor es poseedor de la cosa vendida, la transmisión del derecho de propiedad se realiza al transmitir la posesión de la cosa, pero si el propietario vendedor no es poseedor de la cosa vendida, la transmisión del derecho de propiedad se realiza, sin transmitir la posesión de la cosa que el vendedor no tiene, *al perfeccionarse el contrato de compraventa*, inmediatamente, es decir, con independencia del cumplimiento de las obligaciones principales del vendedor y del comprador, salvo pacto. El Derecho anterior al C. c. requería, como *condicio iuris* de la transmisión del derecho de propiedad de la cosa, el pago del precio por el comprador, si no se pactó su aplazamiento o garantía, pero este requisito ya no se exige por el C. c.

El Derecho español vigente, como el tradicional, no toma en consideración el conocimiento o desconocimiento por el comprador, al comprar, de que el vendedor no era poseedor, al efecto de que se realice la transmisión del derecho, aunque sí a efectos de estimar cumplida o incumplida la obligación de entregar, de transmitir la posesión (274).

9.^a Puede decirse que las disposiciones del C. c. aplicables a la venta-cesión del derecho de propiedad por el propietario no poseedor han de considerarse aplicables a las *regiones forales*, sin que les afecten las peculiaridades, ya examinadas, de las Compilaciones de Cataluña (artículo 277 sobre *constituto posesorio*) y de Navarra (Leyes 567 y 568, salvo en cuanto al pago del precio el art. 565).

10.^a También es interesante destacar que en el supuesto del artículo 461 C. c. hay posesión de la cosa mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque ignore accidentalmente—actualmente—su paradero, porque poseer no es usar de ese poder, ejercerlo, sino tenerlo (275).

Pero la cosa puede perderse y no ser encontrada, aunque se busque, y la cosa puede ser robada y después de un año abandonada por el ladrón (art. 460, 4.º, C. c.). Sería difícil en tales casos estimar que continúa la posesión del propietario.

Ahora bien, ello no obsta a que el propietario pueda ceder el derecho que tiene, sin la posesión de la cosa.

Es decir, el supuesto en que el propietario no posea, pero no exista poseedor usucapiente, como en el caso de estar perdida la cosa, en paradero desconocido y sin poseedor alguno, que se interpreta en el Derecho alemán como incluido en el par. 931, no en su letra, pero sí en su espíritu, no tropieza en el Derecho español con la dificultad terminológica

(274) En este punto el Derecho español se asemeja al Derecho francés e italiano al quedar disociada la transmisión del derecho de propiedad, por el solo consentimiento contractual, del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

(275) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 93.

legal de aquel párrafo, por cuanto lo que se cede es el derecho de propiedad, sin posesión, más bien que la acción reivindicatoria, que puede no existir, si no hay un tercero poseedor en concepto de dueño.

9. TITULO INSCRIBIBLE DE COMPRA

La Ley Hipotecaria de 1861 para nada habla expresamente del modo, tradición o entrega por título de compraventa. Esto, entonces, desde la publicación de la ley y durante muchos años, a nadie causó extrañeza o, al menos, nada se publicó en que se hablara directamente del modo, tradición o entrega por compraventa. Desde la óptica actual puede parecer sorprendente, teniendo en cuenta muchas razones. En primer lugar, que la Ley Hipotecaria se presenta en su Exposición de motivos, para no incurrir en los reparos opuestos al proyecto de 1851, como profundamente tradicional, aunque innovadora, pero manteniendo, desde luego, el sistema tradicional civil del título y el modo. Además, porque los títulos de compraventa son los que más se registran, los más frecuentes en la práctica notarial y registral (no son un simple «caso de escuela»). Pero, sobre todo, porque hay que pensar que el legislador de 1861 no iba a ser tan «olvidadizo» como para no tener en cuenta el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor en cuanto requisito para la transmisión del dominio, ni los juristas coetáneos, sobre todo los que se opusieron al proyecto de 1851, tan obtusos, como para no darse cuenta del fallo. Piénsese que el proyecto de 1851 había planteado la reforma de la transmisión de la propiedad por compraventa, al igual que el Code francés, eliminando dos requisitos: la entrega de la cosa (art. 981 P.) y el pago del precio (arts. 1.389 y 1.904 P.), precisamente el cumplimiento de las obligaciones principales del comprador y del vendedor.

Procede considerar la *razón* de este aparente silencio legislativo, examinando el concepto de título inscribible.

1. Al título en sentido *material* se refería la Ley Hipotecaria de 1861 en su artículo 2.º al decir que «en el Registro de la Propiedad se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos».

GÓMEZ DE LA SERNA, intérprete auténtico de la Ley Hipotecaria de 1861, al comentar el artículo 2.º, número 1.º, considera como título el *acto o contrato* en virtud del cual se tiene el derecho *en* alguna cosa inmueble: el subrayado *en* es de GÓMEZ DE LA SERNA (276).

(276) GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.*, págs. 250 y 251.

Más adelante dice que las palabras «traslativos de dominio» significan que «el acto o contrato ... tenga por objeto traspasar a otro el dominio de una cosa». Cita la compraventa, permuta, donación, ..., cesión, etc. (277)

Como precisión, en sentido negativo, al concepto de título en sentido material, el artículo 3.º del Reglamento disponía, análogamente al actual artículo 9.º, que «la obligación de transmitir a otro el dominio de cualquier inmueble... no estará sujeta a inscripción...», del que puede deducirse que, conforme al sistema del título y modo, este título, contrapuesto a modo, *no* es el título inscribible.

2. Al título en sentido *formal*, como documentación del título en sentido material, se refiere el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria de 1861, como la actual, al decir que «para que puedan ser inscritos los títulos (en sentido material) expresados en el artículo anterior deberán estar consignados en escritura pública...»

Pero, más precisamente, el apartado 1.º del artículo 6.º del Reglamento de 1861 dice que «se entenderá por título (en sentido formal) para todos los efectos de la inscripción el documento público y fehaciente entre vivos o por causa de muerte en que *funde* su derecho sobre el inmueble o derecho real la persona a cuyo favor deba hacerse la inscripción misma». Hoy el artículo 33 del Reglamento dice que «se entenderá por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que *funde* inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquélla y que hagan fe, en cuanto al contenido de que sea objeto la inscripción, por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite».

