

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

(CONTINUACION)

VI. DERECHO ESPAÑOL

1. RECEPCION DEL DERECHO ROMANO Y EVOLUCION DOCTRINAL

«En las *Universidades* españolas (Palencia, 1212; Salamanca, 1215) se consolida el triunfo de la recepción del Derecho romano; en ellas se enseña como único Derecho el *ius commune*, el Derecho romano según la interpretación boloñesa (149).

Las Siete Partidas (1256-1263), obra jurídica que no tiene par en nuestra historia jurídica hasta el Código civil, confirman la romanización.

De todos modos, no puede hablarse de una verdadera recepción del Derecho romano ni de la Glosa italiana; hay más bien una españolización de disposiciones y doctrinas y un reconocimiento—en parte excesivo—de la superioridad de la técnica romanista... España crea su versión independiente del *ius comune*... En todas las regiones españolas se aplica, por juristas y tribunales, como Derecho supletorio (150).

Se convierten, por su amplitud y autoridad, en la base del Derecho común español.

GREGORIO LÓPEZ es el más autorizado comentarista de las Partidas, y

(149) DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España*. T. 1, ed. 1955, páginas 156 ss. CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*. Tomo 1, V. 1, 11.ª ed., 1975, págs. 185 ss.

(150) En Castilla por el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348.

su Glosa alcanza la consideración de *Glosa Magna*. Su autoridad, hasta la publicación del C. c., ha sido tan grande como la de las mismas Partidas (1.^a ed., 1555; ... 1587, y hasta unas veinticinco ediciones).

Pero la romanización no depende de un acto legislativo, sino de un fenómeno cultural, que se difunde a través de la enseñanza universitaria y de la práctica, en las Curias eclesiásticas o en las Cámaras regias.

El romanismo siguió avanzando por la alegación ante los tribunales del Derecho justiniano no comprendido en las Partidas, con referencia no sólo a los textos, sino incluso a las opiniones de los juristas, llegándose a abusar tanto de esta práctica que requiere limitaciones reales; la Ordenanza Real de Madrid de 1499, dada por los Reyes Católicos, limita la autoridad de los doctores a las opiniones de BARTOLO y BALDO, entre los civilistas, y de JUAN ANDRÉS y del Abad PANORMITANO, entre los canonistas.

La supremacía del Derecho romano en los estudios científicos y en la práctica de los tribunales perdura en Castilla durante largos siglos, hasta que en el XVIII empieza a manifestarse una reacción contra la admisión desenfadada de dicho Derecho, pero las Universidades, semillero de letrados, continúan ocupándose sólo, según las reglas de su fundación, del Derecho romano y canónico. En 1741 se ordenó la creación de Cátedras en las que se dictase el *Derecho patrio*.

En el siglo XIX España, que había producido el primer Código de la cristiandad, se encuentra frente a una serie de ideas extrañas y contrarias a todo lo que había constituido la esencia de su Derecho.

Sin embargo, los juristas españoles mantuvieron con anterioridad a la Codificación una cierta fidelidad al *usus modernus Pandectarum*, del que se había apartado el Derecho francés, desde fines del siglo XVII, y el Code, y del que luego se apartaría, con otra orientación, la doctrina alemana y el C. c. alemán.»

En las *Cátedras de Derecho romano* se estudian las «*Recitaciones del Derecho civil*» del alemán HEINECIO (151).

Algunos temas por él tratados tienen interés para este estudio.

Respecto de los derechos de las cosas contraponen *ius in re* (derecho en la cosa) a *ius ad rem* (derecho a la cosa), como equivalentes a derechos reales y derechos de obligaciones (152).

(151) HEINECIO, Juan: *Recitaciones de Derecho civil*. Traducción al castellano por Luis de Goyanes Bustamante. Alcalde mayor de la villa de Novelda. Segunda edición, Valencia, 1833. Tres tomos. Obra elemental de Derecho romano, con notas de aplicación al Derecho alemán, sustituidas en la traducción por notas de aplicación al Derecho español. La fecha del original, 1725. Sigue el orden de la Instituta.

(152) Esta es la terminología de GARCÍA GOYENA y GÓMEZ DE LA SERNA, aunque, naturalmente, no desconocen el efecto específico del *ius ad rem* en sentido estricto.

«Se ha de procurar no confundir el título y el modo de adquirir... Causa próxima... y causa remota. Título que hace adquirir el *ius ad rem* y modo el *ius in re*.

La tradición es un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enajenarla, la traslada, con justa causa, a otro que la recibe.

Pueden entregarse las cosas corporales. Las cosas incorpóreas, como son los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan, la cual cuasi tradición consiste en el permiso de uno y ejercicio de otro; como, por ejemplo, si quiero cuasi entregar a uno el derecho de cazar, basta que yo se lo permita y él lo ejecute sabiéndolo yo.

Las cosas deben entregarse por su dueño...

No se traslada el dominio si no acompaña el ánimo de enajenar...

No se adquiere el dominio por la tradición sin que preceda un título hábil para transferir el dominio.

Es mandato en cosa propia si alguno se encarga de algún negocio ajeno, pero de suerte que perciba de él toda la utilidad... Se verifica por cesión. Pues si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam me debe mil y yo cedo esta suma a un hermano, en este caso el hermano obra contra el comerciante como mandatario mío, porque a él nada se le debe; mas, por cuanto si sale victorioso adquiere para sí estos mil, se dice que es mandatario en cosa suya.

La acción puede ser considerada de dos modos, o como cosa incorpórea, que está en nuestros bienes, o como medio legítimo de conseguir su derecho en juicio... JUSTINIANO definió sólo una especie de acción, la personal, al decir que es un derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe.

Para adquirir la posesión de un fundo que otro posee no basta la aprehensión unida a la intención, sino que además se necesita que el poseedor actual tenga conocimiento de la existencia de esas dos condiciones en otra persona y que abandone voluntariamente la cosa (*si vacuam tradit possessionem*) o sea despojado de ella con violencia (*si deficitur, repellitur*).

Para la aprehensión no es necesario que se tome inmediatamente la cosa *corpore*; la aprehensión consiste más bien en que, por una alteración corporal, aquel que quiera adquirir una cosa se ponga físicamente en estado de servirse de ella en todo tiempo a su voluntad. Por eso en Derecho romano hay aprehensión para una cosa inmueble tan sólo con que aquel que quiera adquirir su posesión haya puesto el pie solamente en una parte de la heredad o bien con que aquel que era su poseedor la muestre al adquirente con intención de transferirle la posesión de ella.

La pérdida de la posesión de una cosa de que otros se han apoderado

sin saberlo nosotros no se verifica sino en el caso de que, queriendo hacer valer nuestros derechos sobre la cosa, seamos rechazados.»

En las *Cátedras de Derecho patrio* se utilizan las *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, de ASSO Y MANUEL (153).

En ellas se dice que «la tradición ficticia ha lugar en las cosas corporales como también en las incorpóreas.

Se pueden vender las cosas incorpóreas, derechos y acciones.

Acción es el derecho de la cosa que se pretende en juicio... Por la acción real se pide el dominio de la cosa».

«Al tiempo de la creación de la *Comisión General de Códigos* en 1843, la doctrina jurídica se encontraba paralizada. Se había impuesto al fin la enseñanza del Derecho español; pero aquellos profesores que sentían repugnancia por las leyes patrias, que aun ignoraban los libros que las contienen, porque se criaron sólo con las leyes romanas, obligados a enseñarlas, utilizan los manuales más sucintos» (154).

«La decadencia de la ciencia jurídica explica cómo la gran tarea codificadora se desvía y empieza a inspirarse en modelos extraños. Precisamente el *proyecto de C. c. de 1851* fracasa por su afrancesamiento, aún más aparente que real. En la discusión del proyecto se opuso al mismo con gran fuerza PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA» (155).

«En la preparación de la *Ley Hipotecaria de 1861* intervino, de modo decisivo, GÓMEZ DE LA SERNA, que supo superar las exageraciones que en base del principio de la publicidad defendiera LUZURIAGA y las ideas afrancesadas sobre transmisión de la propiedad mantenidas por GARCÍA GOYENA, con la fórmula práctica de la protección del tercero inscrito» (156).

Con anterioridad, en la Exposición de motivos de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, el mismo GÓMEZ DE LA SERNA alude al recurso de casación como medio de fijar la verdadera inteligencia de las leyes y de los principios capitales, los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho, cortar en su raíz las malas interpretaciones de ley, que por ignorancia, por error o malicia se dan en un pleito. Usa la frase «doctrina legal» en el sentido de interpretación doctrinal, aunque posteriormente se confunde la doctrina legal con la jurisprudencia.

La estructura del *C. c. de 1889* en relación con el proyecto de 1851 tiene su precedente inmediato en la distribución de materias de las obras de *Derecho civil* de GÓMEZ DE LA SERNA y de GUTIÉRREZ, que estudian

(153) IGNACIO JORDÁN DE ASSO Y DEL RÍO y MIGUEL DE MANUEL RODRÍGUEZ. Madrid, 1775. Pequeño manual, a modo de resumen de normas que referencia.

(154) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 208.

(155) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 212.

(156) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 222.

las obligaciones y contratos en un libro independiente del de los modos de adquirir la propiedad, para destacar el título de adquirir.

Ahora bien, a diferencia del pandectismo alemán, la doctrina española contempla el Derecho romano a través de las Siete Partidas, vigentes como Derecho propio, aunque inspiradas en la interpretación medieval del Derecho romano recibido, y a través de los tradicionales comentarios del mismo, sin los afanes históricos puristas ni críticos de aquellos comentarios.

El que se ha denominado «Código» de las Siete Partidas tiene gran importancia en el tema de la transmisibilidad de la situación jurídica de acreedor y de deudor. Presenta un sistema casi completo de las posibilidades teóricas de la sustitución de los sujetos de las relaciones obligatorias—que es perfectísimo para su época—y ofrece un gran paralelismo con el Código civil español vigente, en su sistemática y regulación.

Es de notar que las Partidas destacan la sustitución de acreedor mediante venta, llevándola a la Partida III y regulándola como una compraventa; mientras que las otras formas de cambios de sujeto los regula en la Partida V. Es decir, que la sistemática del Rey Sabio es la misma que la del legislador de 1889, pues también en el Código civil la transmisión de créditos y demás derechos incorporales integra el capítulo VII de la compraventa (arts. 1.526 y ss. del C. c.).

En las Partidas se rinde aparente homenaje al Derecho romano cuando está considerando al cesionario como un «personero» del acreedor cedente, quien le «otorga poderío» para poder demandar aquella cosa, utilizando el lenguaje usado por textos romanos, pero otras expresiones muestran un avance seguro, puesto que el cedente «pone al cesionario en su lugar», es decir, en la misma posición jurídica que él tenía, con idénticas facultades. Se puede concluir—según GARCÍA AMIGO—que las Partidas han conseguido para el Derecho español la figura de la cesión de créditos, siquiera haya ciertas expresiones dudosas (157).

El esquema jurídico ofrecido por las Partidas—dice el mismo—dura en España hasta el Código civil, al menos para las relaciones sometidas al Derecho común (158).

(157) El formulario de las Partidas se transcribe más adelante, a continuación del de Febrero, para su más fácil cotejo.

(158) «No obstante, las modificaciones económicas se hacen sentir con más premura en algunas regiones de nuestra geografía, especialmente en las zonas marítimas y comerciales. Frente al Derecho general de Castilla, constituido por las Partidas, cuya vigencia se revalida continuamente por las sucesivas Recopilaciones, van surgiendo, de los usos de comercio, las Ordenanzas locales, que regulan en forma mucho más progresiva la sustitución de sujetos de las relaciones obligatorias. Prototipo de tales Ordenanzas son las de Bilbao, otorgadas por Felipe V en 1737, en las cuales se regulan las letras de cambio, los vales y libranzas de comercio y los endosos de los mismos. Pero las modificaciones que tales progresos podrían aportar

Pero, además, no hay que olvidar la *vigencia subsidiaria del Derecho romano recibido* y, por tanto, del D. 6, 1, 63, y, sobre todo, del C. 4, 39, 9, ya estudiados detenidamente, que confieren la propiedad al comprador de la acción reivindicatoria si ha pagado el precio.

La *doctrina española* no se aparta de la interpretación común europea.

Un autor español, el gran NEBRIJA, ya dice que la cesión es *ius et actiones translatio; nam per cessionem iure et actiones in eum cui cessit transferuntur, sicut in venditione...* (159)

Al llegar el tiempo de la codificación subsiste la situación.