Para perfilar el sentido en el que GÓMEZ DE LA SERNA hace referencia al concepto de *título en sentido material*, como «acto o contrato en virtud del cual se tiene el derecho *en* alguna cosa inmueble» (que se prueba mediante el título en sentido formal), es muy interesante la manifestación de BIENVENIDO OLIVER (278), cuando dice que «por lo que hace a la manera de acreditar la adquisición del dominio en la primera inscripción relativa a una finca, reconocieron implícitamente los mismos autores de la ley la deficiencia del medio adoptado, pues llegaron a afirmar en

(277) Al mismo «título» en sentido material se referían los artículos, 2, número 2.º, y 23 (hoy 32), y, equivalentemente, a «actos o contratos» los artículos 2, número 3.º, y 33, de la Ley, así como el artículo 1 del Reglamento de 1861 (hoy artículo 7), aunque éste al referirse al título *en* que se transmite el dominio, puede introducir cierto confucionismo si no se interpreta como título por el que se transmite el dominio, en el sentido de «acto o contrato» por el que se adquiere derecho *en* la cosa.

(278) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER: *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, T. I, Madrid, 1892-1896, páginas 436 y 883.

un documento notable, redactado poco después de publicada la ley, que para practicar dicha primera inscripción en los nuevos Registros de la Propiedad no bastaba la simple aseveración del que se decía dueño de ella, sino que era necesario un *título* de dominio acabado y completo, entendiendo por tal el que fuese *suficiente para reivindicar una finca ante los Tribunales* (Exposición de motivos del proyecto de Ley adicional a la Hipotecaria, párrafo 1.º).

En otro punto de su obra, al tratar de la sistemática de las cuatro partes de las que había de componerse, dice que en la primera, entre otras cosas, «trataría de las condiciones generales para la adquisición, transmisión y gravamen de los derechos reales sobre cosas inmuebles, especialmente las que de antiguo vienen designándose con los nombres de título y modo...» y «con algún mayor detenimiento la doctrina relativa a la *prueba del derecho de propiedad territorial*, de que han hecho caso omiso hasta ahora todos los escritores de filosofía del Derecho o Derecho llamado natural, a pesar de que en esa doctrina descansa o se cimenta toda la propiedad territorial, y de ella recibe su mayor garantía y defensa, exponiendo los extremos que debe comprender tan difícil prueba y los diferentes medios adoptados para practicarla en los principales pueblos antiguos y modernos, incluso en nuestra patria, tanto directos (titulación, Catastro descriptivo, Catastro parcelario y Registro de la Propiedad) como indirectos (posesión y prescripción, o más propiamente, usucapión), concluyendo esta parte de mi obra con una sumaria explicación de la doctrina sobre la *reivindicación* de los inmuebles».

En el Registro de la Propiedad español, según la L. H. de 1861 y su Reglamento (considérese el art. 6.º, hoy 33), conforme a la interpretación de GÓMEZ DE LA SERNA y a la más expresiva de OLIVER, lo que se inscribe como título en sentido material, es el mismo título al que se refiere el Tribunal Supremo como título para reivindicar y para las tercerías de dominio, es decir, *título es el fundamento (279) de la transmisión de la propiedad consumada*; en su caso, por compraventa (título) y tradición (modo), y, además, al tiempo de publicarse la L. H. de 1861, mediante el pago del precio (consumado o aplazado o garantizado).

Ahora bien, la *escritura normal de compraventa*, el título en sentido formal inscribible más frecuente, ha de analizarse tal como lo presentaba la realidad jurídica al legislador y al comentarista de 1861 y al actual.

La escritura normal de compraventa, entonces como hoy, no sólo for-

(279) La doctrina de que el que reivindica ha de tener título de dominio no significa que deba presentar un título escrito: la palabra título legítimo de dominio que fundamenta la acción reivindicatoria no se aplica únicamente al documento preconstituido, sino a toda justificación dominical (Sentencias de 24 de noviembre de 1927, 4 de diciembre de 1931, 7 de marzo y 12 de noviembre de 1964, 3 de febrero y 24 de junio de 1966 y 5 de octubre de 1972).

maliza el *perfeccionamiento* de un contrato de compraventa, sino que también prueba su *consumación*, es decir, el cumplimiento por el vendedor y por el comprador de sus obligaciones primordiales. El vendedor y el comprador no se limitan, en la escritura normal, a vender y comprar, a obligarse a entregar la cosa y a pagar el precio (art. 1.445 C. c.). Es normal incluir en las escrituras públicas y en las «escrituras privadas», impresas o no, cláusulas relativas al cumplimiento de la compraventa, a la entrega de la cosa y al pago del precio, presente, pretérito o futuro.

Hay que remontarse a la Edad Media para encontrar el *origen* de este hecho que encontramos en la realidad jurídica (280). «Durante toda ella, con olvido de la idea romana de consensualidad contractual, impera un sistema de contratos reales y de compraventa real, es decir, de compraventa en la que la perfección y consumación son simultáneas o, por mejor decir, lo mismo, sin distinción conceptual entre ellas.

Las ideas germánicas de la *wadia* y el *launegildo*, primeramente dominante, se explican luego a la romana, cuando renace el Derecho justinianeo, con el *do ut des* de los contratos innominados, y así, en los formularios notariales del siglo XIII se continúa considerando esencial para la perfección del contrato la *traditio rei* y la *numeratio pecuniae*.

En este sentido comenta ROLANDINO que venta es la entrega (*datio*) de alguna cosa por precio cierto; de este modo, compra es aceptación (*acceptio*) de alguna cosa por precio cierto. Porque lo que se dice de uno, que es el dar, se entiende correlativamente del otro.

La misma concepción vemos reflejada en el formulario notarial de las Partidas; y en los formularios posteriores, hasta llegar a nuestros días, no deja nunca de consignarse la consumación de la venta.