En el Código francés y en el Proyecto de C. c. español de 1851 se menciona la cesión de un crédito, derecho o acción, pero GARCÍA GOYENA advierte las discordancias. Al comentar el artículo 1.457 del Proyecto (1.526 C. c. vigente) dice que «el Código civil francés no da derecho al cesionario contra un tercero—no se transmite el crédito—sino desde que aquél le hizo saber la cesión del deudor, o desde que la aceptó en instrumento auténtico; el nuestro viene a ser... una consecuencia precisa, o más bien aplicación de los dos artículos a que se refiere (arts. 1.201, 1.209 del P. 1851, equivalentes al 1.218, 1.227 C. c.), y también del 1.003, números 1 y 11 (del Proyecto, concordantes con el 1.280, números 4 y 6, del C. c.)». Al comentar el artículo 1.458 P. (1.527 C. c.), en relación con el 1.128 (1.198 C. c.), alude a que el C. c. francés dice «antes de que el cedente o cesionario haya hecho saber la cesión al deudor...», mientras que el español dice «sin conocimiento del deudor», lo que —opina— «es un justo castigo a la negligencia o malicia del cedente o cesionario en no hacer saber la cesión al deudor, que ordinariamente no pueda saberla sino por este medio».

Como antecedente cita dos «reglas del Derecho antiguo» del *Digesto*:

Quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstat. (Lo que es obstáculo para los mismos que hicieron el negocio lo será también para sus sucesores. D. 50, 17, 143.)

Qui in jus domiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. (Quien sucede en el derecho y propiedad de otro debe ejercitar el derecho de éste. D. 50, 17, 177.)

Está claro que considera al cesionario como *sucesor del derecho del cedente*, es decir, que la cesión supone *sucesión—transmisión—del derecho*.

a la reforma del Derecho común se amortiguan por el hecho de encauzarse el Derecho relativo al comercio en un Código especial, ya desde principios del siglo XIX. Queda, por tanto, el Derecho de las obligaciones civiles—al margen de la realidad comercial moderna—, con una estructura fundamentalmente romana, incorporada al Derecho patrio por las *Partidas*.»

(159) NEBRIJA: *Vocabularium utriusque iuris*, 1567, pág. 118, citado por GARCÍA AMIGO, pág. 111.

La opinión de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, anterior al C. c., que se transcribe más adelante, es totalmente explícita sobre el alcance traslativo de la cesión respecto al derecho.

En el Derecho español, los *formularios notariales*, copiando a otros anteriores, aún hablan de acción directa y acción útil, y recogen la fórmula de la *procuratio in rem suam*, pero la cesión transmite el derecho, no sólo su ejercicio, y la notificación tiene el alcance o efecto que hoy tiene en el C. c., como resulta del comentario de GARCÍA GOYENA al Proyecto de C. c. de 1851.

En nuestro siglo XIX no tenemos una escuela pandectista que con sus investigaciones altere el Derecho recibido, haciéndole, más o menos acertadamente, dar rumbo nuevo hacia un Derecho romano interpretado de modo distinto al usual, tanto respecto al título y modo (frente a la abstracción causal y al negocio real) como respecto a la identificación entre derecho—o facultad—y acción (frente a la distinción entre derecho, pretensión y acción), tanto respecto a la cesión de derecho y acción, frente a la cesión del ejercicio de un derecho ajeno, como al efecto del conocimiento de la cesión por el deudor, frente al valor constitutivo de la notificación, como a la adquisición del dominio por cesión de la acción reivindicatoria, sin necesidad de la toma de posesión. *Nuestro Derecho común continúa siendo el Derecho común del siglo XVIII y anteriores.*

2. «FEBRERO»

La realidad documental de las compraventas y cesiones al tiempo de la codificación resulta del libro de formularios más en boga en la primera mitad del siglo pasado, que es el denominado «*Librería de Escribanos*» de Josef Febrero, del que se hacen sucesivas ediciones, reformadas por distintos autores, en el que los formularios propiamente dichos se repiten, tomándolos de la práctica fundada en los formularios de las Siete Partidas, pero se ilustran con doctrina, notas y adiciones, o comentarios, más o menos interesantes y extensos según la edición y el autor.

1. Así, en la «*Librería de Escribanos, Abogados y Jueces*», «*reformada*» por el Licenciado Josef Marcos Gutiérrez (Madrid, 1807), se dice que «la cesión es como una tradición y traslación a un sujeto de las deudas, derechos y acciones que por título legítimo tiene alguno contra otro... por ella se traspasan las acciones.

La cesión es... del hombre cuando interviene hecho suyo, v.gr., venta, donación, etc.

Expresa es la que se hace con palabras expresas y claras; tácita, la que indican los hechos, como la entrega del instrumento del crédito, pre-

cediendo título hábil para la traslación del dominio principal, como si se vende la acción y se cede...

Como la cesión de acciones es uno de los contratos permitidos, pueden celebrarse... todas las transmisibles, competan contra la persona o contra la cosa, y de consiguiente... la reivindicatoria.

Muchas acciones... no pueden cederse... como son todas aquellas que están anexas a la misma persona. Tampoco se pueden ceder la acción directa como inseparable del que la tiene, sino tan sólo su ejercicio... (cita larguísima en la que se incluye la «facultad de usar de horca y cuchillo») y los derechos litigiosos deducidos en juicio.

El poder con cesión de acciones puede hacerse por título oneroso, quedando obligado el cedente o poderdante a la evicción de la deuda para satisfacer su importe al cesionario, si no puede cobrar, en cuyo caso puede ser compelido a reintegrarle no sólo de ella, sino también de los gastos y costas.»

2. El «*Febrero Novísimo*» o «*Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*» «*refundida*» por Eugenio de Tapia (3.^a ed., Valencia, 1837) es mucho más amplia que el Febrero reformado de MARCOS GUTIÉRREZ, pero, igualmente, es una especie de memorial de disposiciones, opiniones y formularios.

Al tratar de los contratos consensuales, y en especial del de compra y venta, no olvida decir que todas las cosas ... raíces, muebles o semovientes, o derechos, acciones y servidumbres, se pueden comprar y vender.

Al tratar de las cesiones dice que la cesión es un contrato por el cual un individuo transfiere a otro algunos derechos o acciones que por legítimo título le corresponden contra un tercero.

... Desprendimiento de alguna acción o derecho; ... El objeto principal de la cesión es transmitir un derecho propio a otro individuo. Así ... debe concurrir ... la voluntad y consentimiento del cedente, y ... del cesionario.

Pueden ser cedidas la acción real, la útil, ... la de reivindicación, ...

Hay acciones que no pueden ser cedidas ... la directa ... sólo se puede ceder su ejercicio ... (la «potestad de usar de horca y cuchillo») ... los derechos litigiosos deducidos en juicio.

El poder en causa propia con cesión de acciones puede hacerse por título oneroso y lucrativo. Sus circunstancias, resumidas, son las siguientes: ... deuda que se cede ... del cedente ...; causa justa; entrega de dinero y de títulos; amplio poder para demandar ... constituyéndole procurador actor en su misma causa y negocio (que se llama así a aquel a quien el dueño cede las acciones útiles o el ejercicio de las directas); cláu-

sulas generales de todo poder ...; el cedente declare no tener cedida ...; cláusula guarentigia ...

Si la cesión es por contrato oneroso de venta, la de evicción y saneamiento y la de entregar el instrumento original que legitime el crédito o cosa que le cede ...

La cesión onerosa es irrevocable.

3. La edición más apreciada fue la de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE (160), de interés especial por cuanto los comentarios de aquél sobre el Derecho vivido al tiempo de la codificación quedan recogidos en esta edición, así como en su Comentarios al Proyecto de Código civil de 1851.

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

Son dignos de destacar los siguientes comentarios:

Libro II. Título I. De las cosas o bienes, su división y modo de adquirirlos.

693. Entiéndese por cosa todo lo que puede servir al hombre de algún uso o utilidad...

694. ... Divinas y humanas, muebles e inmuebles, corporales e incorporeales.

Sección V. De las cosas privadas.

(160) «*Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, por el Ilustrísimo Señor Don FLORENCIO GARCÍA GOYENA (Magistrado Honorario del Supremo Tribunal de Justicia, Regente que ha sido de las Audiencias de Valencia y Burgos, Ministro de la de esta Corte y Antiguo Síndico Consultor de las Cortes y Diputación permanente de Navarra) y Don JOAQUÍN AGUIRRE (Doctor y Catedrático en la Universidad de Madrid).» 5 tomos, Madrid, 1841-1842.

En la edición de Febrero de GARCÍA GOYENA y de AGUIRRE los comentarios son amplísimos, prácticamente un libro de Derecho civil y procesal, criminal y administrativo, no un simple formulario comentado.

Las fórmulas son más bien pocas en relación con los comentarios.

Dividido en Libros, Títulos, Secciones o Capítulos y números (sin indicar «número», sino sólo el guarismo), como un C. c.

Hace frecuentes referencias al «*Febrero reformado*», como si fuera otro libro distinto (ej., L. II, T. II, pág. 6), incluso con expresa contradicción contra Febrero (*ídem*, pág. 11).

También transcribe textos parlamentarios franceses sobre interpretación de algunas instituciones en Francia al tiempo de discutirse el *Code*.

Hay citas de GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS, MARTÍNEZ, VINNIO, etc.

Aparte de los textos legales: Partidas, Fuero Real, Novísima Recopilación, Leyes de Toro, etc., referidas, en su caso, al número (equivalente a artículo).

Tiene un apéndice al libro II que dice: Apéndice al tratado de hipotecas. Título XVIII del C. c. francés.

derecho que tenga en la cosa que vende, *cediéndolo con cuantas acciones le competen*, al comprador y sus herederos y sucesores.

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

«El reformador de Febrero dice que debe desterrarse de nuestras escrituras, ya porque otras cláusulas o expresiones de ésta la hacen superflua, ya porque como se pone sin noticia de los interesados y sólo por estilo de los escribanos, quienes en general no la entienden, nada debe influir en los contratos, lo cual es otro motivo de su inutilidad. Por las mismas razones deben desaparecer otras expresiones redundantes, desaliñadas y oscuras para los que no son jurisperitos. Lo que afirma el reformador de Febrero de la cláusula de *constituto* puede decirse de casi todas las que se usan en las escrituras; y nosotros, fundados en las juiciosas reflexiones del señor ORTIZ DE ZÚÑIGA en su biblioteca de Escribanos, las hubiéramos omitido, a no ser muchas fundadas en las leyes, consagradas por la práctica, y necesarias para la inteligencia de las escrituras extendidas con arreglo a las mismas» (161) (161 bis).

(161) El formulario de *escritura de venta de casa*, idéntico al de ediciones anteriores, es como sigue:

En tal villa, á tantos del mes del año de tantos, ante mí el escribano y testigos, Francisco Aguado, vecino de ella, dijo que por sí, y en nombre de sus hijos, herederos, sucesores, y de quién de ellos hubiere título, voz y causa en cualquier menester, vende y da en venta real y enagenación perpetua por juro de heredad para siempre jamás á Santiago Giménez, vecino también de ella, y á los suyos, una casa, sita en la calle de tal de esta villa, que le pertenece en posesión y propiedad, y se compone de cuarto bajo, principal y segundo: tiene tantos pies de fachada y tantos de fondo, con lo que toca de medianerías, que multiplicados estos números, componen tantos pies de área plana: linda por la mano derecha, entrando en ella, con una de Pedro Rodríguez, por la izquierda con otra del otorgante, por las espaldas con corral de Juan Méndez, y por la fachada con dicha calle, y en lo antiguo fue de N., quién, por escritura que otorgó en esta villa, á tantos de tal mes y año, ante N., escribano de su número, la vendió á N. (Aquí se relacionarán, si se quiere, los títulos de pertenencia, y luego proseguirá:) por cuyos títulos corresponde en posesión y propiedad al otorgante, el cual declara y asegura no tenerla vendida, enagenada ni embargada, y que está libre de tributo, memoria, capellanía, vínculo, patronato, fianza, y de otro gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso, y como tal se la vende con todas las entradas, salidas, fábricas, contro, vuelo, usos, costumbres, regalías, servidumbres y demás cosas anejas que ha tenido, tiene y le pertenecen según derecho, por tantos mil reales que le entrega, y pasa á su poder real y efectivamente en este acto, en tales monedas (Se expresará las que sean), que contadas, los importaron; de cuya entrega y recibo doy fé, por haberse hecho á mi presencia y de los testigos que se nomi-

Título LIX. De la cesión de bienes y de acciones.

Sección 2. De la *cesión de acciones*.