Aún hoy perdura la concepción popular de la compraventa como contrato real, lo que explica la calificación como 'promesa o compromiso de venta' de verdaderas compraventas no consumadas en el acto de su perfección» (281).

Dice GÓMEZ DE LA SERNA que «la venta y permuta de bienes inmuebles deben inscribirse, pero no puede inscribirse la estipulación en que se *prometa vender o permutar*» (282).

La conclusión es perfectamente lógica en cuanto a la imposibilidad de inscribir la promesa de contrato traslativo: «la estipulación en que se *prometa vender o permutar*».

(280) NÚÑEZ LAGOS: *El documento medieval y Rolandino*, ob. cit., págs. 189 y ss.

(281) El mismo Código Civil se hace eco de esta concepción cuando dice que «la promesa de vender y comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato» (art. 1.452, 1.º).

(282) GÓMEZ DE LA SERNA, ob. cit., pág. 255.

Ahora bien, ya no parece lógica la deducción de que «la venta y la permuta de bienes inmuebles deben inscribirse», por cuanto los contratos de venta o de permuta sólo son—en cierto sentido—fuente de la obligación de transmitir el dominio, no sujeta a inscripción conforme al citado artículo 3.º del Reglamento. Pero con los antecedentes expresados resulta claro que cuando DE LA SERNA escribe que la venta y la permuta de bienes inmuebles deben inscribirse piensa en la escritura de compraventa ya consumada. Es más, subraya *materialmente* la idea de consumación al definir el título inscribible (en sentido formal) como la escritura en que se hace constar el (título en sentido material) acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene *en* alguna cosa inmueble. No hay que olvidar que el insigne autor es un gran romanista y civilista, perfecto conocedor del sistema del título y el modo, que distingue con precisión el derecho *a* la cosa y el derecho *en* la cosa (283).

Del estudio de NÚÑEZ LAGOS sobre «*Acción y excepción en la reivindicación de bienes inmuebles*» resulta claramente la importancia del concepto jurisprudencial de *título*, como *fundamento del derecho* (y esto tanto para el demandante como para el demandado por la reivindicatoria), probablemente por trasposición de la expresión título del continente al contenido, de la escritura de la que resulta la adquisición del derecho conforme al sistema del título y el modo, al mismo hecho complejo del que resulta la transmisión del derecho de propiedad, trasposición lógica en cuanto que el continente, la escritura, acredita la perfección y la consumación del contrato de compraventa, en su caso, con el consiguiente efecto traslativo del derecho de propiedad.

La doctrina española, salvo algunas opiniones contrarias, sostiene la tesis de que en el Registro de la Propiedad se inscriben contratos de compraventa ya consumados en cuanto a la transmisión del dominio (284).

(283) La exposición de motivos de la Ley Hipotecaria, debida a su pluma, dice: «nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos *en* la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos sólo nacieran de la tradición o, lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles».

(284) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 7.ª ed., 1979, T. I, págs. 219 y ss. (La inscripción y la tradición.)

La consumación o cumplimiento de la compraventa, en las escrituras, aún actualmente, se refiere no sólo a la *entrega de la cosa* y transmisión de su dominio, que es en lo que suele fijarse nuestra doctrina, sino también al *pago del precio*. Este extremo es de gran importancia al tiempo de la publicación de la *Ley Hipotecaria de 1861*, debido a que, conforme a lo preceptuado en el Derecho civil entonces vigente, el dominio de la cosa vendida y entregada no pasaba al comprador hasta que hubiera pagado el precio, dado fiador o peños, o tomado plazo para pagar.

Por ello, en la inscripción del título de compraventa se daba gran relieve a

En este sentido, la palabra *título* tiene aparentemente el mismo significado que la expresión genérica «*modo de adquirir*», como hecho complejo (*título y modo en su caso*) del que resulta la transmisión del derecho.

Sin embargo, puede también considerarse que tiene un significado distinto en cuanto alude directamente a la *titularidad o pertenencia* del derecho, cualquiera que sea el «*modo*» de su adquisición (285).

esta circunstancia y la Ley Hipotecaria le dedicaba, íntegros, dos artículos, el 10 y el 11.

En el artículo 10 dispuso que «en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega en metálico, se hará mención del que resulte del título, así como de la forma en que se hubiere hecho o convenido el pago». En el siguiente artículo 11 remachó que «si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si ésta se ha verificado pagando el precio al contado o a plazos: en el primer caso, si se ha pagado todo el precio o parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el plazo. Iguales circunstancias se expresarán también si la traslación de dominio se verificare por permuta o adjudicación en pago y cualquiera de los adquirentes quedare obligado a abonar al otro alguna diferencia en metálico o efectos».

En el formulario del *Reglamento Hipotecario de 1870*, para la «inscripción de venta de finca rústica»—modelo número 2—, se expresa que... «D. A... vende a D. C... (la finca), por precio de... pesetas, cuya cantidad ha sido pagada al contado (en tal moneda), dando fe de entrega el Notario. Don C... inscribe su título de compraventa...».

De este modo, junto con otros preceptos (fundamentalmente los arts. 36, 37 y 38 de la Ley Hipotecaria), quedó tratado legalmente el pago del precio en cuanto requisito de la transmisión, o «traslación», de la propiedad, en relación con el Registro de la Propiedad.

Más adelante, *publicado ya el Código Civil*, cuando ya no se requiere el pago del precio como requisito para la transmisión de la propiedad, cuando se ha modificado la normativa sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos bilaterales y, concretamente, de la compraventa, aquellos artículos ya no deben interpretarse como se habían interpretado hasta entonces. Las controversias entre los hipotecaristas son frecuentes.

Finalmente, la *reforma de la Ley Hipotecaria de 1946* deja resuelta la cuestión, modificando la redacción del artículo 11 (en relación con el art. 37, antes 36, 37 y 38), que ahora se refiere al pago del precio, no como requisito para la transmisión de la propiedad, porque ya no lo es, salvo pacto, sino para evitar que las referencias registrales a ciertas formas de cumplimiento de la obligación de entrega del precio puedan perjudicar a tercero beneficiario de la protección de la fe pública registral. Sólo desde este punto de vista son interesantes estos artículos y es conveniente su conservación; por esto mismo se ha propugnado la desaparición del contenido del artículo 10.

(285) Se habla de «*modos*» de adquirir la propiedad en el sentido de «*medios*» de adquirir (v. GARCÍA GOYENA, Com. art. 548 P.) o de «*hechos* que implican la adquisición conforme al ordenamiento jurídico», simples o *complejos, como el título y el modo* (ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, pág. 13).

Según esto, la palabra *modo* tiene un sentido amplio en la denominación del Libro III del Código Civil (modos de adquirir) y un sentido estricto en la expresión título y modo.

A la vez, la palabra *título*, en el sentido de fundamento de la pertenencia o titularidad del derecho, equivale al sentido amplio de la palabra modo, y tiene un sentido estricto en la expresión título y modo.

ENNECCERUS-NIPPERDEY (T. I, V. 2, ed. 1935, págs. 5, 63 y 315) dicen que la

Según opinión, resumida, de ALBALADEJO, los hechos registrables (hechos transmisivos totales, compuestos por título y modo, en su caso)—denominados actos y contratos—han de constar documentalmente, y extractando el documento se extiende el asiento, en el que queda recogido tal hecho y la pertenencia del derecho a que el hecho se refiere. «En síntesis: a través del documento, los hechos ingresan en el Registro y como de éstos resulta a quién pertenece el derecho sobre que versan, se obtiene la constancia registral del titular... Es la realidad sobre la cuestión relativa a si en el Registro se inscriben documentos, hechos o derechos» (286).

Anteriormente se ha considerado afirmativamente la *posibilidad de inscribir la escritura de venta, aunque el vendedor propietario, titular registral, no sea poseedor*, según la interpretación «auténtica» de GÓMEZ DE LA SERNA, tanto si de la escritura no resulta la falta de posesión del vendedor como si se hace constar expresamente—y en este caso deberá hacerse constar así en la inscripción—, porque en uno y en otro caso el título de compraventa-cesión de la acción reivindicatoria que «representa» el derecho de propiedad transmite el derecho de propiedad del vendedor por sí solo.

De hecho, puede resultar inscrita, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, una escritura de venta por el propietario no poseedor,

doctrina del Derecho privado ha recogido de la ciencia del Derecho penal la expresión y el concepto de «*supuesto de hecho*» (Tatbestand), o conjunto de requisitos de un efecto jurídico conforme al ordenamiento jurídico, es decir, a las proposiciones jurídicas abstractas derivadas de uno o de varios preceptos. Entre el supuesto de hecho y el efecto jurídico media la relación lógica de fundamento a consecuencia.

Negocio jurídico es un supuesto de hecho—o parte integrante del mismo—que contiene una declaración de voluntad que el ordenamiento jurídico considera fundamento del efecto jurídico, que se califica como querido.

Según el ordenamiento jurídico pueden existir otros requisitos del efecto jurídico que, formando parte integrante del supuesto de hecho, no son parte integrante del negocio jurídico, sino únicamente condición de su eficacia y se designan como *condiciones iuris* cuando son posteriores en tiempo a la conclusión del negocio; aunque son acontecimientos futuros e inciertos de los que depende la eficacia del negocio jurídico, no son condiciones voluntarias, sino legales, impropias o aparentes.

Cabe añadir que algunos requisitos del efecto jurídico pueden considerarse o bien integrantes del supuesto de hecho o bien *presupuestos* del mismo.

Así, en el sistema del título y el modo del Derecho español vigente, puede considerarse el contrato de compraventa como negocio jurídico fundamental y la entrega de la cosa por el propietario poseedor como *condicio iuris* del efecto traslativo del derecho de propiedad; en el Derecho anterior al Código Civil también el pago o aplazamiento del pago del precio era *condicio iuris* del efecto traslativo del derecho de propiedad de la cosa. Presupuestos del efecto traslativo serían el derecho de propiedad y la capacidad de disponer del vendedor; en su caso, el Registro de la Propiedad publica la titularidad del transmitente y su incapacidad o prohibición de disponer del derecho.

(286) ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 2, pág. 409.

de la que *no resulte expresamente* la realidad de su falta de posesión de la finca que se inmatricula.

También podría inscribirse al amparo del mismo artículo 205 de la Ley Hipotecaria una escritura de la que resulte, *expresamente*, la falta de posesión del vendedor—aunque pueda considerarse «caso de escuela»—, siempre que se hiciera constar en la inscripción la manifestada falta de posesión del vendedor.

Alternativamente, acaso, se podría practicar anotación de la demanda reivindicatoria del comprador contra el tercero poseedor, sin olvidar el solicitar la prórroga de la vigencia de la anotación hasta el fin del procedimiento (al amparo de los arts. 42, n. 1.º y 9.º, y 86 L. H., y 139, 164, 169 y 199 del R. H., entre otros), esto si se admite que la anotación de demanda no ha de dirigirse, exclusivamente, contra el titular registral (arg. ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 6.ª ed., T. II, pág. 852). Caso de estimarse la demanda, el testimonio de la sentencia firme declaratoria del derecho de propiedad adquirido por compra será título registrable.

En todo caso, la *constancia registral de la falta de posesión del titular* registral tendrá trascendencia a efectos de que un tercer adquirente comprador no pueda alegar, eficazmente, desconocimiento de la situación de hecho, en relación con lo dispuesto en el artículo 36, ap. 1.º, a), de la Ley Hipotecaria, para ampararse en la fe pública registral. Para obtener este amparo, habida cuenta de la publicidad registral de la situación de hecho declarada por el primer vendedor, el tercer adquirente tuvo motivos suficientes, empleando medios racionales, para conocer si aquella situación de hecho subsistía al tiempo de perfeccionar su compra a quien ahora le vende.

10. ACTUACION PROCESAL DEL COMPRADOR (287)

Es conveniente examinar la situación del comprador que habiendo obtenido, aparentemente, la posesión por tradición instrumental se encuentra ante la realidad de que no puede tomar posesión efectiva de la cosa porque se enfrenta con la oposición de un tercero poseedor en concepto de dueño. Este supuesto no ha de confundirse con el del comprador que ha adquirido realmente la posesión y es efectivamente poseedor, libre de interdictos, aunque esté amenazado de reivindicación por un tercero.