4.019. La cesión de acciones es la *traslación de un derecho*, verificada a favor de un tercero, o más bien un contrato por el cual uno transfiere a otro el crédito, derecho o acción que le pertenece contra un tercero.

narán: y como pagado y satisfecho de ellos á su voluntad, formaliza á favor del comprador la más firme y eficaz carta de pago que á su seguridad conduzca (Si el dinero no pareciere de presente por haberse entregado antes, confesará el vendedor haberlo recibido, y renunciará la ley 9, del tít. 1, Part. 5): y asimismo declara que el justo precio y verdadero valor de la referida casa son los tantos mil reales, y que no vale más, ni halló quién tanto le haya dado por ella; y si más vale o valer puede, del exceso en poca ó mucha suma hace á favor del comprador y de sus herederos y sucesores gracia y donación pura, perfecta e irrevocable en sanidad, con insinuación y demás firmezas legales, y renuncia la ley 2, tít. 1, lib. 10, Nov. Rec., que trata de los contratos de venta, trueque, y de otros en que hay lesión en más ó menos de la mitad del justo precio, y de los cuatro años que prefiere para pedir su rescisión ó suplemento á su justo valor, los que da por pasados, como si efectivamente lo estuvieran. Y desde hoy en adelante para siempre se desapodera, desiste, quita y aparta, y a sus herederos y sucesores, del dominio o propiedad, posesión, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le competa á la enunciada casa: lo cede, renuncia y traspasa con las acciones reales y personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas en el comprador, y en quien la suya represente, para que la posea, goce, cambie, enagene, use y disponga de ella a su elección, como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título. Y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administración, y constituye procurador actor en su propia causa, para que de su autoridad ó 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 trasferidosele, y en el ínterin se constituye su inquilino tenedor y poseedor en legal forma. Y se obliga á que dicha casa será cierta, segura y efectiva al comprador, y nadie le inquietará ni moverá pleito sobre su propiedad, posesión, goce y disfrute, ni contra ella aparecerá gravamen alguno; y si se le inquietase, moviere ó apareciere, luego que el otorgante y sus herederos y sucesores sean requeridos conforme á derecho, saldrán a su defensa, y lo seguirán á sus expensas en todas instancias y tribunales, hasta ejecutoriarlo, y dejar al comprador y á los suyos en su libre uso y quieta y pacífica posesión; y no pudiendo conseguirlo, le darán otra de igual valor de fábrica, sitio y renta y comodidades, y en su defecto le restituirán la cantidad que ha desembolsado, las mejoras útiles, precisas y voluntarias que á la sazón tenga, el mayor valor y estimación que con el tiempo adquiriera, y todas las costas, gastos, daños, intereses ó menoscabos que se le siguieron ó causaron, por todo lo cual se les ha de poder ejecutar sólo en virtud de esta escritura y juramento, del que la posea ó de quien la represente, en quien defiere su importe, y le releva de otra prueba: y á la observancia de todo lo referido obliga su persona y bienes. (Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumisión y renunciación de leyes que en otra cualquiera escritura de obligación, de que traté en el párrafo 60 y siguientes.); y si el comprador quiere, puede hacer igual donación del menos valor de la finca á favor del vendedor, que la que éste le hace del mayor, y renunciar la misma ley del Ordenamiento, con lo cual ninguno podrá reclamar la venta. La ley 56, tít. 18, Part. 3, trae extendida esta escritura.

(161 bis) Este formulario está inspirado en el de *Las Siete Partidas*, que, a su vez, se inspiró en el de Rolandino, y dice así:

LEY LVI. Título XVIII. Partida 3.ª—Como deue ser fecha la carta de la vendita.

3. OPINION TRADICIONAL: GOMEZ DE LA SERNA Y MANRESA

En España, al tiempo de la codificación, publicado en 1852 el Proyecto de Código civil de 1851, junto con la «interpretación auténtica» de FLORENCIO GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del*

judiciales y extrajudiciales que se requieran; y el otorgante practicaría, hasta conseguir plenamente su cobro, cuyo fin le constituye procurador actor en su propia causa y negocio, y en su lugar, grado y prelación con subrogación en forma. Se desiste y aparta del derecho que á ellos tiene; le cede todas las acciones que le competen para que use de ellas a su elección; aprueba y ratifica cuanto ejecute: quiere sea tan subsistente como si por sí mismo lo hiciera, y que todos los autos y diligencias que contra el citado deudor se practiquen, le perjudiquen, como si con su propia persona se siguieran, sustanciaran y determinaran: y se obliga igualmente a la evicción, seguridad y saneamiento del expresado crédito, y á que será cierto, efectivo y cobrable dentro de tanto tiempo; pero si lo contrario sucediere, ó se difiere su cobranza, constando alguna de estas cosas por diligencia judicial, le pagará incontinenti su importe ó lo que de este deje de percibir, y todas las costas, gastos, perjuicios y menoscabos que se le irroguen con sola su relacion jurada, ó de quien le represente, sin mas prueba de que le releva, por todo lo cual se ha de poder despachar ejecución y apremio contra él; y en estos casos queda de su cuenta, cargo y riesgo su cobranza, y no de la del acreedor. Declara también no tenerlo cedido, cobrado, ni remitido, y se obliga á no cederlo, disponer de él en manera alguna, ni revocar total ni parcialmente esta cesión y si lo hiciere, á mas de ser nulo, consiente que por el mismo hecho se le estreche y compela á su solución por todo rigor legal, y condene en tanto, que por pena se impone, para que se le exija y entregue al acreedor, y no se le admita excepción, pues renuncia todas las que le favorezcan, y quiere que se haga saber esta cesion al mencionado Antonio para que la acepte, y le conste, y á nadie mas pague ni reconozca por dueño de dicho crédito que al referido Juan Rodríguez. Y al cumplimiento de todo lo expresado obliga su persona y bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes.

(162 bis) LEY LXIV. *Título XVIII. Partida tercera.*—Como deue ser fecha la carta quando vn ome a otro vende el derecho que el ha en alguna cosa.

Venden los omes a las vegadas los derechos que han en algunas cosas: e la carta de tal vendida como esta deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, como Pero Garcia vende, e da, e otorga Garcia Yuañes todo el derecho que el ha contra Alfonso Perez, e contra sus herederos, e contra sus bienes, por razon de tantos marauedis: de los quales dize el vendedor sobredicho que Alfonso Perez le es obligado de manera que non se puede escusar que los non pague: assi como se demuestra por la carta de la debda que fue fecha por mano de tal escriuano publico de la qual carta lo entrego el, faziendolo personero, para demandar aquella debda, assi como su cosa, poniendole en su lugar, e otorgole poderio, para poder demandar aquella debda: e la pena e los daños, e los menoscabos, assi como dize la carta sobredicha, que fue fecha contra Alfonso Perez, bien assi como el vendedor lo podria fazer en juyzio, e fuera de juyzio: e esta vendida fizo, por precio de tantos marauedis: los quales el sobredicho conto: e dio al vendedor ante el escriuano publico, e los testigos que son escritos en esta carta, e el vendedor de suso nombrado otorgo, e prometio por si, e por sus herederos al comprador sobredicho, e a los que lo suyo heredaren que esta vendida, e este otorgamiento que el fizo siempre lo aura por firme, e que nunca fara nin verna contra ello, e que de esta debda nunca fizo enagenamiento, a ome ninguno nin le

Código civil español), fracasada su aprobación e iniciado el sistema de publicación de leyes especiales, entran en vigor primero la Ley Hipotecaria de 1861, que encomienda los Registros de la Propiedad a Letrados calificadores, así como la Instrucción para redactar instrumentos públicos sujetos a Registro (2 de junio de 1861), y después la Ley del Notariado de 1862, que exige para los antes llamados Escribanos haber cursado los estudios o ser Abogado. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (1863), que en la dis-

fue pagada nin lo quito. E demas que todos quantos daños e menoscabos, costas e misiones fiziere el comprador en juyzio, e fuera de juyzio por razon que esta vendida non fuesse desembargada assi como sobredicho es: que el vendedor sobredicho, e sus herederos sean tenudos de gelas refazer so la pena del doblo del precio de suso dicho, e la pena pagada o non que siempre sea la vendida valedera, e que tantas vegadas le pueda esta pena demandar quantas el vendedor, o sus herederos fizieren, o fuesse fallado que ouiesse fecho contra lo que en esta carta dize. E porque todas estas cosas sean bien guardadas obligo el vendedor a si, e a sus herederos, e a todos sus bienes al comprador e a sus herederos, e de si deue dezir en la carta todas las otras cosas, assi como dize en la carta de la vendida.

(1863) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA fue un gran jurista y su criterio prevaleció en el período codificador. Nació en 1806 (en Mahón) y murió en 1871 (en Madrid). En 1827, a sus veintitún años, era ya Catedrático de Derecho romano y también Catedrático de Instituciones civiles (Derecho civil); en 1831, a sus veinticinco años, Catedrático de Práctica Forense (Derecho procesal), y más tarde fue Catedrático de Legislación Comparada en la Universidad de Madrid, Rector de la misma, Ministro de Educación (1843), Presidente del Tribunal Supremo (1869), Ministro de la Gobernación y Ministro de Justicia. Por tanto, puede asegurarse, sin duda alguna, que conocía bien el Derecho civil español, sustantivo—Común y Patrio—y procesal, así como Derecho extranjero; no sólo era un romanista. Además, lo conocía no sólo como profesor, sino como profesional práctico. Frente a FLORENCIO GARCÍA GOYENA (y LUZURIAGA), «padre» y comentarista «auténtico» del Proyecto de Código civil de 1851, logra imponer su criterio de mantener el tradicional sistema español del título y el modo, acomodándolo a las necesidades del momento, al intervenir primero en la discusión parlamentaria del Proyecto de Código civil de 1851 y luego en la preparación de la Ley Hipotecaria de 1861, de la que—en este punto concreto—puede considerarse «padre», y su Exposición de Motivos de la Ley, así como sus comentarios a ella (*la Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera*, Madrid, 1862), han de considerarse, al menos a estos efectos, tan «auténticos» como los comentarios de GARCÍA GOYENA al entonces Código civil en proyecto, desde hacía diez años (1851). Además, por si esto fuera poco, también intervino en la Comisión y redactó la Exposición de Motivos de la primera Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y fue el autor de la obra que mejor explica la intención y plan de aquella, según GÓMEZ ORBANEJA. Es justo y necesario... no olvidarlo cuando se ensalza a LUZURIAGA, acaso en demasía. GÓMEZ DE LA SERNA representa la realidad de la Ley Hipotecaria, y LUZURIAGA, para algunos, un ideal soñado.

Por otra parte, la *doctrina española coetánea* no alcanzaba, ni con mucho, la altura de los pandectistas alemanes de la talla de SAVIGNY, IHERING, WINDSCHEID. Es dudoso que se conocieran en España los estudios sobre la cesión de créditos de Mühlénbruch y su escuela; WINDSCHEID publicó su estudio sobre la acción en 1856, y IHERING el suyo sobre la cesión de la acción reivindicatoria en 1857, poco después de aparecer el Proyecto de Código civil de 1851 y poco antes de aprobarse la Ley Hipotecaria de 1861. Además, la ciencia romanista alemana e italiana permite hoy conocer el Derecho romano más depuradamente que entonces, cuando se

cusión parlamentaria ha arremetido contra el Proyecto de Código civil de 1851, inspirado en el sistema francés de transmisión por el solo consentimiento, defendiendo, en cambio, el tradicional sistema español del título y el modo, en 1862 publica sus *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, de los que, por su importancia decisiva para el tema que se trata, conviene transcribir algunos textos.

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

«El célebre jurisconsulto PAULO, dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el *Digesto* entre las reglas del Derecho: *Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (Ley 15, Tít. XVII, Libr. L del *Dig.*) (164). Esta regla no debe ser entendida literalmente, porque sin duda es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente escribió POMPONIO (Ley 204 del mismo título y libro); lo que quiere decir es que, por ficción del Derecho, el dominio de la cosa no poseída por el dueño está *reemplazado* por la acción reivindicatoria (165), a lo que es consiguiente que ésta toma el carácter de cosa inmueble cuando se refiere a la propiedad de cosas raíces. Esta ha sido la doctrina corriente entre los jurisconsultos de todas las épocas. POTHIER (*Communauté*, núm. 69) dijo a este propósito: *actio ad mobile est mobilis; actio ad immobile est immobilis*. Entre nosotros esta doctrina ha sido aceptada: nuestros jurisconsultos han seguido la escuela de los romanos, como lo han hecho por regla general los demás Estados de Europa. El Código civil francés ha ido más adelante: ha elevado a ley la máxima romana, declarando que por el objeto a que se aplican son bienes raíces las acciones reivindicatorias de cosas inmuebles, ejemplo (166) imitado en otros Códigos modernos. A esto parece adherirse

aplicaba el Derecho romano recibido, como Derecho común, en cuanto no se opusiera al Derecho patrio.

Por esto, es de gran interés el criterio «auténtico», *doctrinal* y *práctico* de GÓMEZ DE LA SERNA.

Sobre la pugna entre GÓMEZ DE LA SERNA y LUZURIAGA en el Senado, véase JORDÁN DE URRÍES (PABLO): *Significado y propósito de la Ley Hipotecaria de 1861*. T. XIV. A.A.M.N. (Conf. 3 enero 1961), págs. 8 y ss.

(164). «El que tiene una acción—real—para recuperar una cosa parece tener como propia aquella cosa» (D. 50, 17, 15, Paul. 4 Sab.), según traduce D'ORS.

(165) Esta afirmación es fundamental: la acción reivindicatoria, que defiende la titularidad del derecho, «representa» al derecho mismo, lo «reemplaza», dice LA SERNA. Derecho de propiedad y acción reivindicatoria son *inseparables* (o *sinónimos*); es el sentido claro de la interpretación de la citada regla.

(166) En el Código civil francés se dice (art. 526) que son inmuebles por el objeto al que se aplican: el usufructo de cosas inmuebles, las servidumbres prediales y «las acciones que tienden a reivindicar un inmueble».

nuestro proyecto de Código civil (art. 380: Son bienes inmuebles. Las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles) (167). No creemos, pues, que haya motivo para excluir de la inscripción las acciones reivindicatorias de inmuebles: haciéndolo nos pondríamos en contradicción con nuestros precedentes.

Pero no sólo por esta consideración opinamos así: hay otras más fuertes que nos moverían a ello, aunque no encontráramos ni textos expresos ni doctrina recibida en este sentido (168). El que traspasa a otro la acción reivindicatoria de una cosa inmueble no le traspasa la misma cosa; lejos de esto, al adquirente se transfiere solamente un derecho, más o menos dudoso, más o menos contestable: su acción ha de correr los azares de un pleito (169); pero si llega a triunfar, si la acción que antes representaba al dominio es reemplazada por la declaración judicial del dominio del mismo, no puede decirse que este dominio, que esta propiedad, tiene como título la sentencia; ésta sólo se ha limitado a hacer la declaración de una cuestión litigiosa, no a transferir la propiedad: el derecho del adquirente arranca *de la compra*, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción: el fallo ha hecho solamente depurar el derecho, dar al adquirente lo que a no habérselo traspasado la acción no le correspondería, poner límite a las alternativas y terrores del litigio, y considerar como dueño al cesionario, no desde el día de la ejecutoria, sino desde el traspaso de la acción, lo que es una prueba de que este acto fue el traslativo del derecho real (170).

(167) GARCÍA GOYENA (v. Com. art. 380 P.; 334, 10.º, C. c.), para argumentar que las acciones reales relativas a inmuebles son inmuebles, cita en 1852 aquella misma regla (D. 50, 17, 15) que cita LA SERNA al comentar la Ley Hipotecaria, en 1862.

(168) LA SERNA considera suficientemente fundada la doctrina recibida, apoyándola en aquella regla del Derecho, pero la argumenta detenidamente, teórica y prácticamente, para destacar que es indudable y coherente.

(169) Distingue la *cosa*, o sea, el derecho de propiedad de cosa poseída por su propietario, del *derecho de propiedad* sobre la cosa que no posee el propietario. Se puede apreciar aquí la tradicional identificación entre la cosa poseída y el derecho de propiedad que la cosa poseída «representa», así como la distinción entre cosa corporal y derecho o cosa incorporeal, y la identificación o sinonimia o inseparabilidad entre la acción reivindicatoria y el derecho de propiedad sobre cosa no poseída por el propietario, al que la acción «representa» o «reemplaza».

(170) El título o causa de adquisición del derecho de propiedad es el contrato de compra, de cesión, de la acción, aunque para que éste se transmita se requiere el pago del precio (o su aplazamiento o garantía) en el Derecho anterior al Código civil de 1889.

La sentencia no es constitutiva de la adquisición, sino declarativa de la adquisición del derecho de propiedad, desde el traspaso de la acción; la compraventa fue el acto traslativo del derecho real, mediante el pago del precio (o su aplazamiento o garantía).

No se alude a la obtención de la posesión de la cosa como requisito para la adquisición del derecho de propiedad; el derecho se adquiere por la perfección

Ni se crea que esta cuestión es más especulativa que práctica: si lo creyéramos así no la habríamos propuesto. El caso de comprar, de ceder acciones reivindicatorias y de celebrar otros contratos o actos relativos a su enajenación es bastante frecuente (171): puede suceder muy bien que aquel a quien corresponde la acción la cede primero a uno y después, u olvidado de la cesión hecha, o por mala fe, y cometiendo un estelionato, se la ceda a otro; y este caso, si bien no frecuente, no es tan raro como de desear fuera: si no se considerase como bien inmueble la acción reivindicatoria sucedería en este caso que aquel a quien se hubiesen entregado los documentos sería el verdadero dueño de la acción, porque la entrega le transfirió el dominio, sin que ningún otro pudiera disputárselo; mas si se reputa raíz, como creemos, el dueño será el que haya inscrito su derecho, aunque sea el segundo cesionario. Y si el que recibió documentación e hizo escritura no hubiera inscrito su derecho y, sin embargo, siguiese el pleito y, lo que es más, triunfara, el triunfo en último resultado no vendría a aprovecharle a él, sino al que oportunamente hubiese inscrito en el Registro su derecho si entablara un segundo litigio, porque no podría menos que sucumbir en él el que por su negligencia había dejado de cumplir con el requisito de la inscripción» (172).

de la compraventa, mediante el pago del precio, y la obtención de la posesión es consecuencia del derecho de propiedad anteriormente adquirido.

(171) La afirmación terminante de que no se trata de un simple «caso de escuela», sino de un supuesto «bastante frecuente» (en la práctica mercantil y judicial), es muy reveladora.

(172) La *doble cesión* de la acción reivindicatoria se considera «no tan rara como desear fuera», con buena o mala fe del vendedor, y la Ley Hipotecaria es aplicable al supuesto (el art. 23, hoy 32, y el art. 20).

Podría entenderse, según este pasaje, que la entrega de los títulos de pertenencia, o sea, de la documentación del vendedor, en todo caso, es cumplimiento de su obligación de entregar, y que la entrega de la documentación transfiere el dominio, por causa de la compraventa, si se ha pagado el precio o se ha aplazado o garantizado su pago.

Pero anteriormente el autor ha dicho que el derecho del adquirente arranca de la compra, de la cesión, de la causa legítima en virtud de la cual adquirió la acción. Claro que el vendedor está obligado a entregar al comprador los títulos de pertenencia de su derecho, pero como obligación complementaria, para facilitarle el que pueda hacer valer su derecho, transmitido por la compraventa-cesión, mediante el pago del precio o pacto de aplazamiento, según el Derecho anterior al Código civil de 1889.

Ahora bien, en el caso de doble venta-cesión con precio aplazado de la acción reivindicatoria de una cosa inmueble, podrá resultar adquirente el segundo comprador inscrito, de buena fe, conforme a la legislación registral. Tratándose de acción reivindicatoria de cosa mueble o inmueble no registrada sería propietario el primer comprador, si hubiese cumplido su obligación de pagar el precio (salvo pacto de aplazamiento), al que normalmente se le entregarían los títulos de pertenencia del derecho; mediante el pago del precio y no mediante la entrega de los títulos se le transmitió la acción o el derecho, pero la tenencia de los títulos hace presumible la prioridad de la compra-cesión y del pago del precio, frente a cualquiera que

En otro lugar, como apéndice final al *comentario del artículo 20* de la L. H. de 1861 (pág. 553, nota a), dice PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA que «se ha impugnado la tesis de que las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción y manifiesta textualmente: Respetamos todas las opiniones, y con la mejor voluntad reconocemos los errores en que, a pesar de la más detenida reflexión, podemos incurrir. No hemos tenido nunca inconveniente en reformar una opinión después de haber sostenido otra diferente cuando estudios más profundos y concienzudos nos han hecho conocer que nos habíamos equivocado. Este es un deber de lealtad, una obligación de conciencia que no deben excusarse de llenar los que toman sobre sí la misión de escribir para el público. Pero en el caso actual no tenemos que corregirnos, sino, por el contrario, repetir una vez más que *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*. (Lo aquí subrayado está en bastardilla en el original.) Para demostrarlo hemos dicho lo bastante en el comentario al artículo 2.º (págs. 260 a la 261 de este tomo), donde, aunque sucintamente, examinamos la cuestión bajo el doble aspecto de la teoría y de la práctica. Dando, pues, por reproducido lo que allí dijimos, nos limi-

alegue ser el primer cesionario con precio pagado, aunque sin perjuicio de la prueba contraria a la presunción expresada.

No obstante, ha de tenerse presente que GÓMEZ DE LA SERNA parece estar pensando en la compra-cesión expresa de la acción reivindicatoria, no sólo contratada (perfeccionada), sino consumada en cuanto a la transmisión del derecho vendido, al estar formalizada en la escritura tradicional, con cláusulas expresas de cesión de derechos y acciones, y de entrega de títulos, y también con cláusula de precio pagado (confesado, entregado en el acto o aplazado, con o sin garantía), requisito o *condicio iuris* de la transmisión de la propiedad, tanto si la cosa es poseída por el vendedor y se transmite su posesión, real o ficticiamente (normalmente, por *constituto posesorio* instrumental), y mediante la transmisión de la posesión se transmite el derecho de propiedad, como si la cosa no es poseída por el vendedor y, sin transmisión de posesión, ni real ni ficticia, se transmite y adquiere el derecho de propiedad, en este caso por la venta-cesión de la acción reivindicatoria, mediante pago del precio o pacto de aplazamiento del mismo. Hay que insistir en que el Derecho español anterior al Código civil de 1889, para la transmisión de la propiedad de la cosa vendida poseída por el propietario poseedor, requiere el cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar, pero también el cumplimiento de la obligación del comprador de pagar el precio, salvo pacto de aplazamiento del pago, con o sin garantía.

Así, la escritura en que parece pensar GÓMEZ DE LA SERNA al redactar su comentario, acredita la fecha de la perfección y consumación de la transmisión de la acción reivindicatoria, salvo prueba de otra anterior venta con transmisión consumada por el pago del precio.

En el Código civil de 1889, cuando el pago del precio por el comprador ya no es *condicio iuris* para la transmisión del derecho del vendedor al comprador, la doble cesión de la acción reivindicatoria, o sea, del derecho de propiedad de cosa no poseída por su propietario, se resuelve simplemente a favor del que «presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe» (art. 1.473, inciso final, Código civil), es decir, salvo prueba de mala fe del que presenta tal título porque conocía, al formalizarse el título, la existencia de una cesión anterior, aún no titulada formalmente.

taremos a añadir algunas palabras sobre el argumento con que se nos impugna.

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

Para que se conozca la ninguna fuerza del argumento que se ha querido presentar con la forma de dilema, basta considerar que no es exacto que aquel a quien corresponde el dominio no tenga a veces la necesidad de reivindicarlo; por el contrario, sólo el que es dueño puede reivindicar, y este es el único medio que tiene para obtener material y físicamente la cosa que legalmente es suya y está poseída o detentada por otro (173). La acción real por excelencia o reivindicatoria sólo se da al que es dueño contra el que posee, para que entregue la cosa que indebidamente retiene. *In rem actio est*, dice ULPIANO (par. inicial de la Ley 25, Tít. VII, Libro XLIV, del *Digesto*), *per quam rem nostram quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet*. Esta es también la doctrina de nuestras leyes, como la de todas las naciones: es la ciencia; la Ley 2.^a del Título III, Partida III, dice: «Pidiendo el demandado en juicio alguna cosa por suya, deve catar el demandado a quien la pide, que non entre en pleito sobre ella, si la non teniese». Así, se ha dicho siempre que la reivindicación es la acción que compete al dueño de la cosa contra el que la posee o es considerado por el Derecho como poseedor, para que la entregue con sus frutos y accesiones.

Esto es lo que también diariamente sucede en la práctica, en que son tan frecuentes los juicios de reivindicación de inmuebles contra los que sin ser dueños las poseen de buena fe unas veces, y de mala fe otras. No creemos que haya quien crea que lo que sucede hoy cese por completo desde que empiece a ejecutarse la Ley Hipotecaria, si bien es de presumir y de desear que sea en mucha menor escala. Lo demás sería suponer el imposible de que esta ley había de producir el milagro de que no hubiera en adelante poseedores injustos, ni usurpadores, ni personas que creyéndose de buena fe dueños de la finca ajena que poseían estuvieran dispuestos a sostener el que conceptuaran su derecho, negándose por lo tanto a dejar libre al que extrajudicialmente reclamase (174). Por más confianza, y es grande la nuestra, que tengamos en que la Ley Hipotecaria ha de atajar muchas de estas cuestiones, en que ha de cortar frecuentemente el vuelo a usurpaciones y fraudes, en que ha de dar más

(173) La acción reivindicatoria, que «le queda» al propietario, representa al derecho de propiedad y es inseparable del mismo.

(174) Se indican varios supuestos de poseedores contra los que cabe ejercitar la acción reivindicatoria cesible.

fijeza y seguridad al dominio y a los demás derechos en las cosas inmuebles y en que ha de impedir adquisiciones que se han hecho hasta ahora con buena fe, reputando por dueño al que no lo es, estamos muy lejos de imaginar que produzca el resultado prodigioso de hacer desaparecer las reivindicaciones, lo que supondría imposible el caso de que la finca cuyo dominio estuviera inscrito a nombre de uno pudiera ser poseído injustamente por otro. Esto sería alcanzar el bello ideal a que nunca llegaron las obras de los hombres.