(287) Sobre la acción reivindicatoria, el concepto de título a efectos procesales y otras cuestiones relacionadas con este tema tiene interés excepcional el estudio de NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid, 1953, 118 págs. También es de interés el estudio de LETE DEL RÍO, José Manuel: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975, págs. 17 a 66.

Es posible que se otorgue una escritura pública de compraventa por un vendedor propietario que no es poseedor, siendo esta circunstancia desconocida por el comprador—y por el Notario—, actuando el vendedor de mala fe, conociendo su falta de posesión (conociendo la existencia de un tercero poseedor en concepto de dueño), o incluso de buena fe, por desconocer su falta de posesión, aunque este desconocimiento sea negligente. Conforme al artículo 1.462, 2.º, C. c. existe una *apariencia de tradición instrumental*. Este supuesto lo presupone el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. Pero aquí interesa, en primer lugar, considerar el supuesto en el Derecho civil «puro», extrarregistral.

Para analizar el caso hay que insistir en que tal escritura pública normal de venta por el propietario no poseedor implica dos *consecuencias*:

1.ª Por una parte, implica la cesión—transmisión—del derecho de propiedad sin posesión (acción reivindicatoria) por el solo contrato de compraventa: efecto traslativo por el solo título. El comprador puede, frente al tercero poseedor, reivindicar, como el tradicional cesionario de la acción reivindicatoria.

2.ª Por otra parte, implica la aparente pero no efectiva entrega o transmisión de la posesión, aparente, pero no efectiva tradición instrumental. El comprador puede, frente al vendedor, pedir la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar.

Con el fin de simplificar la exposición sin complicaciones perturbadoras, puede estudiarse el *supuesto* de venta de una finca rústica, no inmatriculada, mediante escritura pública, con precio pagado, desconociendo el comprador que la finca, al comprarla, está poseída en concepto de dueño por un tercero.

1. En tal caso—aunque es improcedente plantear un juicio posesorio, un interdicto de retener o de recobrar la posesión inmediata, que el comprador no obtuvo del vendedor—, el comprador puede plantear un juicio petitorio, declarativo, pero sumario y provisional, con sentencia sin autoridad de cosa juzgada material (288), el *juicio de desahucio por precario*, con el fin de aclarar la situación jurídica del poseedor (artículo 1.942 C. c.), ya que es dudoso si esta situación implica un supuesto de venta de cosa ajena o de propiedad discutida o de titularidad de un derecho que faculta a poseer o de usurpación, etc. Puede explicarse así el que sean frecuentes las sentencias desestimatorias de la demanda de desahucio por precario, cuando el demandado prueba que es poseedor en

(288) HERCE QUEMADA, *ob. cit.*, T. II, pág. 1.

concepto de dueño, al tiempo de la venta, oponiendo un «título» suficiente a efecto de tal juicio (289). La desestimación del desahucio ha de considerarse prueba suficiente del incumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar la cosa, es decir, de transmitir su posesión en concepto de dueño, legal y pacífica, de modo que el comprador ya puede demandar al vendedor con suficiente fundamento de hecho y de Derecho, conforme a las normas generales sobre incumplimiento de las obligaciones recíprocas y, concretamente, al amparo de los artículos 1.506 y 1.124 C. c., pidiendo, en su caso, la resolución del contrato (290).

Claro que el comprador también puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar mediante *otras pruebas* de la posesión del tercero en concepto de dueño.

2. Pero el comprador vencido en el juicio de desahucio, en vez de reclamar contra el vendedor, puede entablar *juicio declarativo ordinario ejercitando la acción reivindicatoria* contra el tercero poseedor, para lo que ya tiene algún conocimiento de la situación de hecho y aun de Derecho del poseedor (arts. 1.526, 1.464, 348 C. c.) (291).

Esto, sin perjuicio de que el comprador reivindique *sin* previo juicio de desahucio por precario.

Desde luego, no obsta a la admisibilidad de la demanda reivindicatoria la sentencia desestimatoria del desahucio intentado, teniendo en cuenta su carácter sumario y provisional, ni la alegación por el demandado de falta de *legitimatio ad causam* del demandante (292).

(289) Distinto es el caso del vendedor que entrega mediante *constituto* posesorio y continúa poseyendo como precarista frente al comprador: otra de las causas de desahucio por precario.

(290) En principio, nada obsta a que el vendedor intervenga en el juicio de desahucio junto al desahuciante, si éste le llama con tal fin, pero ningún precepto obliga al vendedor a notificar la demanda correspondiente a efectos de poder reclamar por dicho incumplimiento en el supuesto de ser vencido en el juicio de desahucio, dado los términos del artículo 1.475 del Código Civil.

(291) LETE DEL RÍO, José Manuel: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975, págs. 14 y ss. Define que, por la acción reivindicatoria, el propietario que no posee solicita el *reconocimiento* de su derecho y la *condena* al poseedor no propietario a la restitución de la cosa.

(292) Examinado anteriormente el tema de la legitimación *ad causam* respecto a la cesión de acción y considerando el análisis de NÚÑEZ LAGOS y LETE DEL RÍO respecto a la doctrina jurisprudencial sobre la acción reivindicatoria, parece claro que en la *práctica jurisprudencial española de la reivindicatoria la simple alegación por el demandado de la falta de posesión del vendedor nunca pudo impedir entrar a considerar el fondo de la litis*, es decir, si el reivindicante es propietario y el poseedor no lo es, una vez alegado por aquél un título dominical de compra (que, en definitiva, sería de compra cesión de la acción reivindicatoria), sólo porque el demandado era poseedor en concepto de dueño al tiempo de la compra: hasta tal extremo nunca llegó la doctrina romano-canónica de la legitimación *ad causam* en el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria. Lo que ha declarado el Tribunal Supremo es que si el vendedor no es poseedor en concepto de dueño por existir un tercero poseedor en tal concepto *es desestimable la demanda de*

Respecto al ejercicio de la acción reivindicatoria, aquí interesa insistir en la importancia de la *notificación* de la demanda al vendedor, a efectos de que, en el supuesto de evicción, el comprador no pierda su garantía (saneamiento) contra el vendedor (arts. 1.474 y 1.482 Código Civil) (293).