De lo dicho se infiere que el que tenga el dominio inscrito a su favor podrá reivindicar la finca en todas las ocasiones en que otro la posea, y diremos más, que no tendrá otro remedio legal para conseguirlo. Véase, pues, cómo el propietario que tiene inscrito su derecho tiene la acción reivindicatoria para poder reclamarlo del que posee la finca. Y no tendrá, como se supone, que provocar la cuestión de quién es el dueño que posee la finca registrada a su nombre con el número ... al folio ... del libro de la propiedad. Esto no sería reivindicar: el que reivindica, según las leyes, tiene que formular su petición de modo diferente: tiene que afirmar que es dueño de la cosa, asegurar que está poseída por otro, expresar la persona determinada que la posee y presentar los *títulos en que funda su acción* (175), que en el presente caso partimos del supuesto de que están inscritos, y en virtud de todo, solicitar que el juez mande que el poseedor deje libre y desembarazada la finca, restituyéndola con todos los frutos y rentas que haya producido o podido producir desde el tiempo en que injustamente se haya detentada.

Pero el que tiene el dominio inscrito cuando su cosa se halla poseída por otro puede preferir, para libertarse de las molestias, de los gastos y de las responsabilidades de un juicio, traspasar a un tercero la acción reivindicatoria, y así implícitamente todos los derechos que tenga en la cosa inmueble: de esta facultad nadie puede dudar, porque las acciones reales del mismo modo que las personales y mixtas son enajenables en los casos en que no hay una prohibición expresa en la ley. Esto es incuestionable (176), y la práctica ha enseñado el modo de ejecutarlo, satisfaciendo la condición que suelen poner los enajenantes de que se entienda que sólo traspasan o ceden el derecho que les corresponde, sin que estén obligados a la evicción o saneamiento en el caso de no salir el adquirente airado de su pleito; al efecto, después de hacer mención de que la finca objeto de la escritura es propia del enajenante y que está poseída injustamente por otro, en lugar de expresar que se transmite su

(175) Título a efectos de ejercicio de la acción reivindicatoria es el fundamento del derecho de la acción.

(176) «Es incuestionable» que la cesión de la acción reivindicatoria transmite el derecho de propiedad «implícitamente».

dominio, se dice que se traspasa el derecho que ha y tiene en la expresada finca, y en lugar de la cláusula de saneamiento y evicción se pone la que es propia de las cesiones de derechos, a saber, que responde el enajenante de la certeza y pertenencia del título, y se limita a obligarse ulteriormente sólo a las responsabilidades que dimanen de sus actos, como si molesta al cesionario o hace a favor de otro cosa que puede perjudicarlo. Es verdad que estas cláusulas pueden ser sustituidas por otras a voluntad de las partes; pero las personas previsoras, que al enajenar las acciones suelen hacerlo con condiciones muy ventajosas, si se comparan con los que traspasan el dominio de lo que poseen, no suelen descuidarse en fijar cláusulas que los pongan a cubierto de tener que resarcir a los adquirentes de las acciones, en el caso de que no les sea favorable el éxito del pleito (177). Estas acciones reivindicatorias de bienes inmuebles deben inscribirse en el Registro por las razones que dejamos expuestas cuando examinamos esta cuestión, y damos aquí por reproducidas.

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

Concluimos diciendo que ni hemos dicho ni podíamos decir que se puede inscribir el título de enajenación de una acción real sobre un inmueble, sin que antes esté inscrito a favor del enajenante o cedente. Siempre hemos procurado hablar dentro de las condiciones de la ley, explicándolas rectamente, aunque desconfiando de nuestro trabajo (178).

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

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

Como resumen de dichas opiniones, basta considerar lo que, mucho

(177) Se alude, como usual en la práctica notarial, a las cláusulas de cesión y a las de exención de responsabilidad por evicción.

(178) Se refiere a la necesidad de que se cumpla el principio de tracto sucesivo del artículo 20 L. H., que es el que está comentando.

más tarde, escribe MANRESA (179) en sus *Comentarios al Código civil español*: «¿Puede en el Registro ser objeto de inscripción la cesión de acción reivindicatoria? No creemos sea inoportuno el tratar, aunque sea a la ligera, esta cuestión, tan íntimamente relacionada con la propiedad.

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

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

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

El señor MORELL, en su modernísimos *Comentarios*, resuelve con claridad y exactitud el problema de que se trata: Las acciones, dice, no son otra cosa que medios concedidos por las leyes para ejercitar en juicio el derecho que nos compete. El derecho no se concibe sin acción para hacerlo valer en caso necesario; pero las acciones por sí solas no son derechos. *La cesión de una acción reivindicatoria o significa la cesión del derecho que esa acción representa o sólo envuelve un apoderamiento o mandato.* En el primer caso el acto será inscribible si el derecho recae sobre bienes inmuebles o derechos reales, no en cuanto cesión de acciones, sino en cuanto cesión de derechos. En el segundo caso no hay acto inscribible (T. I, pág. 437)» (180).

El mismo MANRESA (181) insiste en que la acción reivindicatoria es *inseparable* del dominio. Literalmente dice lo siguiente:

... La sentencia firme que determina el hecho de la evicción, ¿es menester que recaiga en un procedimiento en el cual el comprador sea precisamente demandado? Así parece deducirse de la letra de los artícu-

(179) JOSÉ MARÍA MANRESA (1818-1905) puede recordarse que fue Fiscal de la Audiencia de Madrid (1867) y Magistrado del Tribunal Supremo (1880); perteneció a la Comisión de Códigos durante la época de preparación del *Código civil vigente* (1888-1889), y antes fue el primero de los vocales (aparte el Presidente, ALONSO MARTÍNEZ) de la Comisión redactora de la *vigente Ley de Enjuiciamiento Civil* y autor de su Exposición de Motivos (1881). Por su formación y su participación en la redacción de estos Códigos, Procesal y Civil, vigentes, no cabe duda que merecen gran respeto sus *Comentarios* a la L. E. C. (6 vols., 1881-1895) y al *Código civil* (12 vols., 1890-1907). Desde luego, también conocía el Derecho patrio, sustantivo y procesal, vivido antes y después del Código civil, habida cuenta de su función fiscal y judicial.

(180) MANRESA y MORELL distinguen la *cesión* propiamente dicha de la acción o del derecho, de la *cesión impropia*, en la que sólo se confiere un poder para ejercitar la acción ajena o el derecho ajeno.

(181) MANRESA, *ob. cit.*, t. X, pág. 207.

los 1.481 y 1.482, que hacen depender el derecho al saneamiento del hecho de la notificación de la demanda que contra el comprador se dirige...

Un tercero promueve contra el comprador interdicto de retener o de recobrar la posesión y obtiene resolución en su favor (182). El comprador, entonces, pretende reivindicar el objeto o finca o derecho que le ha sido arrebatado, y para ello notifica oportunamente al vendedor. Si seguido el juicio se declara que la propiedad pertenecía al que interpuso el interdicto, ¿puede interponerse contra el vendedor la acción de evicción para obtener el saneamiento?

En nuestra opinión, sí. ¿Qué importa que el comprador haya sido demandado o demandante en ese pleito? Lo cierto es que en el procedimiento adecuado, por mandato del juez competente y en virtud de causa anterior a la compra (lo cual se supone en el ejemplo propuesto), el comprador se ha visto desposeído de la cosa comprada. Estos hechos, y no otros, son los que dan lugar al saneamiento, y a ellos hay que atender: el que el comprador sea demandante o demandado es cuestión puramente circunstancial que nada puede influir en la efectividad de los derechos. Debe exigirse al comprador, desde luego, que antes de interponer el juicio ordinario requiera al vendedor para que le defienda o le suministre medios de defensa; pero una vez cumplido este requisito, que viene a ser en este caso lo que la notificación de la demanda en el caso de que el comprador sea demandado, el derecho de éste al saneamiento es indudable.

Pero la acción reivindicatoria, ¿podrá entablarla el comprador? ¿No será más bien un derecho o, si se quiere, hasta una obligación del mismo vendedor que responde de la evicción? Para nosotros, *la acción reivindicatoria es inseparable del dominio*, y como el dueño, mediante la tradición, es el comprador, a él corresponde entablar la acción, aunque el vendedor le preste ayuda y defensa.»

Como se ve, GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA consideran la cuestión de que se trata desde todos los puntos de vista, *sustantivo, procesal, notarial y registral*.

Sus opiniones, ambas muy cualificadas, teórica y prácticamente, son coincidentes, y no puede caber duda de que responden a la realidad jurídica.

La opinión de GÓMEZ DE LA SERNA refleja la situación puramente civilista (extrarregistral) anterior al C. c. y continúa siendo válida, después

(182) Es la llamada *evicción de posesión*: «aparentemente» se entrega la cosa, aparentemente se transmite la posesión de la cosa, por ejemplo, por tradición ficticia por *constituto posesorio*, pero el vendedor no es realmente poseedor, y un tercero después es declarado poseedor en un juicio *posesorio*.

de éste, para la venta por el propietario no poseedor, salvada la reforma, que el Código introduce, respecto al pago del precio, que ya no es requisito para la transmisión de la propiedad.

La opinión de MANRESA confirma, después de entrar a regir el C. c., el principio fundamental de que la acción reivindicatoria se considera inseparable del derecho de propiedad.

En resumen, la venta con cesión expresa de la acción reivindicatoria se ha considerado tradicionalmente, antes y después de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del C. c., por civilistas y procesalistas, teóricos y prácticos, como *cesión del derecho de propiedad*, «representado» por la acción reivindicatoria, y que ésta (la acción reivindicatoria) es *inseparable* de aquél (el derecho de propiedad). Esto, sin perjuicio de que se convenga un mandato o un apoderamiento para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que no implica cesión del derecho de propiedad, por lo que, en tal caso, sólo impropriamente podrá hablarse de convenio de cesión.

También podría decirse que se vende y cede el derecho de propiedad sin la posesión en concepto de dueño de la cosa o, con menos palabras, pero quizá con menos claridad, que se vende y cede la propiedad, pero no la posesión de la cosa; el comprador obtendrá la posesión por sí mismo. Desde luego, se supone que el vendedor es titular del derecho de propiedad, por lo que la sentencia, en principio, será estimatoria de la reivindicación. De no ser así estaríamos en el caso de venta de cosa ajena.

4. OPINION PANDECTISTA PSEUDAJURISPRUDENCIAL

Más tarde, el tema queda totalmente desenfocado en las *Contestaciones a los programas de oposiciones a Notarías y a Registros*, de CASTÁN TOBEÑAS, cuando al tratar de la tradición, y concretamente al comentar el artículo 1.462 del C. c., dice (183): «la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum* que queda destruida cuando resultare, expresa o tácitamente, de la escritura que no fue propósito de las partes realizar la entrega. Por otra parte, la jurisprudencia ha introducido una importante *restricción* a la misma, al declarar que para que el otorgamiento de la escritura pueda significar tradición es preciso que el vendedor *posea* real y efectivamente la finca que vende, pues, si la posee un tercero, la venta no puede decirse consumada y el comprador no puede entablar *desahucio* contra él (S. de 12 de abril de 1890, S. de 10 de noviembre

(183) *Derecho civil español común y foral*, 5.ª ed., 1941, T. II, pág. 153.

de 1903, S. de 29 de mayo de 1906 y otras) (184), ... con fórmula general y manteniendo el criterio en que, en esta materia, se inspira la jurisprudencia, dice la sentencia de 22 de marzo de 1930 que «la presunción que establece el artículo 1.462 del C. c. no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que no se realizó la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso la presunción de la tradición ficta tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada».

Esta opinión de CASTÁN, «maestro y mentor, a través de su obra, de los civilistas españoles durante casi medio siglo» (LACRUZ BERDEJO), ha venido siendo, prácticamente, considerada como dogma al relacionarla con la opinión de WINDSCHEID en sus *Pandectas* a que antes se hizo referencia. En opinión de CASTÁN, la jurisprudencia ha introducido una importante *restricción* a la presunción *iuris tantum* del artículo 1.462 al quedar esta presunción destruida, no sólo por el propósito de las partes, sino cuando se prueba que el vendedor, al vender, no posee real y efectivamente la finca que vende, sino que otro tercero posee la finca. En opinión de WINDSCHEID, apoyado en IHERING, según el Derecho romano común alemán, en tal caso el comprador no adquiriría la propiedad hasta que tomaba posesión de la cosa. En opinión generalizada de la doctrina española, así era no sólo para el Derecho romano común alemán, sino también para el *Derecho romano común español, conforme a la jurisprudencia, que mantenía el sistema tradicional del título y modo o tradición* (185).

Durante mucho tiempo se ha discutido en el Derecho español sobre el sistema transmisivo abstracto o causal, con tradición o con inscripción, constitutiva o necesaria, con unos u otros principios, incluso sobre el origen y alcance del sistema registral vigente «con su pesado principio de calificación», llegando a pretender sustituirlo por el sistema de transcripción. Durante todo este tiempo esta *opinión «pandectista-seudojurisprudencial»* se ha mantenido como *opinión común* indiscutida. Ha contribuido a ello el grande y merecido prestigio de muchos de sus seguidores.

Pese a esa opinión doctrinal común, lo cierto es que la Ley Hipotecaria, al reformarse en 1946, presupone, en su artículo 36, que han tenido acceso al Registro títulos de compraventa otorgados por vendedor no poseedor, por existir un tercero poseedor usucapiente. Según la opinión

(184) Esta explicación está tomada de MANRESA (T. X, pág. 134), respecto a la Sentencia de 12 de abril de 1890, el que, a su vez, la toma de ALCUBILLA.

(185) Con este criterio, parece que el tercero poseedor usucapiente hace imposible que el titular registral pueda transmitir su propiedad registralmente, sin previo ejercicio triunfante de la acción reivindicatoria, por el vendedor o por el comprador, pero en nombre del vendedor, aunque sea por cuenta propia.

común, conforme al Derecho civil llamado puro, sin interferencias registrales, este comprador no es propietario. Para justificar su protección registral se acude a variadas argumentaciones sobre el principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria o el principio de legitimación registral del artículo 38 de la misma Ley. Pero, en el fondo, queda la conciencia de que precisa encontrar una verdadera solución en el mismo Derecho civil extrarregistral, en el C. c.

ROCA SASTRE, otro de los grandes maestros de Notarios y Registradores, desde un principio insiste en la necesidad de que al Registro tengan acceso títulos de los que resulte consumada la transmisión del derecho de propiedad conforme al sistema vigente del título y el modo. Con gran extensión estudia la relación entre la inscripción y la tradición, y el problema de la preexistencia de la posesión en el tradens (186).

En una simple nota al pie de página dice que «acerca de si cabe inscribir la cesión de la acción reivindicatoria del dominio de inmuebles la contestación ha de ser *negativa*. Es un problema interesante esta cesión en el orden civil puro. En el Derecho romano clásico esta cesión implicaba la constitución del cesionario en procurador para actuar en juicio, y JUSTINIANO (C. 4, 39, 9) admite que, al igual que en las acciones personales, quien compre una acción real, y por tanto la reivindicatoria, puede utilizarla como *actio utilis* en su nombre, y *posteriormente se configuró la cesión de la acción vindicatoria como cesión de derechos incorporales, y algo de esto hay en el artículo 1.526 del C. c.*» (187).

NÚÑEZ LAGOS también sigue esta opinión. Según él, «en Roma y en el Derecho común la compraventa no seguida de tradición *no transmitía el dominio*, pero daba lugar a la transmisión al comprador de la acción reivindicatoria» (188)—cuando el vendedor no era poseedor, hay que entender.

(186) Desde el punto de vista registral estima que la solución puede encontrarse en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. ROCA SASTRE, *ob. cit.*, T. I, pág. 258.

(187) Dice que puede verse acerca de la cesión de la acción reivindicatoria, JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Estudios*, I, págs. 350 y 355), PÉREZ Y ALGUER (Anotaciones a WOLFF en el *Tratado de Derecho civil de ENNECERUS-KIPP y WOLFF*, III, 1, página 402), SANZ (*Instituciones*, I, pág. 261, nota), Díez PASTOR (*Anotaciones a una conferencia*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1943, I, página 187), VALLET (*Estudios*, pág. 232, nota 93), etc.

(188) «Los romanistas—dice—se basaban en la L. 63 de Reiv., 6,1, y en la L. 21 de Her. vel., 18,4. En la acción reivindicatoria no bastaba probar la existencia de la compraventa. Había que probar, además, el pago del precio (L. 19 y 53, Dig. XVIII, i e Inst. II, 1). En España, las Partidas y el Código civil recogen la teoría romanista del título y modo. La adquisición del dominio es casual y extrarregistral. Título y modo son igualmente necesarios y ambos se producen fuera del Registro de la Propiedad...

A excepción de la doble venta de una misma finca (art. 1.473, que es de origen

VALLET DE GOYTISOLO se planteó explícitamente este problema. «La transmisión de dominio—decía—exige título y tradición. Y para que haya tradición es necesario que el *tradens* posea en concepto de titular. Se plantea el problema de la venta otorgada por el propietario desposeído. Nos encontramos ante el discutido supuesto de transmisión de la acción reivindicatoria.»

«JERÓNIMO GONZÁLEZ (*La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, en *Anales...*, I, p. 33) se plantea si ésta tiene lugar en el momento de la cesión o cuando, acaso, judicialmente obtenga la posesión. La primera es la solución del C. c. alemán; la segunda cuenta con el precedente del Derecho romano. (*Se refieren Vallet y Jerónimo González a la opinión de Ihering y seguidores.*)

En el primer caso—como dicen ALGUER y PÉREZ (*Notas a Enneccerus*, t. III, 1, p. 403)—se ha de tratar de una cesión pura y simple de la propiedad; en el segundo caso se trataría de la cesión de derechos más limitados, o bien de simple cesión de la representación. Los anotadores de ENNECCERUS (id., p. 402) dicen: Ciertamente que aquí no puede hablarse de transmisión de la posesión, que no tiene el transferente, pareciendo que quiebra el requisito de la tradición, que, real o fingida, indica un traslado de posesión. Mas la excepción implica una necesidad lógica. El propietario desposeído no por eso deja de serlo, ni carece de facultad de enajenar; por lo tanto, si él puede ser propietario y cedente sin posesión, podrá transferir la propiedad tal y como la tiene, o sea, sin posesión, sin que por eso pueda negarse, respecto al cesionario, que sea propietario, como no podía negarse respecto del transferente antes de la transmisión.

Esta argumentación no parece—dice VALLET—rigurosamente exacta. Al propietario desposeído no hay duda de que no deja de corresponderle el derecho de propiedad; pero, hablando con precisión, no puede decirse que 'tenga' la propiedad. Por eso puede transmitir el derecho que le corresponde, pero no la propiedad que 'no tiene'. Eso, que a primera vista parece un juego de palabras, no pudo pasar inadvertido a los romanos, que vieron en la cesión de la acción reivindicatoria no una inmediata transmisión del dominio, sino una simple *procuratio in rem suam* para su adquisición. Para transmitir una cosa hay que transmitirla viva, en su realidad, en su ejercicio normal. La entrega de una pretensión para recuperarla será la cesión de la emanación del derecho (no hay que olvidar que para los modernos procesalistas la acción no es ya el derecho

y sistema francés) y de la hipoteca, en cuyos supuestos, al margen de los modos de adquirir, la inscripción es decisiva en la colisión de derechos.»

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, 1953. (Dedicado a su maestro CASTÁN.)

en movimiento, puesto que se dirige contra el Estado, para reclamar no ya el derecho violado, sino tan sólo para pedir una sentencia justa), pero no el derecho íntegro vivo. Por eso *sólo hay, en tal cesión, una 'procuratio in rem suam', pero irrevocable por su causa* (sabido es que el Tribunal Supremo ha admitido que la relación jurídica causal a que caya unido un poder puede determinar la irrevocabilidad de éste; ver sentencias de 22 de mayo de 1942 y 1 de diciembre de 1944).

Por eso, el apartado final del artículo 1.473 puede decir que, faltando la posesión, la propiedad en caso de doble venta pertenecerá al que presente el título de fecha más antigua. Ahora bien, lo que no se dice es que le pertenezca desde la fecha del título, cosa que sería opuesta a nuestro sistema tradicional. Pertenecerá al comprador de más antiguo título: pero *desde que obtenga la posesión*, sea judicialmente o por avenencia del poseedor» (189).

Cita VALLET a DÍEZ PASTOR, según el cual la cesión en escritura pública de la acción reivindicatoria no equivale a la tradición, porque de la misma escritura resulta claro que no está el transmitente en posesión de la cosa vendida y, por tanto, no se puede presumir entregada.

IGNACIO NART (190) también plantea el problema—dice—al desnudo: «el titular registral de una finca, que está poseída en concepto de dueño por otro, la vende a un tercero, el cual inscribe su título de adquisición. No ha podido haber tradición real, porque el vendedor no poseía la cosa. El otorgamiento de la escritura sólo equivale a la entrega cuando el vendedor posee real y efectivamente o se halla en condiciones de entregarla (sentencias de 29 de mayo de 1906 y 10 de febrero de 1909). Lo que no ocurre en nuestra hipótesis. No ha habido, pues, ni tradición real ni instrumental. ¿Ha adquirido el comprador, por el hecho de inscribir, o

(189) Y no se crea—dice—que esta discusión es meramente académica. Tiene su repercusión práctica. Así, A, propietario desposeído, vende y otorga título a favor de B, único que podrá ejercitar la acción reivindicatoria pendiente. Pero antes de recaer sentencia firme resulta que el poseedor, arrepentido, devuelve a A la finca objeto del litigio, y este último vuelve a venderla a una tercera persona, C, que compra de buena fe, y al que le entrega la posesión. En esta hipótesis, si aceptásemos la solución que se combate, la propiedad corresponderá a B, y, en cambio, con la solución clásica (*sic*) pertenecerá a C; y dentro del artículo 1.473 saldremos del apartado segundo para entrar en el primero del propio párrafo final. Pues C será el primero a quien A ha entregado la posesión, que ya no falta, contrariamente a lo que exige el supuesto del apartado final.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, R.D.P., diciembre 1957, recogido en sus *Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales*, ed. 1973, pág. 376, n. 93.

Parece que se inspira en el criterio que «aparentemente» resulta del formulario de Febrero, ya examinado anteriormente.

(190) NART, Ignacio: *Problemas de las relaciones entre el Derecho civil y las normas hipotecarias*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1954, pág. 500.

sigue sin tener más que un mero título, al que le falta el modo—la tradición—para producir su adquisición?»

«*El problema es capital para la institución registral*, dice LA RICA (191), y no nos podemos engañar con subterfugios y paliativos; ya URIARTE BERASÁTEGUI (192) lo enuncia certeramente: vigente la teoría del título y el modo y sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición, si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de posesión anterior no se negará al titular (inscrito) protegido por su carácter de tal, sino el valor jurídico de esta adquisición; TORRES ISUNZA (193) concreta más: la adquisición del titular inscrito será inexistente; por lo cual, concluye el primero, esto equivale prácticamente al derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, el que satisface a los civilistas a ultranza y conturba profundamente a los hipotecaristas. Para salvar este escollo, que parece producir el naufragio inevitable del sistema registral, LA RICA sostiene una teoría terminante, que escinde en dos campos esta materia jurídica: según él, en nuestra legislación hay una efectiva *dualidad* de regulación de la propiedad inmueble: la propiedad no inscrita se rige por el Código civil y se transmite por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (art. 609 Código civil), pero la propiedad inscrita se rige exclusivamente por la Ley Hipotecaria, en cuyo sistema la inscripción ni sustituye ni equivale a la tradición: simplemente, la ignora, porque se inscriben los títulos jurídicos—actos causales—configurados con arreglo a la realidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el transferente, sin exigirse justificación de la tradición real ... porque nuestro sistema es un sistema de títulos, sí, pero no un registro de títulos y modos...», fundándose en la Exposición de motivos de la Ley de 1861, MANRESA, JERÓNIMO GONZÁLEZ, etc.

NART intenta encontrar una solución considerando que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1946 cambia el sistema anterior, que era el de un Registro de títulos, en el que la inscripción ni presumía, ni daba el derecho, ni podía sustituir a la tradición, como modo de adquirir, cuando el disponente no poseía, directa o indirectamente, para pasar a ser un Registro de derechos, argumentando en base a los artículos 38 y 41.

Por si hiciera falta alguna prueba del arraigo de esta opinión basta aducir la afirmación de LACRUZ BERDEJO de que *todos los autores intentan superar la misma deficiencia*, a saber, que quien inscribe su derecho

(191) *Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario*. Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1953, V, pág. 647.

(192) *Revisión de ideas: la tradición en el sistema inmobiliario español*, en R.C.D.I., 1950, págs. 239 y sigs.

(193) *Usucapión contra tabulas*, R.G.L.J., 1950, págs. 350 y sigs.

resulte que no lo ha adquirido por falta de una tradición válida en el proceso traslativo.

Recientemente fue publicado que «el presupuesto de la posesión del *tradens* no admite excepciones, que irían contra la naturaleza de la tradición» (194).

Más recientemente aún, se ha dicho (195) que para transmitir la propiedad mediante acuerdo de voluntades se requiere el contrato más la tradición, y si ésta no existe no se habrá producido el traspaso del derecho y no podrá ser inscrito en el Registro. *La presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no facilita para nada la inscripción, al ser una simple presunción de hecho*. Por este razonamiento podrá llegarse a la absurda consecuencia de que el propietario no poseedor no podrá transmitir nunca el dominio, pero ello no es cierto, porque el *tradens* tiene

(194) «Hay casos en los que parece faltar, como cuando el transmitente es un despojado de la posesión, que transmite dentro del año siguiente al despojo, y cuando el transmitente es el heredero del poseedor, que no ha entrado en posesión de la cosa que se transmite. Se salvan estos supuestos entendiendo que el poseedor despojado conserva la posesión durante el año siguiente al despojo, que tiene una posesión incorporal, y que el heredero adquiere sin *corpus* ni *animus*, ministerio *legis*, la posesión que tenía su causante, que tiene una posesión civilísima. La doctrina discute si estas situaciones son o no posesorias, pero en todo caso arrancan de una posesión anterior, tienen su base fáctica en la posesión anterior, por lo que no es arbitrariedad doctrinal o legislativa considerarlas y tratarlas como posesión.

Partiendo de que estas situaciones son posesión—según ALBALADEJO—, puede decirse que el propietario de una cosa que quiere transmitir su propiedad por título y tradición, ha de tener la posesión inmediata o la posesión mediata o la incorporal del despojado o la civilísima del heredero. Incluso las formas más espiritualizadas de tradición exigen algunas de estas posesiones, pues tales formas no suprimen la tradición, sólo la facilitan. Y no puede haber tradición sin una posesión que pueda transmitirse. No puede hablarse de tradición cuando el transferente carece en absoluto de posesión, cuando es un tercero quien posee la cosa en nombre propio. Si se quiere que la escritura transmita la propiedad de la cosa vendida, hay que partir de la posesión, de alguna posesión del vendedor. La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no implica presunción de tradición y, por tanto, no refuerza la presunción expresada. El principio de fe pública registral es totalmente ajeno a la tradición y, por tanto, nunca convalida la tradición presunta del artículo 1.462 del Código civil. Se dice que estos dos graves problemas registrales, después de un análisis de los criterios de ROCA SASTRE, de SANZ FERNÁNDEZ y de la doctrina española en general, se resuelven porque 'cuando la tradición no precede a la inscripción, ésta—la inscripción—produce la transmisión de la propiedad. La inscripción es o no modo de adquirir según los casos', según entendieron los hipotecaristas inmediatos a la publicación de la Ley Hipotecaria el sistema de que ésta partía.» Pero por lo que se ha dicho y por lo que se dirá, *la solución al problema es extrarregistral*.

GARCÍA HERGUEDAS, María Purificación, y GARCÍA ARANDA, Calixto: *El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho*, R.C.D.I., noviembre-diciembre 1978, págs. 35 y sigs. Hay que aclarar que este trabajo, del que procede el entrecomillado, es desarrollo de otro anterior, de 1973.

(195) ROCA TRÍAS, Encarna: *Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad*, R.C.D.I., enero-febrero 1979, pág. 36.

la posesión de un derecho incorporal (el derecho de propiedad), debiendo aplicarse en este caso el artículo 1.464 del C. c., en cuanto regula la tradición cuando lo que se transmita sea un derecho incorporal. En consecuencia, también será mediante escritura pública como se transmitirá la posesión de un derecho incorporal, el derecho de propiedad.»

Otra orientación puede considerarse que es *tradicional*, y aquí se intenta argumentarla y precisarla, con el convencimiento de que *la solución es «puramente» civil* y afecta no sólo al Registro de la Propiedad, sino también a la misma escritura pública de compraventa.

5. RECONSIDERACION DE LA DOCTRINA PSEUDO-JURISPRUDENCIAL: ALBALADEJO

La aparición de la tesis doctoral de MIGUEL MORENO MOCHOLÍ sobre «*El precario*», en 1951 (2.^a ed., 1976), supone un estudio a considerar por su análisis de la jurisprudencia y de la naturaleza del precario y del desahucio por precario (aunque el autor no se plantea la cuestión que aquí se viene considerando), sobre todo si se pone en relación con el estudio de NÚÑEZ LAGOS sobre la reivindicación de inmuebles.

Otros estudios de autores españoles en algún aspecto aislado podían ayudar a sostener la tesis de este estudio, ya iniciado hace muchos años ante la sospecha de que IHERING y la jurisprudencia española, suficientemente matizados, pudieran decir algo no coincidente con lo que les atribuía la opinión común.

Por fin, se alzó una opinión claramente disidente sobre el sentido atribuido a la jurisprudencia, la de ALBALADEJO, que seguidamente se expone.

En el prólogo a la primera edición de su *Derecho Civil* (sin referencia expresa a este tema, aunque quizá, entre otros, en él pensara), dice que «lo primero es advertir que, antes de comenzar a escribir, me he leído *personalmente* y fichado una a una *todas* las sentencias de la Sala Primera y de la (hoy) Sexta correspondientes a arrendamientos rústicos, así como *todas* las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por tanto, la jurisprudencia que manejo y cito procede de mi fichero y no, como a veces ocurre, de los libros de los demás. Cosa que, por otro lado, aun sin advertirla aquí, no pasaría, sin duda, desapercibida al lector atento, a la vista de los numerosos fallos *inéditos* que recojo y de que las relaciones de viejas sentencias concluidas por un 'etcétera' se ven todavía en algunas obras, no las he tomado, pero en su

lugar cito, a lo mejor, otra larga relación de fallos de los años sesenta o setenta.

Las sentencias no sólo están estudiadas *todas* por mí *antes*, sino que para evitar errores, *después* de haberlas recogido he vuelto a confrontar si, en efecto, el fallo existe y dice lo que digo que dice. Además, me he esforzado muy mucho, al corregir galeradas y pruebas, en evitar las tan fáciles erratas de fecha, que luego vuelven loco al lector que busca la sentencia en cuestión».

Después de estudiar las fuentes del Derecho civil, al tratar de la jurisprudencia, definible como el criterio o la *doctrina* que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas urídicas, ALBALADEJO aclara que puesto que, a efectos de casación, no es relevante sino la infracción de «doctrina legal» (jurisprudencia) que se cometa en la parte dispositiva de la sentencia, tampoco es relevante, a efectos de crear «doctrina legal» (jurisprudencia), sino la doctrina que se sienta en dicha parte dispositiva o que se establezca en la motivación o considerandos en que dicha parte dispositiva se basa indispensablemente. Sólo se ha de considerar la afirmación establecida como fundamento del fallo los argumentos que sean *ratio decidendi*, no las afirmaciones incidentales ni aun la doctrina recogida que no constituya fundamento de la parte dispositiva de la sentencia. Jurisprudencia es únicamente lo afirmado o la *doctrina* o el criterio sentado dentro de los límites en que la solución dada al caso precisa de tal afirmación, doctrina o criterio. Lo demás es *exceso verbal*. Problema con el que frecuentemente se tropieza en las citas de sentencias por autores o en la alegación de las mismas en los escritos forenses es el de que usan recortes de considerandos que transcritos enteros tienen diferente sentido o matices, o que, aun usados en su versión completa, ésta es más general de lo que sería necesario para resolver el caso.

Claro que, aunque no lo diga ALBALADEJO expresamente, para comprender cuál es la «doctrina» fundamento de una sentencia, sobre todo en casos complicados, es preciso conocer el supuesto de hecho planteado en el proceso, que a veces no resulta suficientemente claro de los resultados de la sentencia jurisprudencial. Concretamente, así ocurre con las sentencias que a propósito de este tema suelen citarse cuando, excepcionalmente, se refieren a un juicio declarativo ordinario y no a un juicio de desahucio por precario.

Insiste ALBALADEJO, con gran acierto, en que la jurisprudencia no es fuente del Derecho, sino sólo *criterio* de interpretación del ordenamiento jurídico y de sus normas, y que el vigente artículo 1.º, número 6, del Código civil sólo pretende llamar la atención sobre el respeto que merece

y la orientación que para la interpretación y aplicación de las normas supone la jurisprudencia. La jurisprudencia orienta, pero no vincula, ni siquiera a los jueces y Tribunales ordinarios ni, menos aún, al Tribunal Supremo.

Con referencia a aquellas sentencias que citaba CASTÁN a propósito del artículo 1.472 del Código civil y de otras muchas más citadas en ediciones posteriores a la referida anteriormente, que también otros autores reconocen (al menos algunas de ellas), ALBALADEJO llega a una conclusión fundamental:

«*Todas las sentencias recaídas en tema de tradición instrumental que dicen que el otorgamiento de la escritura establece la presunción de que se entregó la cosa efectivamente han recaído en casos referentes a juicios de desahucio y a la vista del artículo 1.564 de la L. E. C., según el cual 'serán parte legítima para promover el juicio de desahucio los que tengan la posesión real de la finca a título de dueños, de usufructuarios o cualquier otro que les dé derecho a disfrutarla, y sus causahabientes'.* Y dichas sentencias: primero, no constituyen, hablando en sentido riguroso, jurisprudencia en el tema en estudio (del art. 1.462); y segundo, tienen la explicación siguiente: como para poder desahuciar hay que ser poseedor, con posesión como derecho (poseedor mediato, despojado o civilísimo), pues la posesión de hecho la tiene precisamente la persona a la que se pretende desahuciar, el calificativo de «real» que usa el artículo 1.564 de la L. E. C. para la posesión del desahuciante no puede significar posesión de hecho o material (196). El Tribunal Supremo niega la legitimación activa para el desahucio a las personas que recibieron tradición instrumental, pero sin transferencia de la posesión, ni como hecho ni como derecho, porque el *tradens* no tenía ninguna de las dos. En tal caso, el *accipiens* recibe, sí, tradición (opinión de ALBALADEJO respecto al art. 1.462), pero—puesto que no la tiene el *tradens*—sin ninguna clase de posesión, ni como hecho ni como derecho. Y el Tribunal Supremo, queriendo significar que denegaba el desahucio porque no se había transmitido posesión alguna (por carecer de ella el *tradens*), dijo que no había tradición instrumental, porque la tradición por el otorgamiento de la escritura—es decir, la tradición instrumental—es simplemente una presunción que establece la ley, pero que se deshace si se

(196) La expresión *posesión real* puede prestarse a confusión si se toma en el sentido de posesión de hecho, en cuyo caso el precepto sería inaplicable en razón a que tal posesión quien la tiene es el demandado; por ello debe sustituirse por la de *titularidad de un derecho* sobre los bienes, que autorice a disfrutarlos en concepto de dueño, de usufructuario o de cualquier otro análogo. Concretamente, el comprador con entrega mediante *constituto posesorio* instrumental.

prueba que realmente no hubo entrega de la posesión (es decir, tradición transmisiva de posesión).»

La opinión de ALBALADEJO respecto a que en tal caso existe tradición instrumental se ha de estimar desorientadora, pero es acertado su enfoque respecto a la acción de desahucio por precario.

1. Podrá dirigirse la demanda (legitimación pasiva) contra cualquier persona que disfrute o tenga en precario la finca (el precarista), sea rústica o urbana, sin pagar merced, siempre que fuere requerida con un mes de anticipación para que la desocupe (art. 1.565), con lo que queda en situación de *exprecarista*, por haber terminado la situación de precario.

2. La jurisprudencia, originariamente, puso la esencia del precario en el uso o disfrute de la cosa ajena sin mediar renta o merced ni otra razón que la simple tolerancia o liberalidad del propietario. Posteriormente ha ampliado el concepto tradicional de precario declarando que no se limita a los supuestos en que se detenta una cosa por la tolerancia de su dueño, sino que también comprende aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva (S. 4 de diciembre de 1943) y que el precario a que alude la L. E. C. se extiende a los que sin pagar merced *poseen una finca sin título o con título ineficaz para destruir el de dueño que ostenta el demandante* (sentencias de 5 de diciembre de 1934 y 24 de mayo de 1941). Obsérvese que no se dice «con mejor derecho a poseer» que el demandante, que es la frase con la que se aludía a la acción Publiciana. Claro que si el demandado logra destruir la apariencia de título de dueño del demandante, es decir, la de *fundamentación de su titularidad dominical*, hay que decidir la cuestión sobre el derecho de propiedad en juicio declarativo ordinario.

3. El juicio de desahucio por precario requiere que el demandado sea *precarista*, y *no lo es quien posee en concepto de dueño*, lo que implica que el desahuciante no es dueño indiscutido y su título, su titularidad dominical, el *fundamento de su derecho*, debe decidirse en un juicio declarativo ordinario.

6. RECONSIDERACION DE LA OPINION PANDECTISTA

Frente a la opinión «pandectista» sobre el tema objeto de este estudio, ALBALADEJO observa que la jurisprudencia referente al artículo 1.462, apartado segundo, del C. c. sólo niega al comprador la acción de desahucio por precario (197).

Pero continúa inatacada la opinión de que en el *sistema tradicional* del Derecho romano común, alemán y español el propietario no poseedor podía ceder la acción reivindicatoria, aunque sólo a modo de *procuratio in rem suam*, mediante poder irrevocable, de tal modo que hasta obtener la posesión, mediante su ejercicio, no se adquiría la propiedad, quedando en la duda si por efecto retroactivo de la sentencia el efecto de la obtención de la posesión debía retrotraerse al momento del «otorgamiento del poder» (198).

1. Contra aquella opinión se ha argumentado anteriormente, y parece claro que no es la tradicional del Derecho romano justiniano ni tampoco la tradicional del *Derecho común alemán* anterior al C. c. vigente, y que la tesis de MÜHLENBRUCH sobre cesión de acciones y la de IHERING sobre cesión de acciones reales, entre ellas la reivindicatoria, aunque fue seguida por WINDSCHEID, quien tanta participación tuvo en la formulación del vigente C. c. alemán, es lo cierto que no ha llegado a prevalecer en éste, porque iba en contra de la opinión (sensata) del «pueblo alemán» —contra la opinión común, recibida— y porque los legisladores no po-

(197) Dice PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, T. III, V. 1, 2.ª ed., 1971, pág. 352: «Conviene advertir que existe numerosa jurisprudencia en este punto que puede dar lugar a más de una confusión si no se estudia detenidamente la cuestión de hecho que motiva las generalizaciones del T. S., pues unos mismos conceptos han servido algunas veces para discutir problemas de distinta naturaleza; por ejemplo, el concepto de tradición simbólica ha sido empleado para discutir si, después de ella, determinado contrato quedaba ejecutado y los riesgos quedaban atribuidos al comprador, o bien para llegar igualmente a resolver una cuestión tan distinta como la de saber si después de ella el vendedor o un tercer poseedor queda en situación de precarista.

... En la práctica y por debajo de los dogmas oficiales de cada sistema jurídico existe la tendencia a resolver los problemas con el mismo método realista, pero encubierto por la necesidad de mantener 'la aplicación' de cada sistema, con sus intocables puntos doctrinales.

Acerca de si, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462, el comprador de un inmueble mediante escritura pública puede ejercitar la acción de *desahucio contra el poseedor sin título*, véase la abundante jurisprudencia de nuestro T. S. y téngase buen cuidado de distinguir entre la *ratio decidendi* de cada sentencia por lo que resulte de las circunstancias del caso, y el *obiter dictum* o generalización dogmática del Tribunal en la interpretación del derecho legislado.»

(198) Probablemente quienes tuvieron aquella opinión ya no la tienen desde hace tiempo.

dían dejar de aperebirse de las consecuencias absurdas a que podía conducir aquella tesis, que no fue admitida por otros códigos anteriores al alemán, y aunque algunos autores continúan aferrados a una interpretación conceptualista, alejada de los intereses en juego jurídicamente atendibles, parece que puede considerarse definitivamente triunfante la opinión de que la pretensión reivindicatoria no puede cederse sin ceder, a la vez, el derecho de propiedad (WOLFF-RAISER), sin perjuicio de que pueda contratarse un poder irrevocable para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que no implique cesión de la acción reivindicatoria estrictamente hablando ni, naturalmente, cesión del derecho de propiedad.

En el caso que nos ocupa, a la misma solución que el C. c. alemán, a los mismos resultados prácticos a que llega la interpretación de su par. 931 por WOLFF y RAISER, se llega con el C. c. francés, aun cuando para que se produzca la transmisión de la propiedad por compraventa prescinda éste de requerir que se cumpla la obligación de entregar la posesión. Así lo reconoce la doctrina alemana que aduciendo el «atavismo» de requerir la tradición a efectos de la transmisión del derecho de propiedad, incluso propugna la supresión de este requisito para la cosa mueble (199).

2. Paralelamente, el Derecho español tradicional, y no sólo el de Castilla, basado en el Derecho romano recibido o *Derecho común español*, venía, prácticamente, aplicando la misma solución a que se llega con el Código francés y con el Código alemán, «hablando en prosa»,

(199) En este sentido, THEODOR SÜS, según PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 340, número 15. Observa éste que «en Derecho casi siempre se asiste al fenómeno de exigir un requisito y de desvirtuarlo después con formas simbólicas. Posesión y tradición son dos fenómenos en que se manifiesta muy claramente semejante peculiaridad»... (*ob. cit.*, pág. 349). De modo similar se manifiesta IHERING en cuanto a la cesión de créditos mediante *procuratio in rem suam*.

Añade PUIG BRUTAU: «La tradición por *constitutum possessorium* pone más a prueba la solidez del requisito de la tradición... En este caso haría falta, si quisiera cumplirse al pie de la letra el requisito de la tradición, una entrega y una devolución subsiguiente, pero, como es natural, la práctica suprimió esta práctica formalista del derecho..., que el enajenante se constituye en poseedor del adquirente... Esta forma perfectamente adaptada a las necesidades de la práctica, aproxima grandemente el sistema de la tradición al que admite la transferencia de la propiedad por el solo efecto del consentimiento.

THEODOR SÜSS dice, para el Derecho alemán, que en el *constituto posesorio* la transmisión de la propiedad no tiene efecto mediante acuerdo y entrega, consentimiento y acto real de publicidad, sino mediante *acuerdo y acuerdo*, ambos igualmente invisibles: el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad y el acuerdo sobre la transmisión de la posesión (o de la relación posesoria)... Cita a HECK, según el que en semejante caso el principio de la tradición no es más que el *disfraz histórico* con el que ha penetrado en el Derecho vigente el principio del contrato (transmisión por la fuerza del simple consentimiento). Lo mismo sucede—añade SÜSS—con la *brevi manu traditio*».

sin saberlo, como algo normal, cotidiano, sin pretensiones científicas. Los testimonios de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA («padre», en este punto concreto, de la Ley Hipotecaria de 1861 y, desde luego, de su Exposición de motivos) y de MANRESA (coautor de la vigente L. E. C. y «padre» exclusivo de su Exposición de motivos), son clarísimos. No pueden olvidarse, ni menospreciarse. Hay que esforzarse en comprenderlos. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA se refiere al Derecho español anterior al C. c. y vigente al redactar y ser aprobada la Ley Hipotecaria de 1861, que en este punto no introduce reforma alguna en el Derecho civil extrarregis-tral. MANRESA, con la misma argumentación, se refiere ya al C. c.

Se impone, pues, analizar los preceptos del C. c. vigente, tal como los concibió la voluntad legislativa, sin deformarla, *sin plantear artificialmente un problema que no ha existido ni existe como tal problema, porque cuando lo hubo se resolvió y continúa resuelto y la misma solución que se dio continúa siendo válida y vigente.*

También se impone estudiar, con mucha atención, para no equivocarse, la doctrina jurisprudencial y su interpretación del ordenamiento vigente, que resulta de sentencias dictadas en *juicio declarativo ordinario*, analizando no sólo los considerandos, sino también los resultandos, para conocer sin duda alguna lo que a veces no aparece con la claridad deseable (200); de este modo podría afirmarse, respecto de algunas de las sentencias recaídas en juicio declarativo citadas por los autores españoles a propósito del tema, si se refieren realmente al mismo y, en tal caso, si consideran el *ejercicio de la acción reivindicatoria por el comprador o la alegación por el comprador de incumplimiento por el vendedor de sus obligaciones*, etc., cuestiones nada fáciles, porque aquellas sentencias, al menos algunas de ellas, corresponden a supuestos de hecho bastante complejos y no he leído *ninguna* que aluda a la cesión de la acción reivindicatoria o que niegue la acción reivindicatoria al que compró a un propietario no poseedor, por el solo hecho de que el poseedor alegue la falta de posesión del vendedor. Durante años he intentado encontrar

(200) A propósito de la acción reivindicatoria, según PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, páginas 194 y 195, «es sabido que las declaraciones de la jurisprudencia son casi siempre *circunstanciales al caso que resuelven*, sin que con ello se quiera desconocer el gran valor de las afirmaciones generales...

Esta necesidad de invocar eficazmente la jurisprudencia y de distinguir para ello el ámbito de aplicación de las sentencias, según las circunstancias de cada caso, se presenta de manera especialmente aguda cuando hemos de contestar un escrito de la parte contraria. Muchas veces el examen detenido de las sentencias que el adversario invoca a su favor nos proporciona argumentos favorables a nuestra tesis. De igual manera, es frecuente que las sentencias del T. S. rechacen motivos de casación que alegan la supuesta infracción de doctrina legal representada por sentencias cuyas declaraciones se hicieron con referencia a hechos diferentes que concurrían en los casos en que fueron dictadas».

apoyo jurisprudencial positivo e indudable a la tesis que aquí se mantiene, pero no lo he conseguido; sólo he visto el «fantasma» negativo de las sentencias de juicio de desahucio por precario a las que se refiere ALBALADEJO. Un análisis de las sentencias, si se quiere hacer concienzudamente, es tarea ciertamente difícil. Por otra parte, como muy bien dice ALBALADEJO, la jurisprudencia no es más que manifestación de un criterio interpretativo, y el Tribunal Supremo, en cualquier caso, atendida la fundamentación de hecho y de Derecho, puede cambiar de criterio, sin que haya cambiado la legislación y sin que su cambio de criterio implique cambio del ordenamiento jurídico. Lo que se dice de la jurisprudencia puede decirse, con mayor razón, de la opinión de los autores, en general o en particular.

No es éste el lugar para desmenuzar, analíticamente, una a una, las sentencias citadas al respecto por los autores, ni siquiera, tan sólo, las recaídas en juicio declarativo y no ya las recaídas en juicio de desahucio: la extensión de este estudio resultaría desmesurada. Además, este análisis, como se ha dicho, no llevaría a consecuencias positivas, sino más bien a la negación de la conclusión u opinión rechazada.

De todos modos, puede citarse por vía de ejemplo la referencia que hace PUIG BRUTAU a la sentencia de 12 de abril de 1890, que es la primera citada por CASTÁN, quien la tomó de MANRESA, quien a su vez la tomó de ALCUBILLA (201), y también la de 18 de febrero de 1965 (202).

(201) La Sentencia de 12 de abril de 1890 (S. núm. 117, pág. 667, *Colección Legislativa de España*, SS. del T. S., Madrid, 1891) declara que «la tradición simbólica..., como todas las ficciones legales de igual índole, debe responder a la virtualidad del derecho que se atribuye el que la realiza, por cuya razón, si es notorio que el vendedor no estaba en posesión de la cosa que representaba la escritura de venta que otorgó a los compradores, no infringe dicha ley (8.ª del tít. 30, Part. 3.ª) la Sentencia, que estima que el primero *no ha cumplido la obligación de entregar lo vendido*». La solución seguramente es justa y acertada; pero es fácil advertir que constituye un problema de conveniencia práctica o de política jurídica si, por el solo hecho de haberse celebrado en forma fehaciente el negocio jurídico fundamental (v. gr., compraventa), el comprador ha de poder esgrimir la acción reivindicatoria contra un tercer poseedor de la cosa vendida, o si es preferible, es decir, más favorable al derecho de dicho comprador, estimar que el vendedor no ha cumplido la obligación fundamental de entregar la cosa, ni en forma real, ni simbólica. Obsérvese, en todo caso, que la primera solución coincide con la de aquellos sistemas que, como el Derecho francés, atribuyen al solo acuerdo de voluntades la eficacia traslativa de la propiedad de la cosa enajenada.

(202) PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, pág. 347. Sobre el carácter de la tradición en nuestro Derecho es importante la S. de 18 de febrero de 1965 (Aranzadi, núm. 985), que declara que su ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio y que además exige la preexistencia del dominio y de la posesión en quien hace la entrega, y la intención de las partes de transmitir y adquirir... Pero la sentencia recurrida rechazó la acción ejercitada fundándose en que al no haber mediado la entrega o tradición de la parte indivisa, no había acreditado el actor su cualidad de dueño de la misma. Contra dicho fallo prosperó el motivo fundado

La costumbre forense de citar abundante jurisprudencia para conven- cer al contrario o hacerle perder tiempo y para, acaso, «*impresionar*» al juez se traslada a la doctrina científica en España. No se hace así, al menos en tal medida, en la doctrina de Alemania, Francia e Italia.

Es muy peligroso el *tratamiento conceptualista de la jurisprudencia*, el análisis y síntesis con prejuicios conceptuales, que se pretenden fun- damentar en estudios fragmentarios y poco profundos de múltiples sen- tencias, desatendiendo al conjunto de circunstancias de hecho y de in- tereses en juego que concurren en el caso resuelto, que ya llega al Tri- bunal Supremo con unos hechos probados a los que ha de ceñirse (203).

(Continuará)

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad

en incongruencia. Pues las partes no discutieron la existencia de la tradición, ni que ésta fuese necesaria para la eficacia del convenio, y sólo discutieron si había existido incumplimiento por parte del actor...

(203) A propósito de otra cuestión íntimamente relacionada con la que aquí se trata, dice ALBALADEJO (T. II, V. 2, ed. 1977, pág. 84, notas 5 bis y 6): «la juris- prudencia que recoge MOLINA (*La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, 1975, págs. 218 y sigs.), como apoyando la tesis (prevalencia de la posesión efectiva sobre la instrumental) que rechazo, o no la adopta como fundamento del fallo, o realmente no afecta al tema o se explica por lo dicho en la nota anterior, y en todo caso son posteriores a ellas las Sentencias de 30 de enero de 1960, de 5 de noviembre de 1973 y de 19 de noviembre de 1975».

«Aplicar el artículo 1.473, 3.º, segunda mitad, del Código Civil, al choque de venta de dueño con venta de no dueño, sería *inefable* de no haber más, pues re- sultaría que con absoluto desprecio a que, como regla, la cosa debe ser para quien la compra a aquel de quien es, un inmueble vendría a ser adquirido por quien lo compró al no dueño, a base del sólido fundamento de que fue vendido antes por el no dueño que por el dueño.»