El vendedor podrá intervenir en el juicio como *llamado en garantía* (294), o no hacerlo así; pero, en todo caso, debe facilitar al comprador su titulación, en cumplimiento de su obligación de entregar.

En el juicio se debatirá sobre el derecho de propiedad del comprador, derivado del derecho de propiedad del vendedor al tiempo de la venta, pero *inmediatamente fundado en su compra cesión del derecho*, no en una compra seguida de tradición de la cosa (corporal) (295).

Si la posesión del poseedor fuera titulada, es decir, aparentemente fundada (poseedor con título de dueño), el demandante, en su caso, deberá pedir la declaración de *nulidad del título alegado por el poseedor*, o sea, del aparente fundamento del derecho aducido por el poseedor, quien, en principio, no necesita alegar y, por tanto, probar que es el verdadero propietario (296).

La *prueba*, en todo caso, versará no sobre el «mejor derecho» (297) a poseer el comprador, sino sobre la *titularidad del derecho de propiedad* que se discute, sin perjuicio de que, en definitiva, se resuelva el litigio a favor de la parte procesal con «mejor prueba» de su título, de su titularidad o pertenencia del derecho de propiedad, de su «condición de dueño», es decir, respecto al comprador, de su mejor justificación de fundamento de su derecho, resultante de la prueba de su adquisición por venta-cesión (298), y en su caso, de la falta de prueba por el demandado de su adquisición por usucapión consumada después de la venta, por no

desahucio por precario del comprador contra dicho poseedor cuando éste discute, con suficiente fundamento, el derecho de propiedad del desahuciante, planteando una cuestión que ha de debatirse *en juicio declarativo ordinario*. Vid. n. 294.

(293) Sobre la posibilidad de notificar por el comprador demandante y no sólo por el demandado ya se consideró anteriormente el criterio de MANRESA; la *garantía del «otor»* tanto ha de referirse a la defensa (comprador demandado) como al ataque (comprador demandante).

(294) GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, pág. 168.

(295) La falta de pago del precio no obsta a la cesión y no puede ser eficaz su alegación en el juicio declarativo por el tercero poseedor.

(296) NÚÑEZ LAGOS: *Acción y excepción...*, págs. 90 y ss. LETE DEL Rfo, *ob. cit.*, págs. 42 y ss.

(297) La *acción publiciana* no existe en el Derecho español vigente, a diferencia del Derecho español tradicional. V. ALBALADEJO, *ob. cit.*, T. III, V. 1, página 360.

(298) El concepto de *título*, a efectos del juicio reivindicatorio, es el mismo para el demandante que para el demandado: *fundamento del derecho alegado*. Además, la propiedad plena no puede pertenecer, simultáneamente, al demandante y al demandado.

haberse interrumpido oportunamente la usucapión en curso (arts. 1.943 a 1.948 C. c.). En el caso hipotético planteado, la sentencia, en principio, será estimatoria de la demanda, declarativa del derecho de propiedad del demandante, adquirido por compra-cesión del derecho, y condenatoria a la entrega de la posesión, por el poseedor al propietario, salvo que, acaso por negligencia de éste, se hubiera consumado la usucapión después de la compra.

La *sentencia* sólo puede decirse que tiene efecto retroactivo, a efectos de devolución de frutos percibidos por el poseedor, en el sentido de que es sentencia declaratoria de un derecho adquirido desde la venta-cesión. Ni la sentencia ni la toma de posesión de la cosa por el demandante tienen eficacia constitutiva de la adquisición del derecho.

Dicho comprador con sentencia estimatoria, no obstante, podrá reclamar *daños y perjuicios* contra el vendedor, por no haberle hecho efectiva entrega de la cosa, sino sólo cesión del derecho de propiedad, al menos cuando el vendedor conociera, al vender, su falta de posesión (arg. artículos 1.445, 1.462, 1.124 y 1.529 C. c.) (299).

Con esta orientación simplificadora, teniendo en cuenta cuestiones expuestas a lo largo de este estudio y otras más, se pueden plantear *otros casos* en los que se considere el alcance del conocimiento por el comprador de la falta de posesión del vendedor, con el posible pacto sobre limitación de la garantía del vendedor (quien, en principio, cumple cediendo su derecho de propiedad discutido), de la mala fe del vendedor, de la venta de cosa mueble, de la venta de mercaderías, representadas o no por título de tradición (300), etc. Pero no es posible extenderse en

(299) En el supuesto de que la sentencia fuera desestimatoria de la reivindicación, por haberse vendido *cosa ajena* en vez de cosa propia no poseída por su propietario, al juicio reivindicatorio, si fuera menester podrá seguir otro juicio entre comprador y vendedor sobre la *efectividad de la garantía o responsabilidad por evicción*, con su alcance regulado por la ley, a falta de pacto (arts. 1.475 y siguientes del Código Civil).

(300) En el *Derecho mercantil español*, entre las cosas mercantiles, se incluyen los «títulos valores», en los que «un derecho se incorpora a un documento» o título, en el sentido de que la posesión del título es condición *sine qua non* para el ejercicio y la transmisión del derecho (legitimación por la posesión) y la vigencia y extensión del derecho se rigen exclusivamente por lo que resulte del título (literalidad del derecho).

Pero si son *títulos de tradición*, su entrega produce los mismos efectos que la tradición o entrega real de la cosa (mercancía): tradición de mercancías en poder de capitanes de buques, porteadores y almacenistas, llevada a efecto por medio de la entrega de documentos referentes a la mercancía; el título funciona en el tráfico como si fuese la cosa a que se refiere. Es el último grado de evolución espiritualizada de la tradición, pero recuerda las formas puras de tradición simbólica (mediante entrega de llaves o *per cartam*). Permiten la disposición real sobre cosas almacenadas o en transporte, sin necesidad de cambiar su situación.

GARRIGUES (pág. 639) se refiere directamente al caso en que el vendedor se

cuestiones que no afectan a lo más esencial del tema de este estudio y que, al menos en parte, ya han sido consideradas.

Sin embargo, hay que considerar la *situación del comprador con título inscrito*, quien, además de ejercitar la acción reivindicatoria en juicio declarativo ordinario, puede actuar el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (301).

halla en posesión de la cosa (por mediación del almacenista o transportista), pero no plantea el supuesto de falta de posesión del vendedor.

Sólo dice (pág. 641) que si el derecho incorporado es un derecho de propiedad, en defecto de declaración categórica del Código Civil, cabe estimar que el título representa la mercadería y que, por tanto, la tradición del título equivale a la tradición de aquélla, sin considerar derogado el principio de transmisión por tradición. De todos modos, puede estimarse que *la solución aplicable en el Derecho civil para la venta por el propietario no poseedor será también aplicable al Derecho mercantil*, respecto a la posibilidad de reivindicar el comprador, sin perjuicio de las peculiaridades de la irreivindicabilidad de mercaderías y las derivadas de la relación contractual de venta-cesión entre transmitente y adquirente y de depósito o transporte respecto al mediador o servidor posesorio.

V. GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil*, 5.ª ed. revisada por ALBERTO BERCOVITZ, Madrid, 1858, págs. 603 y ss.

En el *Derecho mercantil alemán* vid. *supra* n. 25.

(301) Sobre este proceso, en general; ROCA SASTRE, *ob. cit.*, 6.ª ed., T. I, páginas 434 y ss., especialmente pág. 475. HERCE QUEMADA, *ob. cit.*, págs. 1 a 4, 48 a 51, 77 ss. MORENO MOCHOLÍ: *El precario*, pág. 493, 617 ss.

Según HERCE QUEMADA, el *proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria* puede considerarse como un juicio declarativo, especial, sumario, por la limitación de los medios de ataque y defensa de las partes, por la restricción del conocimiento del Juez y, sobre todo, porque la sentencia no tiene autoridad de cosa juzgada material, de modo que no impide plantear, posteriormente, la misma cuestión en juicio declarativo ordinario plenario. Es afín al denominado juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es juicio de ejecución, sino declarativo, pero especial y sumario. Ambos son variantes del proceso monitorio documental.

El *proceso monitorio documental* tiene por finalidad crear rápidamente un título puro de ejecución mediante la inversión de la iniciativa y la eventualidad del contradictorio, en que el actor tiene que justificar inicialmente los hechos constitutivos de su derecho por medio de documentos y la oposición del demandado no produce la terminación del proceso especial, sino la apertura de una fase contradictoria o de conocimiento sumario dentro del mismo proceso.

Ahora bien, en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria el titular registral disfruta de una posición procesal privilegiada, favorecido por la *presunción legitimadora del Registro* (art. 38 de la Ley Hipotecaria), que como tal presunción opera con el efecto característico de invertir la carga de la prueba, así que el titular registral favorecido no necesita probar el hecho constitutivo de su derecho, sino presentar la correspondiente certificación registral, correspondiendo al poseedor la alegación y prueba de los hechos de los que resulte que el derecho no existe; la oposición del poseedor no implica, pues, que el demandante pase a ser demandado.

El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria tiene *dos fases posibles*, que constituyen *un solo proceso*, una fase sumarísima, sin audiencia del demandado, y otra fase sumaria, en la que se entra por la eventual oposición, en plazo, del demandado (que no formula «*demanda*» de contradicción o reconvencción, sino que *excepcional*), se sigue por los trámites de los incidentes, y a menos que el Juez dicte *auto* de desestimiento del demandante ante la oposición del demandado, normalmente termina por *sentencia*, que puede estimar la oposición y denegar la ejecución

Precisamente la acción real derivada de derecho inscrito primordialmente considerada por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria es la *acción reivindicatoria*, como remedio para que el dueño de una finca pueda obtener como tal la posesión de la misma (302).

«Cabe que el titular registral no haya poseído nunca, como ocurrirá, por ejemplo, cuando haya comprado una finca y el vendedor persista en continuar poseyéndola» (303), pero también cuando haya *comprado a un propietario no poseedor* (304).

«Es indiferente que el dominio figure inscrito por *inmatriculación* y que no lleve los dos años prescritos por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, siempre que hayan sido publicados los edictos necesarios para consolidar el asiento inmatriculador» (305).

«El procedimiento puede promoverse *contra un poseedor* «*ad usucapionem*», esto es, un poseedor en concepto de dueño por más de un año», aunque esto sea discutido por VALLET DE GOYTISOLO (306).

El poseedor puede oponerse, fundándose en «poseer el contradictor la finca (o disfrutar el derecho discutido) por contrato u otra cualquier relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36» (art. 41 L. H.).

«El *poseedor sin título* es el sujeto contra el cual el procedimiento del artículo 41 ha sido establecido, por impedir injustificadamente la posesión de la finca al titular registral.»

pedida o bien desestimar la oposición y ordenar la ejecución pedida, mandando practicar cuantas diligencias sean necesarias para la efectividad del derecho inscrito, en la misma forma que respecto del auto de ejecución dictado por ausencia de oposición en forma: el resultado es el mismo que se lograría en trámite de ejecución de sentencia en juicio declarativo ordinario de reivindicación.

No obstante, la naturaleza de este proceso es muy discutida y ROCA SASTRE estima que se trata de un proceso no puro de ejecución (*ob. cit.*, págs. 454 y 455).

(302) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 460.

(303) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 474. Precisamente, cuando el titular registral quiera proceder contra un *precarista*, podrá escoger entre este proceso y el de desahucio por precario, aunque el del artículo 41 de la Ley Hipotecaria sea más rápido y sencillo, según COSSÍO, MORENO MOCHOLÍ y el mismo ROCA SASTRE (*loc. cit.*, página 457, núm. 3). En cambio, contra un *poseedor no precarista*, es decir, contra un poseedor en concepto de dueño, no puede prosperar el juicio de desahucio, pero sí el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (MORENO MOCHOLÍ, *loc. cit.*, página 626). Por otra parte, en juicio de desahucio no puede plantearse cuestión sobre la usucapión consumada, que ha de enjuiciarse en juicio plenario (MORENO MOCHOLÍ, *loc. cit.*, pág. 493).

(304) Caso al que no alude ROCA SASTRE.

(305) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 462.

(306) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, págs. 475 y 499-508. El titular registral, *antes de consumarse la usucapión* por el poseedor, puede utilizar el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, así como ejercitar en juicio ordinario la acción reivindicatoria.

«Dada la índole del procedimiento del artículo 41 la existencia del título no exige una prueba plena, sino la suficientemente demostrativa de que el contradictor no es un poseedor sin título, y, por lo mismo, el hecho de haberse extinguido el título preexistente requiere que—la extinción—sea fácilmente apreciable» (307).

«La posesión '*ad usucapionem*', o posesión en concepto de dueño por más de un año, no está fundada en un título real o existente y concreto o determinado, sino en un título presunto y abstracto, y como tal no idóneo para adquirir, pues en la usucapión ordinaria hay que probar el título, porque en ella el título no se presume nunca, según el artículo 1.954 del C. c., y en la usucapión extraordinaria no se requiere ni título. En cambio, en los dos casos de contradicción agrupados bajo el número 2.º del artículo 41 L. H., el contradictor ha de poseer fundado en un contrato o relación jurídica directa o en virtud de usucapión—consumada—, es decir, siempre debe tratarse de un contradictor con posesión legitimada por un título existente y concreto y que hay que probar», aunque la usucapión no es preciso que haya sido declarada por sentencia, cuyo testimonio sería título inscribible (308).

11. CONCLUSIONES

1. El contrato de compraventa del Derecho español vigente continúa siendo, fundamentalmente, el contrato de compraventa del Derecho común europeo tradicional, del que se apartaron, divergentemente, el Código Civil francés y el Código Civil alemán.

No es, simplemente, un contrato o un negocio obligacional, contrapuesto a un negocio dispositivo, de transmisión de cosa o de cesión de derecho, a diferencia del contrato del Derecho alemán, ni aun configurando en el Derecho español un negocio dispositivo causal, es decir, no abstraído causalmente del contrato de compraventa.

2. La acción reivindicatoria, que defiende la titularidad o pertenencia del derecho de propiedad es inseparable del derecho del que deriva

(307) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 489.

(308) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 506. «Cuando el titular registral sea un *tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria* y no haya conocido ni podido conocer la posesión correspondiente, el artículo 36, 1, de la misma Ley incluso le concede el tiempo de un año, a contar de la fecha de su adquisición, para dejar sin efecto la usucapión consumada antes de que empiece este año o la que se consume dentro del mismo año, la que podrá efectuar mediante promover este procedimiento del artículo 41 o ejercitar en juicio ordinario la acción reivindicatoria» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 475). En el caso de usucapión consumada se trata de un supuesto de *venta de cosa ajena*, del usucapiente.

y al que representa, por lo que se usan como sinónimas las expresiones acción reivindicatoria y derecho de propiedad sin posesión.

3. El propietario poseedor de cosa determinada que la vende, al transmitir su posesión transmite su derecho de propiedad, en lo que difiere el Derecho español vigente de los Derechos francés e italiano, que no requieren la transmisión de la posesión como *condicio iuris* de la transmisión de la propiedad, y del Derecho español tradicional que, además, requería (salvo pacto) el pago del precio como *condicio iuris* de la transmisión de la propiedad.

4. El propietario no poseedor de cosa determinada que la vende, al vender transmite su derecho de propiedad de la cosa, aunque no su posesión. Por el solo contrato de compraventa, al perfeccionarse el contrato, que no requiere forma especial, conozca o desconozca el comprador la falta de posesión del vendedor, éste transmite—cede—«lo que le queda» de su derecho, su acción reivindicatoria, su derecho de propiedad sin posesión. El momento de la adquisición de la propiedad no se refiere ni al momento del cumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio (aparte la posibilidad de aplazamiento de su pago), ni menos aún al momento de la obtención de la posesión de la cosa que poseía el tercero, pues la transmisión de la posesión sólo se requiere, a efectos traslativos del derecho de propiedad, cuando el vendedor posee la cosa. No se requiere notificar la venta al tercero poseedor.

5. La escritura pública de compraventa-cesión del derecho de propiedad es inscribible en el Registro de la Propiedad.

6. El que compra a un vendedor propietario no poseedor, actuando como propietario por título de compra, puede reivindicar contra el tercero poseedor, y, en principio, siendo el vendedor propietario no poseedor, su acción será estimada. El tercero poseedor sólo puede intentar probar su título de adquisición del derecho de propiedad por usucapión, en su caso, si el comprador es negligente.

El mismo comprador con título de compra inscrito en el Registro de la Propiedad también puede actuar el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra el tercero poseedor usucapiente, quien no podrá oponerse eficazmente alegando usucapión consumada que deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36 de dicha ley.

7. El mismo comprador puede reclamar contra el vendedor por incumplimiento de su obligación de entregar, es decir, de transmitir la posesión de la cosa, salvo pacto en el que se considere el conocimiento por

el comprador de no ser poseedor el vendedor. Para probar tal incumplimiento, por falta de posesión del vendedor, se puede interponer juicio de desahucio contra el tercero poseedor, del que resultará probado judicialmente, en su caso, que el tercero posee en concepto de dueño.

8. Según el Derecho común europeo tradicional, cuando el vendedor propietario no es poseedor, porque hay un tercero usucapiente, por el solo contrato de compraventa transmite al comprador su acción reivindicatoria o, lo que es igual, su derecho de propiedad. Esta solución continúa vigente en el Derecho español. Esta solución, asimismo, continúa vigente en el Derecho francés y, prácticamente, también en el Derecho alemán mobiliario, pese a que estos ordenamientos jurídicos abandonaron el sistema de transmisión del título y el modo.

Valencia, febrero de 1980.

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad