

Venta por el propietario no poseedor.

Cesión de la acción reivindicatoria

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Hipótesis de estudio.—2. Sistemas legislativos examinados.—II. *Sistema transmisivo francés*: 1. Derecho francés.—2. Derecho italiano.—III. *Sistema transmisivo alemán*.—IV. *Derecho común y codificación*: 1. Recepción medieval del Derecho romano y la Suma de ROLANDINO.—2. Precisiones de BUSSI.—3. Evolución de la cesión de acciones hasta el período codificador.—4. Período codificador: Doctrina francesa y doctrina alemana.—5. Opinión de IHERING.—6. Resumen de WINDSCHEID.—7. No prevalece la opinión de IHERING y WINDSCHEID.—8. Momento de la adquisición del derecho por el cesionario.—9. Toma de posesión: Estudios de CARRELLI (*litis aestimatio*) y de VALIÑO (*actio utilis*) y conclusiones sobre el ordenamiento justiniano.—10. *Denuntiatio*.—11. *Legitimatio ad causam*.—12. Inseparabilidad de acción y derecho.—V. *Sistema transmisivo del título y el modo*: La codificación y el Derecho austriaco.—VI. *Derecho español*: 1. Recepción del Derecho romano y evolución doctrinal.—2. «Febrero».—3. Opinión tradicional: GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA.—4. Opinión pandectista pseudojurisprudencial.—5. Reconsideración de la doctrina pseudojurisprudencial: ALBALADEJO.—6. Reconsideración de la opinión pandectista.—7. GARCÍA GOYENA y el Proyecto de Código Civil de 1851.—8. Comparación entre el Proyecto de Código Civil de 1851 y el Código Civil de 1889: Cosa corporal y cosa incorporal. Cosa corporal y derecho de propiedad. Cosa incorporal, cuasi posesión y cuasi entrega. Título y modo. Forma contractual. Obligación de dar o entregar. Contrato de compraventa transmisión de cosa. Contrato de compraventa cesión de derecho.—9. Título inscribible de compra.—10. Actuación procesal del comprador.—11. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

1. HIPÓTESIS DE ESTUDIO

a) 1. Este estudio se refiere, por hipótesis, a la venta por el propietario, no poseedor, de una cosa determinada; aunque, ante un caso real, pueda ser la sentencia judicial la que resuelva si se trata de cosa propia, no poseída por el vendedor, o de cosa ajena.

La entrega se rige por numerosos artículos (1.604 a 1.624) y, a menudo, redundantes, aunque, por otra parte, omitan una gran cantidad de extremos de la mayor importancia. Dicha entrega puede entenderse realizada o cumplida simultáneamente con la perfección contractual cuando puede ser aplicado el *constituto posesorio* o la *traditio brevi manu*. En otro caso será ulterior.

b) En el antiguo Derecho francés, si, por cualquier motivo, el vendedor no estaba en posesión de su cosa en el momento de la venta, porque dicha cosa era poseída por un tercero, se insertaba en el contrato una cláusula accesoria de cesión de la acción reivindicatoria.

Con el Código Civil, si la cosa no está en poder del enajenante en el momento de la transmisión de la propiedad, no hay necesidad de hacer al adquirente cesión de la acción reivindicatoria (6). En tal caso, el comprador podrá reivindicar la cosa de poder de quien la tenga, puesto que es propietario, pero además podrá alegar incumplimiento de contrato contra el vendedor en cuanto a la obligación de entrega, acudiendo, a falta de precepto específico, a las normas sobre incumplimiento de obligaciones recíprocas (7).

Queda sin efecto la aplicación de la teoría de la cesión de la acción reivindicatoria a efectos de la adquisición del dominio. Ya no requiere una consideración doctrinal especial la falta de posesión del vendedor, que sólo implica una cuestión sobre el cumplimiento de la obligación de entregar o transmitir la posesión, no sobre la transmisión de la propiedad.

c) El Código Civil francés modifica el sistema tradicional del título y el modo, según la orientación de la Escuela de Derecho Natural, de los siglos XVII y XVIII, haciendo prevalecer el consentimiento traslativo del título y prescindiendo del modo o tradición como requisito de la transmisión de la propiedad, que usualmente quedaba inoperante, frente a la voluntad de las partes contratantes, mediante la combinación de la cláusula de *desaissine-saissine* (equivalente a la cláusula boloñesa de *constituto posesorio*) y de la cláusula de cesión de acciones.

En este sistema se basaba, por inspiración de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, el Proyecto de Código Civil español de 1851, que no llegó a prevalecer sobre el sistema tradicional del título y el modo en la Ley Hipotecaria de 1861 y luego en el Código Civil de 1889.

(6) COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. esp. 1923, tomo II, vol. 2, págs. 1011 y 1012.

(7) COLIN Y CAPITANT: *ob. cit.*, pág. 82.

2. DERECHO ITALIANO

En cambio, el Código Civil italiano de 1865 sigue el precedente modificador francés, que se mantiene en el vigente Código de 1942, pero ahora con un significado claro de contraposición al Código Civil alemán de 1896-1900, después de que la doctrina italiana ha podido contrastar, histórica y conceptualmente, ambos sistemas y sus resultados prácticos. De aquí el gran interés de la explicación conceptual del sistema en la doctrina italiana.

a) Según el Código Civil italiano de 1942:

1.º «Las obligaciones principales del vendedor: entregar la cosa al comprador; hacerle adquirir la propiedad de la cosa o el derecho, si la adquisición no es efecto inmediato del contrato; garantizar al comprador de la evicción y de los vicios ocultos de la cosa» (art. 1.476).

2.º «En los contratos que tienen por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real, o bien la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado» (art. 1.376), si la cosa es propia del vendedor (hipótesis de este estudio), no ajena, salvo pacto de reserva de dominio.

b) Para el Código italiano, el contrato de compraventa, por su contenido y efecto final, es un contrato traslativo o con efectos reales, que transmite el derecho de propiedad de una cosa u otros derecho, a cambio de una suma de dinero, de un precio (8).

1. Ahora bien, el contrato de compraventa transmite el derecho de propiedad de la cosa del vendedor (propietario) al comprador, inmediatamente, por sí solo, sin necesidad de la entrega de la cosa ni de pago del precio, si la cosa es determinada y si al contratar no se ha declarado la voluntad de que la propiedad se transmita en otro momento; el vendedor poseedor, antes de la entrega, detenta la cosa en nombre del comprador.

Las obligaciones de entregar la cosa y de pagar el precio son coercibles, en el sentido de que cualquiera de las partes, en ejercicio de una sentencia de condena que ordene la entrega de la cosa o el pago del precio, pueden lograr el cumplimiento coactivo de la voluntad ya manifestada al contratar (aunque, posteriormente al contrato, cambie la vo-

(8) MESSINEO (F.): *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, 8.ª ed., 1952, volumen 3, 1, págs. 51 y ss., y vol. 2, 1, págs. 310 y 337.

luntad de cualquiera de las partes), obteniendo la posesión de la cosa por actuación del agente ejecutivo judicial (9).

2. Pero en algunos casos el efecto traslativo o real no es inmediato, no es simultáneo a la perfección del contrato, sino mediato, simultáneo a un evento o un momento posterior a la perfección. En tales casos se habla de venta obligatoria, pero en el sentido de que, simultáneamente a su perfección, no produce el efecto de transmitir el derecho de propiedad, sino que, por el momento, confiere al comprador un derecho de crédito contra el vendedor para que, en un momento posterior, le «procure», le «haga adquirir» el derecho de propiedad de la cosa, aunque sin que se requiera en tal momento un nuevo acuerdo de transmisión. Se incluyen los casos de venta de cosa no determinada, de venta con pacto de reserva de dominio (por ejemplo, hasta el total pago del precio), de venta de cosa ajena, de venta de cosa futura, y otros. Esta denominada venta obligatoria es un contrato con efectos reales, pero pendientes de un requisito de eficacia, concebido como *condicio iuris*, de modo que no se requiere un negocio jurídico distinto y posterior a la compraventa, determinante del efecto real, aunque no se excluye que, en la mayor parte de las veces, se requiera un ulterior comportamiento unilateral del vendedor para que se produzca el efecto real: determinación de la cosa genérica, pago total del precio (cuando es condición suspensiva por pacto de reserva de dominio), adquisición de la cosa ajena, existencia de la cosa futura, etc. En todo caso, no se requiere una nueva declaración de voluntad, porque la voluntad manifestada por las partes al perfeccionarse la compraventa es, potencialmente, idónea para determinar el efecto traslativo, aunque, en su caso, se requiera la posterior realización de un evento o cumplimiento de un acto, concebidos como *condicio iuris* (10).

III. SISTEMA TRANSMITIVO ALEMAN (11)

a) El Código Civil alemán de 1896-1900 (12) distingue como dos negocios independientes, por una parte, la compraventa (u otro negocio

(9) MESSINEO: *ob. cit.*, vol. 2, 2, págs. 232 y 242.

(10) MESSINEO: *ob. cit.*, vol. 3, 1, pág. 55.

(11) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, 2.ª ed., 1953; vol. 2, 1.ª ed., 1935; tomo II, vol. 1, 2.ª ed., 1954; vol. 2, 1.ª ed., 1935; tomo III, vol. 1, 3.ª ed., 1971; vol. 2, 1.ª ed., 1937. *Apéndice C. C. alemán*, 1955. MAX KASER: *ob. cit.*, págs. 585 y ss. ZUMALACÁRREGUI, TOMÁS: *Causa y abstracción causal en el derecho civil español*. Tesis doctoral. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid 1977.

(12) Del que se considera a PLANCK como «padre» y a su discípulo WINDSCHEID como influyente partícipe en la Comisión de Codificación.

causal correspondiente) y, por otra, la transmisión. La transmisión es negocio dispositivo abstracto, abstraído causalmente; puede transmitir la propiedad aunque la compraventa causa no sea válida y eficaz.

El vendedor está obligado a proporcionar al comprador la propiedad de la cosa (13) vendida y, además, a entregar al comprador la cosa vendida, mueble o inmueble (14).

1.º La transmisión de la propiedad de una cosa (corporal) se fundamenta en el acuerdo real, convenio dirigido al traspaso de la propiedad (par. 873, para los inmuebles, y 929 para los muebles), complementado con un requisito para asegurar la publicidad, integrando aquél y éste el denominado contrato real. Para la cosa inmueble, además del acuerdo, se requiere la inscripción en el Registro. Para la cosa mueble, además del acuerdo, se exige la entrega o tradición, esto es, que se transmita la posesión inmediata. Sin embargo, el principio de la entrega o tradición presenta excepciones, tantas que los civilistas alemanes discuten sobre si tiene verdadera vigencia o, más bien, rige el principio del consentimiento o del simple acuerdo real. Se refieren, principalmente, a las llamadas formas supletorias de la tradición: *brevi manu traditio* (par. 929, ap. 2.º), *constitutum possessorium* (par. 930), cesión de la acción contra el mediador posesorio o de la reivindicatoria contra el tercero poseedor (par. 931) (15).

2.º El vendedor está obligado a entregar la cosa: entregar consiste en procurar la posesión inmediata, corporal.

La entrega se verifica generalmente mediante dar y recibir corporalmente y, en tal caso, es un acto real, expresión de voluntad de una y otra parte, y no una declaración bilateral de voluntad. Pero puede efectuarse mediante simple acuerdo sobre la transmisión de la posesión, cuando el adquirente está, sin más, en situación de ejercer la potestad sobre la cosa (como, por ejemplo, si se trata de leña sita en el bosque); semejante acuerdo, que conceptualmente ha de distinguirse del acuerdo sobre transmisión de la propiedad, coincide exteriormente con ella, por regla general.

b) A la transmisión de la propiedad y a la transmisión de la pose-

(13) Par. 90. *Cosas*, en el sentido de la ley, son solamente los objetos *corporales*.

(14) ENNECCERUS-LEHMAN, tomo II, vol. 1, pág. 40 y ss.

(15) Por su obligación de proporcionar la propiedad, el vendedor debe proporcionar al comprador la cosa libre de derechos de terceros (par. 434). Concretamente, si la cosa mueble ha sido transmitida mediante la cesión de pretensión de entrega de la propiedad (par. 931) ha de proporcionarla libre de las excepciones que pueden ser opuestas al comprador, que son las mismas que el tercero tenía contra el vendedor (par. 986, ap. 2).

sión de cosa *mueble*, se ha de referir este tema, respecto al Derecho alemán.

1. «Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse» (par. 929, punto 1.º).

El acto de entrega ha de ser expresión de la voluntad de transmitir la posesión y la propiedad, la recepción ha de ser expresión de la voluntad de adquirir la posesión y la propiedad.

El acuerdo real, a su vez, no necesita forma, y las más veces se declara tácitamente: sobre todo, se da regularmente, sin más, en la transmisión que sigue al negocio causal; y la práctica judicial deduce, con razón, la existencia de una declaración de acuerdo, de la declaración de que la cosa ha sido «vendida y entregada».

2. «Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad» (par. 929, punto 2) para la transmisión de la misma, que implicará acuerdo sobre la transmisión de la posesión. Es la *traditio brevi manu*.

3 «Si el propietario (vendedor) está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que entre él y el adquirente (comprador) sea pactada una relación jurídica en cuya virtud el adquirente obtiene la posesión mediata (par. 930). Es el *constituto posesorio* típico. Requiere el asentimiento del comprador, y en éste va implícita, en la duda, una renuncia a la entrega corporal (16).

4. «Si un tercero está en posesión de la cosa, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el propietario ceda al adquirente la pretensión de entrega de la cosa» (par. 931). Según M. WOLFF (17), este precepto comprende dos supuestos:

Si el enajenante es poseedor mediato, por ejemplo, arrendador, pignorante, la enajenación requiere acuerdo sobre el traspaso de la propiedad y sobre el traspaso de la posesión mediata, cediendo la pretensión que corresponde al enajenante por razón del contrato de arrendamiento, de prenda, etc. Se cede esta pretensión, no la que deriva de la propiedad. La transmisión de la reivindicatoria no es requisito, sino consecuencia del cambio de propiedad. Es un caso de transmisión de la posesión mediata. Como el *constituto*, requiere el asentimiento del

(16) *Ob. cit.*, pág. 28, n. 1.

(17) En adelante se sigue la opinión de WOLFF-RAISER: *ob. cit.*, tomo III, volumen 1, pág. 444 y ss., en el que puede verse la bibliografía sobre opiniones contrarias en algunos puntos.

comprador, y en éste va implícita, en la duda, una renuncia a la entrega corporal.

Si el propietario enajenante (vendedor) no es poseedor mediato, la propiedad se transmite sin necesidad de que el adquirente (comprador) adquiera posesión alguna. En este caso, la pretensión de entrega a que se refiere el parágrafo 931 es la pretensión derivada de la propiedad o acción reivindicatoria.

c) Así, conforme al sistema alemán, el problema de la falta de posesión del vendedor a efectos de la transmisión de la propiedad, respecto de los bienes inmuebles, en cuanto la inscripción se considera medio publicitario del acuerdo real, queda eliminado, y respecto de los bienes muebles, para los que la tradición es el medio publicitario del acuerdo real, queda resuelto expresamente por el parágrafo 931; al acuerdo (*Einigung*) se une, en funciones de entrega (*Uebergabe*), la cesión de la pretensión de entrega derivada de la propiedad (*Abtretung des Herausgabeanspruch*), o sea, la cesión de la pretensión real vindicatoria (*Vindikationcession*) que el propietario enajenante tenía contra el que posee la cosa, para que se la entregase o restituyese (18).

1. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que «las disposiciones sobre la transmisión de créditos se aplican oportunamente a la transmisión de otros derechos, en tanto la ley no prescriba otra cosa» (par. 413), y que, en general, la pretensión (*Anspruch*) se define, indirectamente, como derecho—facultad quizá—al disponer que «el derecho de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión) se extingue por prescripción» (par. 194).

Así pues, a la cesión de la pretensión del propietario (cesión de la acción real reivindicatoria, tradicional) se aplican las disposiciones sobre la cesión de un crédito (cesión de acción personal), si la ley no prescribe otra cosa.

2. «Un crédito puede ser transmitido por el acreedor mediante contrato con la persona a quien se le transmite (cesión). Con la conclusión del contrato, el nuevo acreedor se subroga en la posición del

(18) *Apéndice al Tratado citado*, pág. 127, n. 825, del traductor Melón Infantes.

El par. 985 del B. G. B. dice: «El propietario puede exigir del poseedor la entrega de la cosa.» Según el traductor, el término «Herausgabe» puede traducirse por «entrega» o «restitución», según convenga. Se recoge aquí la llamada «Anspruch auf Herausgabe der Sache» o «Herausgabeanspruch», cuya traducción es «pretensión a la entrega—o restitución—de la cosa» o, simplemente, «pretensión de entrega». En líneas generales equivale a nuestra *acción reivindicatoria*, a la que mejor llamaríamos «pretensión de reivindicación» o «*pretensión reivindicatoria*».

antiguo acreedor» (par. 391), es decir, el crédito se transfiere al acordarse la cesión, el acuerdo de cesión transmite el derecho cedido (19).

La cesión de crédito o pretensión es negocio dispositivo abstracto.

Por lo tanto, el acuerdo de cesión de la pretensión del propietario, por sí solo, transmite el derecho de propiedad; el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria transmite el derecho de propiedad (conforme a los párrafos 931 y 413) cuando el propietario cedente no es poseedor y tiene acción reivindicatoria (20).

La doctrina alemana opina unánimemente que el derecho de crédito y la pretensión personal se identifican, y toda cesión de la pretensión personal implica la cesión del crédito; pretensión y crédito son inseparables, incluso por cesión (21).

En cambio, la opinión no ha sido unánime por lo que se refiere al derecho de propiedad y a la pretensión reivindicatoria, aunque tiende a prevalecer la opinión de que, si bien el derecho de propiedad no se identifica con la pretensión reivindicatoria que, en su caso, se deriva de él, no obstante el derecho de propiedad y la pretensión reivindicatoria son inseparables, incluso por cesión; no es posible ceder la pretensión reivindicatoria sin que, al mismo tiempo, se transmita el derecho de propiedad (22).

d) 1. No cabe exigir que los interesados, aparte de convenir la transferencia de la propiedad, tengan que pactar la cesión de la pretensión de entrega derivada de la propiedad, por acuerdo expreso.

En muchos casos se puede suponer existente un acuerdo «tácito» en este sentido (lo que, en realidad, será una ficción).

(19) La cesión, el acuerdo de cesión, transmite el derecho. En cambio, en el Derecho común alemán, antes del Código Civil, según una opinión (MÜHLENBRUCH, IHERING, WINDSCHEID), la cesión (el acuerdo de cesión) no transfería el derecho, sino sólo el ejercicio de la acción, es decir, la cesión (el acuerdo de cesión) no afectaba—no transmitía—a la titularidad del derecho, sino sólo al ejercicio de la acción.

Esta es la cuestión clave del tema de la cesión de acciones.

(20) En el Derecho común, análogamente, según aquella opinión (nota anterior), el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria no transmitía la acción reivindicatoria (ni, por tanto, el derecho de propiedad, la titularidad del derecho), sino el ejercicio de la acción reivindicatoria ajena.

(21) Ahora bien, la cesión de crédito puede tener una finalidad fiduciaria y, además, es posible la llamada autorización para el cobro, que no es cesión de crédito, aunque impropriamente se denomina «cesión con efecto limitado», ni tampoco es un poder, sino un consentimiento para disponer de un derecho ajeno (v. ENNECERUS: *Tratado*, tomo I, vol. 2, págs. 384, 387 y ss.).

Además, el cedente tiene obligaciones secundarias respecto al cesionario: dar informes y entregar documentos (par. 402), expedir documento de cesión (par. 403).

(22) Esto sin perjuicio de que pueda convenirse un poder para el ejercicio de la acción reivindicatoria, que no implica cesión de la acción ni, por tanto, del derecho de propiedad. Sobre esto se insistirá más adelante.

Pero esta suposición no será posible en todos los casos: P a C enajena la cosa dada por él en comodato a D, ignorando que un cuarto se la robó a éste. No se puede hablar en este caso de una cesión (expresa) de la pretensión de propiedad contra el ladrón, puesto que las partes ni siquiera conocen la existencia de semejante pretensión. No obstante, la propiedad se transfiere a C y, por esta transmisión, P pierde su pretensión contra el ladrón, contra el cual C obtiene una pretensión de propiedad.

Así, prácticamente, la transmisión se realiza por el mero acuerdo sobre la transferencia de la propiedad.

El parágrafo 931 viene a decir que la propiedad se transmite, existiendo acuerdo real, mediante acuerdo de cesión de la reivindicatoria, implícito, cuando hay un tercero poseedor (23).

2. La transmisión mediante cesión de la pretensión de entrega derivada de la propiedad no requiere una comunicación (*denuntiatio*) al tercero poseedor, aunque aquélla sea conveniente, dados los términos del parágrafo 407 (24).

(23) Siendo así, se estima que la transmisión es posible por el mero acuerdo cuando nadie tenga la posesión de la cosa; por ejemplo, si la cosa se perdió o si el ladrón la tiró, pues no cabe pensar en una cesión de pretensiones futuras contra futuros poseedores.

Obsérvese que este supuesto, de que nadie tenga la posesión de la cosa, no cabe literalmente bajo los términos del par. 931, que se refiere al supuesto de que un tercero está en posesión de la cosa; pero sí cabe bajo su espíritu de que cuando no es posible la entrega la transmisión se realiza por el solo acuerdo de cesión del derecho.

Realmente, en aquellos casos, se cede el derecho y el cesionario tendrá, como titular del derecho, las acciones que de él deriven.

La *Suma de Rolandino* admitía la cesión de pretensiones futuras (*ob. cit.*, página 553), como más tarde WINDSCHEID (v. más adelante).

(24) La notificación (*denuntiatio*) al deudor de la cesión del crédito le impide ampararse en el desconocimiento de la cesión y en las normas que le protegen al respecto (par. 405-410).

En el Derecho común, según aquella opinión de MÜHLENBRUCH, la notificación era requisito complementario del acuerdo de cesión para la transmisión del crédito, al igual que la interposición de la demanda por el cesionario o el pago parcial al cesionario.

En el Derecho común, según opinión de IHERING y WINDSCHEID, la notificación al poseedor era irrelevante a efectos de transmisión de la acción y del derecho de propiedad; a tal efecto, el requisito equivalente era la obtención de la posesión, sin litigio o mediante litigio.

Actualmente, según el par. 407, «el nuevo acreedor debe dejar valer contra sí una prestación que el deudor efectúe, después de la cesión, al antiguo acreedor, así como todo negocio jurídico que después de dicha cesión sea celebrado en relación al crédito entre el deudor y el antiguo acreedor, a no ser que el deudor conozca la cesión al realizar la prestación o al celebrar el negocio jurídico.

Si en un litigio hecho pendiente entre el deudor y el antiguo acreedor después de la cesión ha recaído una sentencia firme sobre el crédito el nuevo acreedor debe

Los derechos que sobre la cosa tenga el tercero poseedor no se perjudican por la enajenación (par. 936, ap. 3); asimismo el tercero conserva contra el adquirente todas las objeciones que le asistían frente al enajenante (par. 936, ap. 2) (25).

3. La propiedad se transmite sin necesidad de que el adquirente obtenga posesión alguna, único caso (con excepción de la transmisión de embarcaciones marítimas), en que el Código Civil alemán deja de exigir la transmisión de la posesión para la transmisión del derecho de propiedad sobre cosas muebles (26).

Pero la cesión de la acción reivindicatoria sólo es suficiente para entender cumplida la obligación de entrega, cuando el comprador obtiene efectivamente la posesión en virtud de aquélla o cuando declara conformarse con la misma (27).

Es decir, en el expresado supuesto de venta con cesión de la acción reivindicatoria, para entender cumplidas la obligación de entrega y la obligación de transmitir el derecho de propiedad libre de derechos de terceros, se requiere que el comprador obtenga efectivamente la posesión libre, inmediata y corporal, en virtud de la acción reivindicatoria o pueda entenderse que declara conformarse con la misma acción reivindicatoria, o sea, conformarse con la venta del derecho que tenga el vendedor, cualquiera que sea el resultado del ejercicio de la acción.

Esta interpretación puede considerarse fundada en el carácter dis-

dejar valer contra sí la sentencia, a no ser que el deudor haya conocido la cesión al producirse la litis pendencia».

(25) La transmisión de mercancías, sobre las que se haya expedido un «título de tradición» (talón de embarque, conocimiento, warrant a la orden) se regula por el C. com. (par. 424, 450, 647), conforme al cual para la transmisión es suficiente, además del acuerdo dirigido a la transmisión de la propiedad, la entrega del documento, de forma que proporcione la legitimación (endoso para los documentos a la orden); por lo que no basta la entrega de un «talón de entrega», que sólo autoriza para el suministro y recepción de la mercancía. Pero esto no obsta para transmitir las mercancías con arreglo al par. 931 C. C., es decir, en virtud de ceder la pretensión de entrega, cosa muy importante para el caso en que si bien se haya entregado el documento a la orden, no haya sido endosado.

(26) En cambio, en el Derecho común alemán, antes del C. C., según una opinión (IHERING, WINDSCHEID), el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria no transmitía, por sí solo, el derecho de propiedad; se requería, además, la obtención de la posesión de la cosa, como ya se ha dicho.

(27) ENNECCERUS-LEHMANN, tomo II, vol. 1, 1.^a parte, pág. 45 (pág. 28 en 1.^a edición), n. 1. Cf. *Juristische Wochenschrift*, 1927, 607 (11).

Aunque no lo diga M. WOLFF, en el supuesto de que el vendedor no sea poseedor y, por tanto, no pueda entregar corporalmente, ha de considerarse que el vendedor, en todo caso, quiere cumplir cediendo la acción reivindicatoria (sería absurdo proteger el no querer cumplir), o, más bien, debe querer, mientras que el comprador puede no querer al enterarse de que la cosa está poseída por otro. En este sentido, es lógico el requerir una cesión de la acción reivindicatoria, sustitutiva del acto real de entrega, aparte del acuerdo real, en cumplimiento de la obligación de entregar que corresponde al vendedor.

positivo de la norma del párrafo 931, antes transcrito. Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble, cuando un tercero está en posesión de la cosa y el propietario tiene, contra él, una pretensión reivindicatoria, si vendedor y comprador están de acuerdo en que la propiedad debe transmitirse, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el vendedor propietario ceda al comprador adquirente la pretensión reivindicatoria. Es decir, la transmisión requiere un acuerdo real, normalmente implícito en el contrato causal, pero, además, como sucedáneo o sustitutivo de la entrega, un acuerdo de cesión de la reivindicatoria, sin perjuicio de que este acuerdo de cesión se considere, a su vez, normalmente implícito en el acuerdo real, y puede presumirse existente, salvo acuerdo en contra. Ahora bien, el acuerdo en contra, si no es claramente expreso, no podrá aducirse por el vendedor, obligado legalmente a transmitir el derecho y a entregar, de modo que, prácticamente, será sólo el comprador quien podrá alegar, válidamente, la falta de acuerdo de cesión, si decide no reivindicar y alegar incumplimiento por el vendedor, sin perjuicio de que si decide reivindicar y pierde la reivindicación pueda alegar incumplimiento, al menos parcial, de la obligación de entregar (28).

e) De todo lo dicho con referencia al Derecho alemán sobre la venta de cosa mueble no poseída por el vendedor, conforme al párrafo 931, puede concluirse lo siguiente:

1. El comprador puede ejercitar la reivindicatoria y el vendedor debe procurar que aquél obtenga la posesión, extrajudicial o judicialmente.

2. Ahora bien, el no poder obtener el derecho de propiedad y la posesión libre de terceros sin tener que recurrir a la reivindicatoria, o el perder ésta, supone incumplimiento del contrato, salvo pacto, sobre

(28) Par. 440: «Si el vendedor no cumple las obligaciones que le incumben según los párrafos 433 a 437 y 439, los derechos del comprador se determinan según las disposiciones de los párrafos 320 a 327 (sobre los contratos bilaterales).

Si ha sido vendida una cosa mueble y entregada al comprador con el fin de transmisión de la propiedad, dicho comprador sólo puede exigir indemnización por no cumplimiento a causa del derecho de un tercero que faculta a la posesión de la cosa, si él ha restituido la cosa al tercero en atención a su derecho (evicción) o si la ha devuelto al comprador o si la cosa ha perecido.

A la restitución de la cosa al tercero se equipara la circunstancia de que el tercero herede al comprador o éste al tercero, o la de que el comprador adquiera de otra forma el derecho del tercero o compense a éste.

Si corresponde al comprador una pretensión de restitución contra otro, basta, en lugar de la devolución (al vendedor), la cesión de la pretensión» (como en Derecho común).

todo cuando el comprador desconocía la posesión del tercero. Respecto a este incumplimiento, puede entenderse que caben dos supuestos:

Si el comprador opta por ejercitar la reivindicatoria y la gana, puede, desde luego, pedir indemnización por incumplimiento parcial. Si la pierde, con mayor razón.

Si opta por no ejercitarla, puede pretender o bien resolver el contrato, si no quiere ejercitarla nunca, pues no permitirle la resolución sería forzarle a ejercitar la reivindicatoria, o bien pedir la indemnización, si no quiere ejercitar la reivindicatoria por el momento al menos, pero ya que el comprador es propietario y puede reivindicar, sólo hay incumplimiento de una de las prestaciones de la compraventa.

De este modo, en el caso, que podríamos llamar normal, de un comprador que desconoce la falta de posesión del vendedor, al no serle entregada la cosa, queda a su opción o bien ejercitar la reivindicatoria y pedir una indemnización, mayor o menor según pierda o gane la reivindicatoria, o bien, sin ejercitar la reivindicatoria, pedir la resolución o la indemnización por incumplimiento total o parcial sin interés, pues se transmitió la propiedad, pero no la posesión inmediata corporal, es decir, el derecho libre de terceros, el ejercicio libre del derecho y de la posesión.

IV. DERECHO COMUN Y CODIFICACION

1. RECEPCIÓN MEDIEVAL DEL DERECHO ROMANO Y LA SUMA DE ROLANDINO

Para la finalidad de este estudio, más importante que conocer los referidos sistemas de Derecho vigente es el considerar cómo se ha llegado a ellos desde el Derecho común del período precodificador, en cuanto esto ayude a comprender el sistema del Derecho español actual (29).

a) Según NÚÑEZ LAGOS, en los siglos XII y XIII, en Bolonia, la escuela del Derecho de los Glosadores, interpretó todo el Código justi-

(29) Sobre la recepción en Alemania del Derecho romano y del Derecho canónico y su fusión con el Derecho consuetudinario germánico para llegar al Derecho común o *Usus modernus pandectarum* (llamado así desde STYLE, † 1701), puede verse el Tratado de ENNECERUS (tomo I, vol. 1, ed. 1935, pág. 6 y ss.).

Pero no ha de olvidarse la advertencia de MAX KASER sobre la insuficiencia de los estudios de Derecho medieval (v. *supra* nota 3).

niano (30) y difundió su conocimiento en el mundo culto; de todas partes de Europa fueron atraídos los estudiantes hacia Bolonia, creciendo su número hasta diez mil, organizados por naciones (31); se enseñaba el Derecho romano como Derecho universal, con vigencia en todo Occidente, en aquello que no se opusieran los Derechos locales especiales, fundándose en su valor intrínseco (*ratio scripta*) y en la continuación del antiguo Imperio romano por el Imperio romano de Occidente, mantenido por la Iglesia desde Roma, que se regía por el Derecho canónico, pero también reconocía o apoyaba al Derecho romano.

Para el estudio de este período disponemos de un libro extraordinario, la *Suma* del Arte Notarial de Rolandino, que revela la realidad del Derecho vivido por juristas prácticos: los Notarios medievales (32).

Desde el siglo XIII, su valor universal es indiscutible; su influjo en los países latinos ha sido constante, decisivo y trascendental. En España, el Código de Alfonso X el Sabio, «Las Siete Partidas», contienen un formulario casi idéntico al de Rolandino, que las glosas de Rolandino explican y aclaran... (33).

(30) En la *Biblioteca Laurenciana* de Florencia se encontró un manuscrito del siglo VI o VII, el *Florentino* («*Littera Pisana*» de los Glosadores, porque en su época se hallaba en Pisa), que es, posiblemente, el único que se toma en cuenta. El último de los glosadores, *Acursio* († 1260), refundió las glosas de sus antecesores y la suya propia en un comentario consecutivo, la *Glosa ordinaria* o simplemente *Glosa* (ENNECERUS: *ob. cit.*, págs. 15 y 66).

(31) En 1364 se fundó, por el Cardenal Gil de Albornoz, el *Colegio Español de Bolonia* o *Escuela Albornociana de los Españoles*, que tan brillantemente pervive.

(32) Edición por el Ilustre Colegio Notarial de Madrid (1950), con ocasión del Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino, de los *Comentarios de Rolandino, insigne Notario de Bolonia, sobre la «Suma del Arte Notarial», titulados «Aurora», con las adiciones de Pedro de Unzola, Notario de Bolonia, obra que los modernos llaman «Meridiana»*, impresa en Vicenza, en 1485. Precedida de un luminoso estudio sobre *El documento notarial y Rolandino* (hay edición separata), por RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, quien propuso y llevó a cabo la reedición.

(33) Advierte NÚÑEZ LAGOS que «la *Suma* tuvo sus precedentes, pero señaló la cumbre de una evolución. Los pobres Notarios medievales, en su ingenuo vivir tradicional, bien vistos, en su beatífica quietud, con la cómoda rutina de cada día, se llenaron de cuitas y temores ante la inundación y estruendo de los romanistas y de la escuela de Bolonia. Recibir casi de golpe todo el Derecho justiniano y tener que aplicarlo poco menos que de la noche a la mañana, en vez de las pocas leyes y sencillas costumbres anteriores, era para causar terror a todo el que tuviera conciencia de su responsabilidad. La escuela de Bolonia, ya en el cenit de su prestigio, había mostrado una gran hostilidad contra la legislación longobarda y la costumbre en general. Los aprendices podrán aprender el arte en el despacho de otro Notario. Pero ¿y los notarios ya en ejercicio? Había que renovarse, y por eso los libros de fórmulas, desde el de Irnerio al de Sabatieri, tuvieron un franco éxito. La fama de Rolandino llamó la atención de los estudiosos, y pronto se vio requerido para redactar un libro de fórmulas. Las fórmulas de Rolandino cobraron fama de ser las más completas. Cuando aparece la imprenta, un siglo después, se editan un gran número de ediciones de las mismas».

Rolandino, notario, ya «casi viejo» se dedica a la enseñanza, tiene cátedra y redacta *Aurora*, probablemente, no antes de 1280, recogiendo sus explicaciones de clase, siguiendo el método exegético, pero en vez de estudiar directamente las fuentes legales, su exégesis tenía por objeto el tenor literal de las fórmulas o Suma (34).

Pedro de Unzola, el discípulo más directo y principal de Rolandino, completó la *Aurora* escrita por Rolandino con adiciones o comentarios; pero, en todo caso, diferenciadas del texto del maestro, se refiere a veces a las opiniones equivocadas del mismo, en vez de eliminarlas o suplantarlas, y en todo momento las dos personalidades de Rolandino y su discípulo aparecen distintas e independientes.

En la Suma se puede estudiar, prácticamente, toda la problemática del tema de este estudio: compraventa y tradición (sistema del título y el modo), *constituto posesorio*, doble venta, cesión de derechos y acciones, con algunas referencias a la acción reivindicatoria, etc.

b) Los comentarios de Rolandino, en beneficio del lector, es mejor copiarlos, en lo que resulta de interés para el tema, que exponerlos de otro modo, con riesgo de hacerles perder su viveza y su sentido cierto. La lectura detenida de algunos fragmentos a retazos ayuda a conocer someramente la concepción jurídica medieval, y a interpretar el Derecho español vigente, aunque, naturalmente, sea más ilustrativa la lectura directa y total.

1. En primer lugar, ha de considerarse el comentario general al que llama instrumento de *venta simple*.

1.1. «Venta es la entrega (*datio*) de alguna cosa por precio cierto; de este modo, compra es aceptación (*acceptio*) de alguna cosa por cierto precio. Porque lo que se dice de uno, que es el dar, se entiende dicho correlativamente del otro; de la definición puedes sacar dos consecuencias: una por parte del vendedor, que es la entrega (*datio*) de la cosa vendida—esto es, la *traditio* (UNZOLA)—; otra por parte del comprador, que es el pago del precio...

(34) «Desde que se escribe *Aurora* hasta que se imprime por primera vez han pasado cerca de dos siglos. Los manuscritos de Rolandino, de copista en copista, tendrían, sin duda, muchos errores involuntarios, simples erratas y *lapsus calami*. Con la imprenta apareció el mercado de libros en relativa gran escala y la necesidad de que las obras destinadas a la práctica jurídica estuvieran puestas al día. Se corrigen los manuscritos, se incluye como texto lo que fue glosa, se sustituye un texto por otro. Los errores accidentales de los simples copistas, la mayoría de las veces completamente inocuos, se sustituyen por errores voluntarios, cuando no por verdaderos fraudes. De aquí que, tratándose de libros para la práctica del notariado, sean preferibles los impresos antes de 1500, como el referido incunable, que se reproduce en facsímil y traducido al castellano», fechado en 1485.

1.2. El vendedor debe entregar (*praestare*) la cosa—o, lo que es lo mismo, tradirla (UNZOLA)—. Pero no está obligado a hacerla propia del comprador; por más que si fuera propiedad del vendedor tradente, el dominio se transfiere por aquella tradición hecha por el vendedor al comprador...

1.3. Dos elementos... integran cualquier venta: cosa o precio.

El nombre de cosa (*rei*) es general: abarca cosas corporales, esto es, que por su naturaleza pueden tocarse con las manos, como es «esta finca», «este vestido»; también cosas incorporeales, como los derechos, las acciones...

1.4. Las ventas, unos dicen que se hagan por escrito; otros, sin escritura... Suele practicarse—la escritura—en las ventas de bienes inmuebles; entre vendedores y mercaderes de bienes existentes en peso, número y medida no se acostumbra a redactar escritura de venta (35).

La venta sin escritura se perfecciona por el solo consentimiento sobre la cosa y el precio.

La venta hecha por instrumento, esto es, aquella que reclama se otorgue seguidamente instrumento, exige el consentimiento y la perfección final de la misma escritura... como medio de prueba.»

(35) Las ventas de bienes inmuebles solían formalizarse en escritura pública, como ahora, a diferencia de las mercaderías. El tráfico mercantil queda, normalmente, aparte de la función notarial. Ello no obsta a que los Notarios actúen, aunque limitadamente, en la documentación de créditos y de su transmisión.

(36) Instrumento de venta simple:

«En el nombre del Señor, amén. En el año del Señor... indicción... día... *Antonio* DIO, VENDIÓ y TRADIÓ por derecho propio a perpetuidad a *Conrado*, que recibe y compra por sí y sus herederos,

una parcela de tierra labrantía, sita en las pertenencias de San Rófilo, en el lugar llamado el Río, que dijo y convino ser de diez tornaturas y sus confines los siguientes..., etc.;

para HABER, TENER, POSEER y HACER a *perpetuidad* lo que a éste y a sus herederos les pluguiere en lo sucesivo, con todas y cada una de las cosas que se contienen dentro de los confines expresados, u otros si los hubiere, con sus entradas y salidas hasta la vía pública y con todas y cada una de las cosas que tiene sobre sí o debajo de sí, o dentro de sí, íntegramente, y con todo derecho y acción, uso o requisición que de alguna manera pertenezca a él de esta o por esta cosa o a la propia cosa.

Por el PRECIO de diez libras boloñesas cada tornatura, precio que alcanza un total de cien libras boloñesas; precio que el citado vendedor confesó y se contentó haber habido y recibido del propio comprador y que se le había dado íntegramente, pagado y numerado, renunciando sin reservas a la excepción de precio no dado, no pagado, no numerado, así como a todo otro auxilio.

Y el mismo vendedor se constituyó poseedor en nombre del propio comprador de la citada cosa hasta que hubiere recibido la posesión corporal de la misma, y dióle licencia omnímoda para aprehenderla por su autoridad y retenerla en lo sucesivo.

Prometiendo por sí y sus herederos al dicho comprador, que estipula por sí y

1.5. Al comentar las *cláusulas* del instrumento de venta simple (36), se hacen consideraciones muy interesantes.

«El capítulo IV (de la escritura)—dice UNZOLA—, el relativo a la *traditio rei*, se ha de consignar ineludiblemente en la fórmula de venta, ya que la cosa no pasa ordinariamente al dominio del comprador por el pacto de venta; por ello, aunque uno haya comprado alguna cosa, no la hace suya antes de la *traditio*; solamente se le debe; pero consumada la *traditio*, el dominio pasa al comprador, si quien la entrega era dueño de la cosa, y si se ha pagado su precio. Luego es preciso que la escritura exprese que se hizo la tradición corporal de la cosa o algo que sea equivalente a la entrega; por ejemplo, que el vendedor diga: «Me constituyo en poseedor de esta cosa en nombre del comprador». De esta manera, mediante la escritura, puede probarse que si le tridió la cosa al comprador, ésta ha pasado a su poder...»

1.6. Más adelante, dice Rolandino que «*tradere* tiene una doble significación, una propia e impropia la otra. En un sentido significa trair (*tradere*) esto es, transferir su cosa a otro. La cosa corporal se puede trair y traida por su dueño queda enajenada. Se dice «entrego» (*trado*), esto es, «doy transfiriendo»... y tridió, esto es, «dio transfiriendo». En otro sentido se toma entregar (*tradere*) por la inducción a la posesión o por la misma prestación corporal de la cosa; por ejemplo, cuando se dice: «tridió la posesión» o el mismo caballo por el freno o el mismo libro en sus manos...».

Pero adiciona UNZOLA: «no me gusta mucho la interpretación que da *Aurora* a la palabra *tradidit* (entregó), en cuanto a la primera interpretación, en la que insinúa que *tradere* equivale a «hacer la cosa del que la recibe» o «transferir a otro la propiedad»... Mas, entregar (*tradere*), como dice la segunda interpretación de *Aurora*, es llevar a uno a la posesión corporal de la cosa, significando el hecho mismo, a saber,

los suyos, no provocar en tiempo alguno pleito o controversia, a él o a sus herederos, por la dicha cosa o parte de ella, ni consentírselo al que lo provoque; antes al contrario, DEFENDER LEGÍTIMAMENTE de todo hombre y colectividad la cosa vendida, tanto en la propiedad como en la posesión para él y sus herederos, autorizarla, desgravarla y haber firmes y ratificadas a perpetuidad la venta antes citada y todas estas cosas y cada una de ellas arriba escritas, y mantenerlas y no hacer nada en contra, o proceder por sí o por otro por razón alguna o causa de derecho o de hecho

Bajo la PENA, prometida por estipulación, del duplo de la estimación de la citada cosa, habida razón de la mejora que con el tiempo tuviere; y pagada o no la pena, continúen firmes todas y cada una de las cosas sobredichas. Item reparar y restituirle todos y cada uno de los daños, expensas e 'interés' del pleito y fuera de él. Y para cumplir firmemente todas y cada una de estas cosas obligó todos sus bienes, tanto los que tiene como los que pueda tener

Hecho (*actum*) en Bolonia, en la casa del citado Antonio, presentes Pedro, Jacobo y Andrés, testigos citados y rogados para este fin.»

la misma inducción a la posesión; por tanto, quién prometió trair la cosa, si ciertamente traidió la vacua posesión, aunque no transfiera la propiedad, cumplió lo que prometió, como expresamente advierte Azón en la Suma «De evictione»... Es cierto lo que dice la ley: si estipulamos que la cosa se entregue (*tradi*), no se entiende dar la propiedad al estipulador, sino que solamente se le entregue la cosa. Por la entrega (*traditione*) hecha de alguna cosa, *con causa hábil* para transferir el dominio, se transfiere éste al que la recibe si el que entrega era dueño; sin embargo, el hecho de la entrega no es transferencia del dominio, sino inducción a la posesión... En el instrumento de venta, si la cosa que se vende y trade está presente, de modo que el comprador pueda entrar en su posesión, entonces podemos afirmar... dio, vendió y entregó (*dedit, vendidit et tradidit*) y su sentido será: le llevó a la posesión. Pero si la cosa vendida no está presente cuando se hace la escritura, de modo que no se realiza la inducción a la posesión, ni aun cuando la hubiera, entonces... debería decirse llanamente: dio, vendió (*dedit, vendidit*) tal cosa, etc.; pero nuestra Suma, en cualquier caso y en cualquier instrumento de venta, afirma: dio, vendió y traidió (*dedit, vendidit et tradidit*), aunque la cosa no esté presente cuando se redacta el instrumento y aunque no se hubiera realizado entrega alguna; pero quizá obra así porque interpreta la palabra «traidió» (*tradidit*) en el sentido en el que lo toma *Aurora* en su primera interpretación; dio transfiriendo, esto es, trasladó la propiedad; por tanto, ten presente la intención del vendedor, cual es que el comprador aprehenda la posesión cuando le plazca por propia autoridad y resuelva poseerla en nombre propio. En consecuencia, téngase por entregada la cosa, poséala el comprador; y el vendedor deje de poseer; y de esta manera pueda declarar el Notario en el instrumento «traidió» (*tradidit*), porque la posesión se traspasó al comprador por aquellas palabras, «me constituyo poseedor» en tu nombre; el vendedor, en efecto, únicamente la perdió sólo ánimo y fue adquirida por el comprador a sabiendas y queriéndolo (*scienti et volenti*). Y de lo dicho anteriormente es evidente que cuando el vendedor determinó poseer en nombre del comprador, el instrumento puede consignar traidió (*tradidit*) y la cosa es tenida por entregada; sin embargo, debes saber siempre que doquiera el instrumento diga «Fulano traidió», con ello se prueba que la entrega se hizo porque el instrumento público hace fe de ello, a no ser que se pruebe lo contrario... Igualmente se exige conocimiento y voluntad en quien adquiere.

Igualmente observa que es distinto estipular que la cosa se le entregue (no parece estipularse la propiedad) a estipular que se le dé la vacua posesión (comprenderá la sola tradición de la posesión nuda—libre,

plena—y no atañe a la propiedad, no presente) o a estipular que se le dé la cosa y se le trada (*tradit*) la vacua posesión».

1.7. También dice Rolandino que «la materia de la posesión no es fácil ni breve; por lo mismo, los Notarios no la han de estudiar a fondo; baste, sin embargo, tomar de ella algunas y pocas nociones, para que, al menos, no nos tachen de ignorantes de lo que escribimos y decimos...

Posesión corporal es la tenencia de una cosa corporal, concurriendo el vínculo del *corpus*, del *animus* y del *ius*. Se dice de cosa corporal, porque solamente se poseen cosas corporales; las incorporeales se dice que cuasi se poseen y cuasi se entregan por tolerancia y uso.

Y por esto se llama con razón tenencia, porque, naturalmente, es tenida por aquel que corporalmente se apoya en la cosa. Se dice también posesión «como la posición de los pies» (*quasi pedum positio*). También se dice: concurriendo el vínculo del *corpus*, del *animus* y del *ius*, porque estos tres elementos deben concurrir para que se posea en verdad, a saber: el acto del cuerpo, el afecto del alma y el vínculo del derecho. De donde se deduce que es necesario que se alcance, o con el cuerpo, o al menos con los ojos, porque la mayoría de las veces basta la mirada de los ojos, y el afecto del *animus*, con la voluntad del tradente. El mismo afecto del *animus* también es necesario, porque no se posee sólo por el cuerpo, o sólo por el alma».

Y dice UNZOLA: «esto es, la posesión no se adquiere por el solo cuerpo, ni tampoco por sola el alma; se requieren ambas cosas; pero con sólo animo se retiene, en verdad, la posesión, porque en el *Digesto* se lee que aunque la posesión no puede adquirirse sólo ánimo, sin embargo, puede retenerse sólo ánimo...».

Sigue Rolandino: «Mas la posesión se adquiere de muchos modos; primeramente, por *traditio*, esto es, aprehensión corporal; porque si alguna persona hábil me hubiere hecho tradición de una cosa de su propiedad, cuya enajenación no está prohibida, y me la hubiera entregado por causa hábil, por ejemplo..., venta..., yo alcancé la posesión y el dominio, aunque se exija el pago del precio de la cosa vendida. Y esta posesión que la alcanza uno por su cuerpo o al menos por los ojos, con el afecto del *animus* y voluntad del que la entrega, es posesión natural y también se llama civil, esto es, aprobada por el Derecho civil».

1.8. El «instrumento de venta que contiene en sí algunos pactos muy útiles», se refiere a la estipulación de la *pena del duplo por causa de evicción* (37).

(37) Obsérvese que la acción del duplo por evicción procede de pacto expreso, no como efecto natural del contrato de compraventa.

«El vendedor, por Derecho común, debe hacer tradición de la cosa de modo que el comprador obtenga la posesión vacua, esto es, plena... Esto comprende dos cosas: que la cosa no se le pueda quitar por sentencia del juez (no sería plena), que ningún otro la poseyere antes que él (entonces no era vacua).

Si otra persona estuviera en posesión de la cosa, se le debe reclamar. De otra forma sería incomprensible que se hubiera efectuado la tradición. Por lo tanto, el comprador—que no recibió la posesión o la perdió por interdicto—podrá accionar por la *ex empto* contra el vendedor, por su interés (daños y perjuicios), por razón de posesión no vacua, pero no pedir el duplo, aunque se trate de cosa preciosa, porque no se declara la evicción de la cosa, sino de su posesión, según dice AZÓN.

Para que se incurra en la pena del duplo estipulado, no olvides, en primer término, que es necesario que la cosa se hubiere entregado al comprador y después se haya declarado evicta..., según AZÓN, HUGO, ACURSIO.

En cambio, otros dijeron que procede la acción del duplo por la evicción, declarada evicta la cosa, aun antes de su *traditio*, pero después de la venta.»

1.9. Respecto a la aplicación del más tarde denominado sistema del título y el modo, en los supuestos de que el efecto traslativo esté *condicionado* suspensiva o resolutoriamente, ya se planteó en tiempo de los glosadores.

Rolandino dice que «dos son los pactos accidentales con nombre propio que suelen mediar en las ventas, a saber: pacto de ley comisoria (*legis commissoriae*) y el pacto de adición a plazo fijo (*pactum adiectio-nis in diem*)..., o sea, pacto de «puja» *in diem*... Observa que en los pactos de la ley comisoria y de puja *in diem*, llegada la resolución de la venta, se le concederá unas veces al vendedor la reivindicación para recuperar las cosas vendidas bajo tales pactos; otras veces no podrá actuarse por reivindicación, sino por acción derivada del propio contrato.

En efecto, si dijo: «Vendo tal cosa por ciento»; si el precio no se pagó dentro del plazo señalado o si otro presentó mejor oferta, la cosa queda incomprada. En este caso, no habiéndose pagado el precio ni habiéndose presentado mejor oferta, el dominio vuelve al vendedor, que puede reivindicarla como suya.

¿Cómo el vendedor se constituye dueño sin la tradición? El dominio se le había transferido al comprador por la *traditio*. ¿Cómo, pues, por

un solo pacto vuelve a él cuando los dominios no se adquieren por el solo pacto?

Se ha de responder que hay algo especial en los pactos de la ley comisoria y de puja *in diem* y en algunos otros casos».

1.10. En cuanto al «Instrumento de *promesa de venta o reventa de una cosa al mismo que antes la vendió*», es de gran interés lo que dice Rolandino a propósito del pacto de retrovender... «Llegada la condición, Antonio devuelve a Conrado el precio, y Conrado debe devolver y hacer retradición de la misma cosa al propio Antonio, de igual manera que a Conrado se le transmitió el dominio por la tradición de la cosa y el pago del precio. De esta misma manera, el mismo Conrado debe retransmitir el dominio por *traditio* a Antonio (38); no basta si sólo le cede los derechos, como algunos pretenden en este caso, porque la cesión no es un medio de transferir el dominio de una cosa corporal (39), ya que la tradición es el modo de transferirlo. Así pues, por cesión no se transmite el dominio...

Se ceden las cosas incorpóreas, a saber: derechos y acciones; sin embargo, no es dueño aquel a quien solamente se cede (40).

«La ley dice (*Ut D. fam. hercis. 1. plane*): si te cedo la acción reivindicatoria (41), tú no eres el dueño, sino yo; y si te cedo en las personales, no se te dan en ti, sino a mí.

Lo primero es verdad, refiriéndolo al dominio directo; en el útil, empero, se te debe a ti sólo» (42).

«... Igualmente, la ley dice: vale menos tener acciones que la cosa (*Ut D. de regu. iuris 1. minus*)» (43).

1.11. El «Instrumento que se hará cuando se dude si la cosa está obligada a otro», es decir, cuando se dude si la hubiera enajenado verdadera o fingidamente, lleva el comentario de que «*si una persona vende una cosa a dos compradores... separadamente y en diversos tiempos a dos y a cada uno de ellos totalmente... si la vendió quien*

(38) No se trata de la readquisición automática propia del retracto convencional.

(39) Obsérvese la referencia a cosa corporal.

(40) Si el vendedor puede entregar, es poseedor, no basta ceder el derecho o la acción reivindicatoria, que no existe, para que el comprador resulte dueño: la tradición es el modo de transmitir la *cosa* corporal; la cesión sólo se refiere a cosa incorpórea, o sea, en su caso, al *derecho* del propietario no poseedor.

(41) Cuando existe, porque hay un tercero poseedor.

(42) Así pues, cuando el vendedor no es poseedor y tiene la acción reivindicatoria que cede, se aplica la distinción entre acción directa y acción útil (v. el mismo Rolandino, pág. 553).

(43) Es la *regla del Derecho antiguo* (D. 50, 17, 204) que cita GÓMEZ DE LA SERNA, como se verá.

era su dueño... quien logró primero la *traditio* tiene la preferencia, y más si pagó el precio, a no ser que el primer comprador fuera privilegiado, como es la Iglesia...».

2. Respecto al tema de este estudio, es de interés especial el capítulo IV de la Suma, que trata de las «*Cesiones de acciones*» (44).

2.1. Concretamente, dice ROLANDINO, «este capítulo estudia principalmente las cesiones de derechos y acciones; la cesión es traslación de derechos y acciones (pues quien cede su acción, en cierto modo, intenta retirarla de su persona)...

Cesión es la traslación de un derecho y acción; por ella se transfieren derechos y acciones a la persona a quien se hace la cesión. En efecto, de la misma manera que en la venta o en cualquier clase de enajenación se necesita la *traditio* de la cosa corporal, en cuanto a la transmisión del dominio, del mismo modo en la transmisión de dominio de cosa incorporea, esto es, de derechos y acciones, nos valemos de la *cesión*, que *equivale a la tradición*...» (45).

2.2. Matizando estas manifestaciones del maestro, el discípulo PEDRO DE UNZOLA añade: «... no pasan las acciones directas, sino las útiles (46).

(44) Sobre la evolución histórica de la cesión de acciones personales o créditos en el Derecho romano, MAX KASER: *Derecho Privado Romano*, págs. 244 y ss. v 388; JÖRS-KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, ed. 1937, págs. 293 y 296, y D'ORS: *Elementos de Derecho Privado Romano*, 1960, pág. 318.

Ha de tenerse en cuenta que la institución del *procurator in rem suam* es propia del proceso formulario clásico, no del proceso cognitorio postclásico y medieval, pero las *Instituciones* de Gayo fueron desconocidas por los glosadores y sólo al ser descubiertas en el siglo XIX permitieron reconsiderar muchas cuestiones, aunque también originaron cierto confucionismo, porque no agotan todo el Derecho de procedimiento, tan íntimamente unido con el Derecho sustantivo en Roma. (Véase MAX KASER: *ob. cit.*, en particular, pág. 353, y, en este estudio, más adelante, la referencia a la obra de MÜHLENBRUCH y al estudio de VALIÑO sobre las acciones útiles.)

Por otra parte, la evolución histórica de la cesión de la acción personal (del crédito) es condicionante de la evolución histórica de la cesión de la acción real reivindicatoria.

(45) Son claras la equiparación de acciones (a que se refiere el capítulo IV: «Cesión de acciones») y derechos, la contraposición entre dominio de cosa corporal y dominio (tiularidad) de cosa incorporea, o sea de derechos y acciones, y la comparación de la transmisión de la cosa corporal por *traditio* y de la cosa incorporea por cesión, que equivale a la tradición.

(46) En este punto aparece la opinión de los glosadores, que en todo supuesto de cesión de acciones o derechos consideran que coexisten dos acciones o derechos: la acción directa (podría decirse el derecho, que se estima inherente a la persona) y la acción útil (manifestación de otro derecho sobre el mismo bien económico: el crédito). La distinción, sobre la que luego se insiste, perdura hasta el período codificador, aunque prácticamente ya como un puro formulismo. Es una distinción de

Hecha su cesión, la acción compete al cesionario, si la cesión fue válida según Derecho, porque la cesión se hace con el título o causa de aquella acción. Observa, pues, que si queremos que se te conceda mi acción, son requisitos la cesión y el título o causa. La cesión sin título se presume simulada y de nada te servirá (47).

Hay, sin embargo, cesiones que por Derecho tengo el deber de hacer («seis casos»); en ellas no se exige título—quiere decir cesión adicional expresa—; en aquellos—seis—casos y similares, basta que la ley diga que estoy obligado a ceder...

Está fuera de duda, según la opinión de todos, que en seis casos o títulos la ley permite intentar la acción útil por el solo título, sin cesión—expresa adicional, quiere decir—a la persona que recibió algo de mí por alguno de aquellos títulos. El primer título se da en la *venta*; por ejemplo, si te vendo una acción que me pertenece contra tal persona (48).

Fuera de estos seis casos, los glosadores opinan que es necesaria la cesión—expresa adicional—subsiguiente al contrato o título, al igual que hace la *traditio* en las cosas corporales... (49).

Y así como en la venta de una cosa corporal el dominio no pasa al comprador, si no se efectúa la *traditio*, del mismo modo el cesionario no tiene acción directa—su ejercicio—si no se efectúa la cesión—expresa adicional—. Sin embargo, posee la acción útil en los seis casos apuntados. Ahora bien, como hablando con propiedad no hay *traditio* de cosas incorpóreas, por ello, en nombre del cedente y no en el suyo propio, el cesionario ejercita la acción directa y, en cambio, puede ejercitar la útil en su propio nombre».

2.3. «Además, no se separa la acción—directa—del mandante; antes por el contrario, aun después de ceder, podría él mismo accionar, si lo quisiera así, excepto en los «tres casos» que pondremos a continuación: cuando, en unión del deudor, contestó a la *lite* la persona que posee la acción útil, o cuando recibió parte de la deuda, o cuando denunció para que no se pagara al cedente. Fuera de estos—tres—casos,

Derecho sustantivo, no de Derecho procesal, aunque pueda tener implicaciones procesales, respecto a la *legitimatío ad causam*.

(47) Se revela aquí el sistema del título o causa y el modo.

(48) Se presupone el pago y no se distingue la acción personal de la acción real. Ver más adelante, sobre el pacto de retroventa, la aplicación al derecho de propiedad.

(49) La cesión se realiza por el solo contrato o título, en seis *casos* (o *títulos*), sobre todo en el de venta de una acción; en los otros casos se requiere acuerdo adicional expreso de cesión. Lo que no se admite es la cesión adicional expresa sin fundarla en título expreso.

no parece razonable se prefiera al que posee la acción útil al dueño—titular del derecho—, que tiene la acción directa (50).

La acción directa la puede intentar, en nombre del cedente, el cesionario, una vez que se efectuó la cesión—expresa adicional—, como antes se enseñó.

La cesión—expresa adicional—no parece ser muy beneficiosa en los seis casos antes explicados, ya que sin aquélla se tiene la acción útil, mediante la cual puede mirar su utilidad personal quien recibió de mí alguna acción por las causas antedichas...

Ahora bien—el deudor—que está sometido a ti por la acción útil, ¿te está obligado? ¿Acaso podrás hacer constar en la demanda (*libello*), con razón, que aquél está obligado contigo? Unos dicen que no; pero, no obstante, la ley te consiente actuar con la acción útil en beneficio tuyo.»

3. De los ocho instrumentos sobre contratos de cesiones, atendiendo a las causas que suelen tener lugar más frecuentemente, es de gran interés el «instrumento de *cesión de derechos y acciones por causa de venta*» (51).

(50) «Además, no te olvides que si tú—cedente—te vales de la acción directa, callándolo o ignorándolo yo—cesionario—, y reclamas—al deudor—la deuda o su compensación, puedes ciertamente hacerlo; el deudor está obligado a pagarte y pagando se libera; pero, no obstante, es cierto que tú estás obligado a restituirme lo pagado o compensado.

Falla, no obstante, lo dicho en tres casos en los que no puedes reclamar la deuda, y el deudor no se libera aunque la pague.

Se daba el primer caso si yo hubiera contestado la lite con el deudor. El segundo, si presenté denuncia (*denuntiatio*: notificación) para que no se pagase. El tercero, si recibí parte de la deuda del mismo deudor, porque éste, por el hecho de pagarme, parece haber reconocido la deuda.»

(51) Cesión de derecho y acción por causa de venta:

«Antonio, por causa de venta, DIÓ, CEDIÓ, TRASPASÓ y MANDÓ a Conrado, que recibe por sí y sus herederos, todos los *derechos y acciones* reales y personales, útiles y directas, los derechos y acciones que tenía o podía tener contra Felipe. Andrés y cualquiera de éstos *in solidum*, contra sus herederos y sobre los bienes de los mismos, en nombre y con ocasión de la deuda de *cien libras* boloñesas que los mencionados Felipe y Andrés estaban obligados a dar y pagar al citado Antonio por *mutuo*, como se demuestra en el instrumento escrito por mano de tal notario. Este instrumento lo tradió y dió al propio Conrado allí mismo, constituyéndole procurador *in rem suam* y poniéndole en su lugar; de modo que desde ahora en su propio nombre, con acciones útiles y directas, pueda accionar contra los citados Andrés y Felipe y cualquiera de ellos *in solidum*, contra sus herederos y sobre sus bienes, en nombre y con ocasión de la citada deuda; demandar, excepcionar y replicar, obtener y defenderse, exigir la citada deuda, el capital y la pena, los daños, las expensas, el interés, los bienes obligados y hacer todas y cada una de las cosas en la misma forma que él podía hacerlo.

Pactando y conviniendo que hasta ahora a ningún otro cedió los derechos antes descritos y que en el tiempo de este contrato era en verdad acreedor de la deuda

3.1. A propósito de éste dice ROLANDINO que, «de igual modo que se requiere título o causa para transmitir el dominio de una cosa corporal, así también se exige título o causa para la transmisión de una cosa incorporeal, cual es el derecho y la acción. En consecuencia, la Suma empieza por el título más importante, el de venta; sigue a continuación el instrumento sobre este tema o caso (52): «Antonio tenía dos deudores; cada uno de éstos estaba obligado *in solidum* por una deuda de cien libras, por causa de mutuo. Antonio cede a Conrado, por causa de venta, las acciones que le pertenecen por la misma deuda» —es decir, su derecho de crédito—.

Este instrumento comprende seis capítulos o miembros:

El primero estudia los contratantes—al cedente y al cesionario—y la causa o título de la cesión (53).

Y en este particular tendrás que aunque la fórmula utilice en este pasaje cuatro palabras, a saber, «dio», «cedió», «transfirió» y «mandó», no obstante podría bastar una de ellas; por ejemplo, *cedió*, porque es la más conforme con la naturaleza de este negocio.

La primera palabra, «dio», la utilizamos por costumbre general. Es costumbre entre nosotros servirnos de este término siempre que se transfiera de uno a otro algo corporal o incorporeal o se pretende transferir.

antes fijada. Aún más: prometió con estipulación solemne al citado *Conrado* la dicha cesión y haber firmes y ratificadas todas y cada una de las cosas arriba escritas, mantenerlas, no hacer nada en contra ni proceder por alguna razón o causa de derecho o de hecho; *defenderle* y autorizarle *legítimamente* los antedichos derechos y acciones.

Y si apareciere que él antes había cedido a otro los citados derechos o que no había sido acreedor de la deuda citada al tiempo de este contrato; si no le defendiere—como se dijo—y cumpliera todas y cada una de las cosas contenidas en este contrato o contraviniera en alguna (le prometió) al mismo pagar y darle el duplo de la misma cantidad de dinero, en calidad de *pena*, prometida por estipulación *in solidum* en cada uno de los capítulos de este contrato; y pagada la pena o no, queden firmes todas y cada una de las cosas escritas antes o después.

Item reparar y restituirle todos y cada uno de los daños, las expensas y el interés en el pleito y fuera de él, obligándole, en garantía del cumplimiento de todas y cada una de estas cosas, todos sus bienes por cualquier precio y en nombre del precio de la misma cesión;

y cedidos los mismos derechos y acciones primeramente, el citado *Antonio* confesó y se contentó haber habido y recibido del propio *Conrado* cien libras boloñesas, renunciando sin reservas a la excepción de precio no dado y no pagado, a la excepción de dolo, a la *condictio* sin causa, a la acción *in factum* y a todo otro auxilio.»

(52) Como en el C. C. español, capítulo VII, arts. 1.526 y ss.

(53) Es interesante el comentario de UNZOLA según el cual «... ten presente que algunos opinan que (en la escritura) debe ponerse antes que nada el título y después siga la cesión ... diciendo: Antonio dió, cedió por venta, etc.»

El tercer vocablo, «transfirió» (*transtulit*), es exposición o aclaración de la palabra cedió (*cessit*), ya que la cesión es la traslación de derechos y acciones.

Sobre el cuarto término, «mandó» (*mandavit*), debes saber que en este lugar no hay diferencia entre ceder y mandar la acción, aunque cada uno de estos vocablos, tomados específicamente, tenga significación propia, distinta de la del otro.

También puedes afirmar que usamos la palabra cedió por la acción útil que se traspasa—concede—al hacer la—venta—cesión, y usamos el término mandó, por la acción directa y personal, que no se separa del cedente, pero cuyo ejercicio se manda, se encomienda. Por ello, en el instrumento se dice: constituyéndole a éste procurador, etc.»

3.2. UNZOLA adiciona que «esta última parece ser la opinión de JUAN (¿BASSIANO?). Dice JUAN: quien cede, retiene la directa, transfiere la útil. Pero quien sólo manda encomienda el ejercicio y no transfiere ni la directa ni la útil, excepto en los seis casos señalados arriba; o si obra subsidiariamente, como también se indicó; o si hay mandato para que sea procurador *in rem suam*, en cuyo caso significa lo mismo ceder que mandar...».

Sigue diciendo UNZOLA: «*Directa* (54) es cierta acción derivada expresamente de la voluntad de la ley, ora se conceda a uno por la ley, ora proceda de algún contrato o cuasicontrato, de un delito o cuasidelito; y se llama directa porque las palabras de la ley se dirigen al sujeto a quien la ley quiso que se le concediera la acción: de este modo concurren a la concesión de la ley sus palabras—directas—y sentido. Cuando faltan las palabras—directas—pero la voluntad o sentido tácito de la ley exige que se da la acción, se da la acción útil...».

«Es evidente, según lo expuesto, que cuando alguien se obliga conmigo directa y personalmente en cien libras o en otra cosa, si yo quisiera cederte mis acciones, no convendría que el Notario consignara en el instrumento que se ceden tales acciones reales, ya que no me pertenecen en el caso propuesto; bastaría decir: «cede su acción personal contra tal sujeto».

Asimismo, si alguien posee una cosa de mi propiedad, por lo cual yo puedo accionar contra él por acción real, si yo quisiera cedértela, bastaría que el Notario anotara: «Cedio la acción *real* contra Fulano»,

(54) La expresión «acción directa», contrapuesta a la acción útil, resulta claramente de un texto importantísimo (D. 3,5, 46,47, Paulo 1, sent.), según el cual en los juicios tramitados *extra ordinem* no tiene importancia el que uno sea reclamado por la acción directa o por la acción útil.

y no convendría que dijera: «Cedió la acción real y personal», porque no le compete ésta...» (55).

3.3. A su vez, dice ROLANDINO, «¿qué y cuándo se adquiere para el cesionario?, ¿qué acción adquiere?

Sobre este punto debes saber que si me *vendiste*... tu acción..., entonces..., sin hacer—expresa adicional—cesión alguna, la ley me permite intentar únicamente la acción útil, por la que puedo reclamar en mi nombre y exigir la deuda útilmente y con efectos; yo fui constituido dueño de aquel crédito y deuda en cualquiera de los contratos (aquellos «seis») arriba descritos.

La acción directa o personal no la puedo intentar, ni en mi nombre ni en el tuyo; aquélla permanecerá absolutamente en ti.

Pero si la *cesión* siguiera a alguno de los mencionados contratos, la acción útil me corresponderá por aquel contrato—de venta—, como se dijo, y en cambio la directa me compete en tu nombre por la cesión, ya que mediante ella me nombraste procurador, aunque en cosa mía, para intentarla y ejercitarla. Y ésta es la doctrina que se refleja en los instrumentos de cesiones al constituir procurador sobre cosa suya... como si fuera cosa tuya...

Efectivamente, si me cedieras tus derechos y acciones contra tu pro-

(55) Obsérvese la referencia expresa a una acción real.

También es interesante la siguiente aclaración de UNZOLA, que incluso puede trasladarse al formulario notarial de Febrero, en pleno siglo XIX:

«Los Notarios, sin embargo, usan todos los términos antedichos y los nombres de las acciones en cualquier instrumento y en cualquier caso de cesión; y obran así principalmente para guardar las apariencias, esto es, para que la gente vea que saben de instrumentos más que por exigencias necesarias de la ley; no creen, sin embargo, los doctores que exista perjuicio alguno si los Notarios emplean el vocablo propio de aquella acción que se cede, y a continuación añaden otros muchos términos que no se refieren propia o figuradamente a la misma acción; porque lo superfluo no vicia el acto, como lo superabundante no suele viciar las escrituras. Más aún: hay algunos Notarios que en sus instrumentos de cesiones emplean más nombres de acciones que los que usa nuestra *Suma*. En efecto, ellos dicen: 'Fulano cedió a Zutano todos los derechos y acciones reales y personales, útiles y directas, mixtas, civiles y pretorias, hipotecarias...', y mezclan en el instrumento casi todas las palabras que se utilizan en las divisiones y nombres de las acciones; y esto sin duda lo pueden hacer.

Ahora bien; estimo que es mejor y más seguro que las cesiones se efectúen sobre cada acción, singularmente sobre alguna o algunas acciones, y que en el instrumento se pongan los nombres y términos que correspondan a las acciones que se ceden y se omitan las otras expresiones, para que no puedan quizá deducir de la multitud de acciones cedidas que el precio dado es insignificante, y por este detalle, comparando las numerosas acciones cedidas con la escasez del precio, la cesión se presuma simulada.

Y toma nota también de esto: aunque se diga en el instrumento 'cedió las directas y las útiles', no por ello se separan las acciones directas del cedente, aunque el cesionario pueda en nombre del cedente intentarlas...»

pio deudor por causa de venta u otra de las causas arriba dichas, se transfiere a mí la acción útil—por causa—del contrato de venta (o de otro parecido), de la que puedo valerme para reclamar la deuda como cosa mía.

La acción directa y personal tú la conservas, ya que es imposible separarla de ti por la cesión, aunque quieras: «es inherente a tus huesos». De donde se deduce que para intentar la acción directa debes nombrarme tu procurador, pero en cosa mía, es decir, para exigir la misma deuda como si fuera mía, y de este modo es evidente que soy tu procurador en la acción directa y personal; de otro modo, no podría utilizarla.

Ahora bien: si la acción directa no se puede ceder—transmitir—, sin embargo, puede mandarse y encomendarse su ejercicio...»

3.4. «Aquí preguntamos: si tú, en calidad de dueño—titular—quieres intentar la acción directa, y yo, en cambio, la útil, ¿quién deberá ser preferido? Con seguridad respondo que se prefiere la útil a la directa.»

Frente a la opinión del maestro, que responde «con seguridad», sin distinguos, la adición de PEDRO DE UNZOLA también matiza:

«Comprendo que esto es verdad en los tres casos expuestos a continuación, a saber: cuando en unión del deudor contestó a la *lite* la persona que posee la acción útil, o cuando recibió parte de la deuda, o cuando denunció para que no se pagara al cedente, y en este sentido se interpreta la ley. Fuera de estos casos no parece razonable se prefiera el que posee la acción útil al dueño—titular—, que tiene la acción directa.

En efecto, antes de la litis contestación, el dueño—titular—podrá revocar a este procurador *in rem suam* y accionar él mismo; aún más, podrá reclamar al deudor remiso y transigir también con él, excepto en los tres casos arriba citados; o si hubiere dicho: «mando» y «te nombro procurador *in rem tuam*», o si hubiere dicho «cedo», aunque algunos opinan lo contrario en esta materia.

Fuera de los tres casos mencionados, se tendrá en cuenta quién inicia primero la acción, porque si fue el dueño el que inició la contestación de la *lite*, el mismo será admitido preferentemente. En cambio, si acciona primero el que tiene la acción útil, él será preferido.

¿Y qué sucederá si se presentan a la vez a contestar la *lite*—demanda—los dos? Al parecer, se preferirá al que posee la acción útil. Lo mismo dice la ley. Luego un particular no le puede arrancar—al titular—la acción en forma alguna, pero sí puede hacerlo el cónsul (juez).

Pero ACURSIO contradice con la ley de *donatione*..., que admite al

mandante, si otro no hubiere contestado a la *lite* antes que él. Pero no se prefiere al que llega antes (56).

Así, observa que la acción subsiste en el mandante; la razón es que las cosas incorpóreas no se separan fácilmente, como las cosas corporales; luego la acción cedida o mandada corresponde al cedente; en cambio, le corresponde al cesionario en cuanto a su utilidad; de aquí que se le llame procurador *in rem suam*, como arriba se explicó. Luego siempre que se dice esto, a saber, que la acción se transfiere al cesionario, se interpretará en cuanto se refiere a su utilidad...» (57).

3.5. «*Si me pertenece la acción real contra un sujeto que posee una cosa mía y yo quisiera cedértela, ¿acaso podría hacerlo? Y si yo te la hubiese cedido, ¿por ventura se te concederá la acción útil in rem?* Contesto afirmativamente; al parecer, en este caso, cediendo de aquella manera, no se conseguirá la acción útil *in rem* que se da por razón de dominio, a no ser que interviniere la *traditio* de la cosa; pero en este caso sucede lo contrario—como ya dije—, porque pueden cederse las acciones, personal y real, y se concederá siempre la útil al procurador *in rem suam*, en propio nombre, y la directa en nombre del cedente... (58).

Más aún: imagina que yo poseo mi código; que yo te vendo la acción *in rem* que me pertenece en nombre del código; en verdad, nada se ha hecho. Ahora bien: si hubiere yo dicho: 'Te vendo la acción que me corresponderá' (59), es válida la venta y queda vendida la esperanza; tú, comprador, podrás accionar cuando otro haya empezado a poseer lo que a mí me compete...»

3.6. También dice ROLANDINO: «El capítulo III empieza: '*quod instrumentum*', etc. En él, por la *traditio del instrumento*, se expresa

(56) Parece que ACURSIO no da preferencia al que llega antes, sino al titular de la acción útil, como ROLANDINO.

De todo el contexto, teniendo en cuenta la «seguridad» de la respuesta de ROLANDINO, el criterio de UNZOLA, el que «algunos opinan lo contrario...», y la contradicción de ACURSIO, está claro que no existe opinión unánime sobre el problema que supone la *concurrencia* de ambas acciones, que más tarde considera WINDSCHEID, como se verá.

(57) También dice ahora ROLANDINO que si se ceden las acciones litigiosas, esto es, llevadas ya a juicio, la cesión no es válida, aunque en este caso no se pierda la acción, porque aquel que cedió puede ejercitar la acción.

(58) Se distingue acción directa y acción útil en la cesión de acciones reales, como en la reivindicatoria (ver también ROLANDINO, pág. 197).

(59) Parece referirse a la cesión de una pretensión futura, que en el Derecho común alemán se admitía por WINDSCHEID, pero no se admite en el actual Derecho alemán.

cierta cuasi posesión o traslación del derecho cedido, así como el encargo del ejercicio de la acción personal directa, que se efectúa por el nombramiento de procurador» (60).

2. PRECISIONES DE BUSSI

Sobre el Derecho común, son también interesantes algunas precisiones de BUSSI (61).

Los doctores de Derecho común afirman que *dominium alicuius rei ex simplici conventionem non transfertur absque traditione*. Concretamente, BARTOLO dice: *Dominium sine possessione non quaeritur* (L. 20 C. 2,3, n. 1; L. 1, p. 1, D. 17,2, n. 1).

1. Pero la Glosa (L. 23 C. 1,2) quiere crear para las *Iglesias* y las entidades pías un régimen de favor en cuanto al traspaso del dominio, estableciendo una *longaeva exactio (vindictio)*, que no es otra cosa que una *actio in rem* sobre las cosas a ellas vendidas, dadas, etc. Esto significa que para ellas el derecho real deriva de la *venta*, esto es, del simple acuerdo y no del hecho subsiguiente a ella, esto es, de la tradición. Lo que equivale a decir—usando terminología del Derecho común—que en estas hipótesis basta la «causa remota» para hacer nacer la *longaeva vindictio* y no precisa la concurrencia de la «causa próxima», es decir, la tradición, *quod est mirabile*, dice BARTOLO (ad L. 19, C. 1,2, n. 2).

2. Por otra parte, respecto a las *cláusulas de constituto y de precario* en las escrituras (o de comodato, locación, usufructo, etc.), después de afirmar que la reserva de usufructo en el Derecho romano post-clásico es el caso típico de *constituto posesorio*, aclara que es condición esencial para la validez del *constituto* que el *constituens* posea realmente la cosa: *Possessio per clausulam constituti non transfertur nisi constituens possideat* (62).

Ahora bien, la cláusula de *constituto* se considera aplicable también *in incorporalibus* (63). Entonces se combinaba la cláusula de *constituto*

(60) Se trata de la *traditio*, por entrega del título a que se refiere el art. 1.464 del C. C. español.

(61) BUSSI, EMILIO: «La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune» (*diritti reali e diritti di obbligazioni*), en *Studi di Diritto privato italiano e straniero*, dirigidos por Mario Rotondi, vol. XXVII, pág. x-377, Padova 1937, concretamente págs. 37 a 42.

(62) *Rotae Romanae Decisiones, coram Cavalerio, ab anno 1607 ad annum 1623, Venetiis 1629*: Ca. De. CCCXIX (27 de junio de 1614).

(63) R. R. Ca. De. CCCXIX (27 de junio de 1614, n. 5).

con la institución de la *cessio*, la cual *in incorporalibus* se decía que tenía *vim traditionis*: *Cessio in incorporalibus est pro traditione sicut traditio in corporalibus* (64).

También dice BUSSI que el hecho de que la cláusula de *constituto* viniese escrita en todo instrumento notarial, como cláusula de estilo, según atestigua GIASON DEL MAINO, no ha dejado de tener influencia en el Derecho moderno. De él ha surgido la teoría según la cual todo contrato de enajenación lleva en sí, *implicita*, la cláusula de *constituto* (65). Cabría añadir que lo mismo puede decirse de la cláusula de *constituto* combinada con la de *cessio in incorporalibus*.

No es preciso insistir en la gran importancia de estos criterios para el Derecho común tradicional, sin las manipulaciones de pandectistas alemanes, y, sobre todo, para el vigente Derecho español, continuador del Derecho común tradicional.

3. EVOLUCIÓN DE LA CESIÓN DE ACCIONES HASTA EL PERÍODO CODIFICADOR

La evolución histórica de la cesión de acciones, hasta el período codificador, es ciertamente confusa (66).

a) En el período de tiempo que media desde la caída del Imperio, y, mejor, desde que comienzan a resurgir las monarquías establecidas por los pueblos invasores del Imperio hasta los albores de la codificación, el pensamiento jurídico vive de la herencia romana legada por mediación de JUSTINIANO. El *Corpus iuris* deviene Derecho común e influye más o menos en la vida jurídica de Occidente, según la mayor o menor fuerza de los Derechos locales y la mayor o menor cultura jurídica—por contacto con el *Digesto*—de los distintos monarcas y sus consejeros.

Durante este tiempo existió un patente divorcio respecto a la transmisibilidad de los créditos entre los principios que mantienen los juristas que interpretan, a su modo, la obra de JUSTINIANO, y las prácticas jurídicas que imponen las realidades económicas.

(64) *Rotae Romanae Maceratensis Decisiones novissimae, auctore Marco Antonio Thomato*, Macerata 1669. De. 2.^a, n. 24 y 25, pars. I, pág. 66; De. 137, n. 12, pars. II, pág. 42. También BALDO: *Consilia*, Venetiis 1526. Cons. 341, *in fine*, lib. II.

(65) Teoría—dice—cuyas absurdas consecuencias fueron ya hace muchos años puestas en claro por BUSSI, en «*La successione del possesso*», en *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, XIX (1895), págs. 185 y ss.

(66) Véase GARCÍA AMIGO, MANUEL: *La cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid 1964, págs. 111 y ss. El autor conoce, de primera mano, no sólo la bibliografía española, sino también la alemana e italiana, por sus estudios en el extranjero. (Véase prólogo de José Beltrán de Heredia.)

1. La *Glosa* recibió las ideas del Derecho romano clásico sobre la institución del *procurator in rem suam* (que no estaban vigentes en el Derecho justiniano) (67), y las extremó en sus comentarios. Se concebía el crédito y la obligación estrictamente vinculados a la persona del titular y del obligado. De la época de los glosadores datan las frases «nomina addeo ossibus inherent ut nunquam separatur» y «non possunt separari a dominu sicut nec anima a corpore».

Siguiendo las huellas de la sustitución de acreedores mediante la transposición de personas, se acude a la figura del mandatario «que debía conciliar admirablemente la necesidad de la libre comercialidad de los créditos con la imposibilidad de una sucesión singular inherente al carácter de la relación obligatoria» (SCHUPFER. *Delle obbligazioni*. Padua, 1868).

Para el caso en que viese en peligro sus intereses el *procurator*—lo que ocurría siempre que el mandato se extinguiese—, la ley le concedía una *actio utilis*.

Pero la *Glosa* sigue los principios romanos hasta en el objeto de la cesión: no se cede el derecho, sino el ejercicio de la *actio* directa, si quiera toda *actio* implique un derecho: *nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi* (CELSE. D. 44,7,51).

Esta concepción es completamente aceptada por DONELLO (*Comentarii de iure civile*, Lucae, 1764), para quien la figura que se contempla produce una *translatio actionis (utilis)* y una *procuratio* de la *actio* directa.

Siguen sus ideas, entre otros, LAUTERBACH, CRISTIANÄUS, DE LUCA, MÜHLENBRUCH, etc.

2. Frente a esta concepción, hay otra serie de autores, medievales y modernos, que intentan acercar los conceptos a la *realidad* práctica.

PIACENTINO afirma que «tantumdem consequitur per utilem actionem quam per directam». Teniendo en cuenta la finalidad práctica, se estima que no tiene razón de ser la negativa de la cesión como institución independiente.

Por otra parte, el Derecho romano conoció la subrogación en la posición del acreedor por parte de un tercero cuando éste pagaba al acreedor en determinadas condiciones, caracterizada como subrogación convencional, acordada antes de que la obligación principal se pagase y con ello se extinguiese y no se pudiera realizar cesión alguna. La *Glosa* mantuvo esta posición, pero los postglosadores convierten la subrogación, de convencional, en legal, al conceder *actio utilis* contra el deudor al

(67) Ver MAX KASER: *ob. cit.*, pág. 245, n. 4.

tercero que paga al acreedor. Así, CUJACIO dice: «Vel ceduntur ei—tercero—actiones directae vel dantur—actiones—utiles sine cessione», añadiendo que «utiles idem effectus qui directae». Se añade por DOUMOULIN (68): «Non est vera cessio nec venditio nominis, sed cessio ficta et a iure concessa, quae vim habet a lege et fit beneficio legis etiam invito creditore a quo nomen procedit». Un autor español, A. DE OLEA (69), diferencia netamente la *cessio nominis* de la *cessio legis*, porque en esta «etiamsi neque cessio neque pactum de subintegrando interveniat, in creditoris dimissi locum succedit» (70).

Ya el famoso CINO DE PISTOIA asimiló la cesión a la tradición: «Quantum operatur traditio in corporalibus tantum operatur cessio in incorporalibus».

La comparación lleva implícita una distinción entre la cesión de acciones y el simple mandato para ejercitarlas. Sin embargo, la doctrina siguió utilizando el nombre de *procurator*, mientras la práctica realizaba las cesiones como tales (BESTA) (71).

b) El desarrollo de la industria y el comercio, con la creación de sociedades empresariales y de crédito, da origen al nacimiento de los *títulos representativos de deudas y valores* y a la necesidad de su transmisión; el paso de la economía de consumo de las monarquías del interior, cerrada y estática, a la economía de cambio de las ciudades marítimas mediterráneas o del mar del Norte, ocasiona la necesidad de la transferencia de créditos y de deudas, reclamando instituciones propias, dada la inadecuación de los procedimientos indirectos permitidos por el Derecho de la recepción. La laguna jurídica que el Derecho romano de la recepción y sus exégetas mantienen en la dogmática institucional, por estar alejados de la vida práctica, se llena con los medios técnicos creados por los Derechos locales originados y nacidos de las exigencias jurídicas que comportan la economía local o el tráfico marítimo comercial: los usos del tráfico devienen Derecho consuetudinario, que es más tarde recogido por los Estatutos de las distintas ciudades.

1. En la práctica *italiana* para la cesión de créditos se utiliza, en un principio, la figura del *mandatum* a semejanza del antiguo *procurator in rem suam*, y deviene ordinaria la cláusula según la cual el cesio-

(68) *Tractatus commerciorum et usurarum*, París 1555, pág. 328.

(69) *Tractatus de cessione iurium et actionem*, Venecia 1644.

(70) Sobre la evolución histórica de esta subrogación, concebida como una cesión obligada, ver GARCÍA AMIGO: *ob. cit.*, págs. 116 y ss.

(71) La cesión de créditos necesitó el doble proceso de despersonalización y patrimonialización de la obligación, convirtiendo a ésta en un valor económico sustantivo, de negociabilidad propia, como cualquier otro objeto jurídico (ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., 1968, tomo III, pág. 532, n. 2).

nario queda habilitado, por la cesión, *ad agire vice creditoris*. Pero junto a esto hay otras cláusulas que dan origen a la cesión mediante *traditio* del documento: así, aquélla, que se incorpora a la creación del crédito, por la cual el deudor se obliga frente al acreedor a pagar *sibi vel quem cautionem habere*, o *sibi vel qui cautionem in manum miserit*, o *sibi aut homini qui scriptum in manu paruerit*, *sibi aut homini qui scriptum prae manibus habuerit*. Además, el Derecho consuetudinario de la región veneciana admitía que el acreedor podía ceder sus derechos *cum omni suo pleno vigore et robore*, significando la eficacia similar a la de la *traditio* en la transmisión del dominio, es decir, con las facultades *inquirendi, exigendi, interpellandi, placitandi, executiendi, securitatis cartam faciendi* (BESTA: *L'obbligazioni nella storia del Diritto italiano*. Padua, 1926, citado por GARCÍA AMIGO).

2. Según SCHILTER (*Praxis iuris romani in foro germánico*), en las ciudades ribereñas con el *mar del Norte*, entre los profesionales jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en el foro italiano, en la venta y cesión de créditos se transmite el derecho mismo, simplemente y sin reserva ninguna, en el cedente: esto—dice—se admite en «los usos y costumbres de nuestro foro» y se realiza por la cesión misma, *simpliciter et absque reservatione* (72).

3. Por otra parte, en el Derecho local *francés*, al menos en el que se tiene en cuenta directamente para la redacción del *Code*, se determina ya legislativamente la figura de la cesión. En la *Coutume de Paris* (artículo 108), si la cesión no se notifica al deudor, éste queda liberado si paga al acreedor cedente: «Le simple transport ne saisit point et faut signifier à partie». POTHIER sigue a la *Coutume* y los redactores del *Code* a POTHIER: en los artículos 1.689 y ss. se regula el «transport (transmisión) des créances et autres droits incorporels».

4. Nuestro proyecto de Código Civil de 1851 y el Código de 1889 traducen literalmente al Código francés: «Transmisión de créditos y de otros derechos incorpóreos».

4. PERÍODO CODIFICADOR: DOCTRINA FRANCESA Y DOCTRINA ALEMANA

1. La *doctrina francesa*, inspirada en la Escuela del Derecho Natural, de GROTIUS, determina que el Código Civil francés reforme el tradicional sistema del título y el modo, en el sentido de que la trans-

(72) Esto explica la oposición a la opinión de MÜHLENBRUCH y la solución adoptada por el C. C. alemán.

misión del derecho de propiedad y de los derechos reales parciales posibles (que denomina derechos incorporales en su art. 1.607, equivalente al punto 2.º del art. 1.464 del C. C. español), sólo requiere contrato (título), sin perjuicio de la obligación del vendedor de entregar la cosa (delivrance) al comprador; análogamente, la transmisión de créditos y otros derechos incorporales (arts. 1.689 y ss.) entre cedente y cesionario sólo requiere contrato (título) sin perjuicio de la obligación del vendedor de entregar (delivrance) al comprador el documento (titre) acreditativo del derecho cedido (art. 1.689), y aunque la cesión no notificada no perjudica a terceros (art. 1.690). Expresamente, se considera como bienes inmuebles no sólo el usufructo y las servidumbres prediales, sino también «las acciones que tienden a reivindicar un inmueble» (art. 526).

2. La *doctrina alemana* de la precodificación, dejando a salvo el denominado Derecho propio o territorial, en cuanto Derecho autóctono vivo, centra su atención en los textos jurídicos del *Corpus iuris* justiniano y particularmente en los del *Digesto* o *Pandectas*. Para los pandectistas, los textos romanos constituyen, como Derecho común supletorio, una normativa completa, directamente aplicable como Derecho vigente, sobre la que también directamente elaboran sus propios conceptos y teorías, su propia interpretación, en su caso superadora de la interpretación tradicional, medieval y moderna, a la que, frente a los textos romanos por ellos interpretados, no conceden valor doctrinal o práctico. Los pandectistas, en su interpretación del Derecho romano como Derecho común, en cuanto no se oponga al Derecho propio, prácticamente lo consideran como si hubiera sido legislado contemporáneamente a ellos. Por esto, su interpretación adolece de conceptualismo y, en el fondo, de cierta falta de perspectiva histórica, como veremos, en ocasiones, pese a su afán historicista, por su acentuado espíritu crítico.

2.1. El *animus transferendi et accipiendi dominii*, integrado desde la escuela boloñesa en la *iusta causa traditionis*, en el título y no en el modo (*animus* que continúa integrado en el contrato de compraventa del Derecho francés), a través de una evolución conceptual (personalizada en SAVIGNY y en sus discípulos, sobre todo en IHERING, para quien hay que ir «a través del Derecho romano, pero más allá del Derecho romano», y en su amigo WINDSCHEID, el «Príncipe de la Dogmática», ambos discípulos de PUCHTA, el «padre» del Código Civil alemán, en cuya elaboración participó el mismo WINDSCHEID), pasa a ser el *acuerdo real*, elemento esencial del negocio dispositivo de transmisión, abstraído causalmente de la compraventa, referido al derecho de propiedad y a los derechos reales posibles.

Análogamente, el *acuerdo de cesión* pasa a ser el elemento esencial del negocio dispositivo de cesión, abstraído causalmente de la compraventa, referido a derechos de crédito y pretensiones (acciones) reales o personales (73).

2.2. Una grandiosa elaboración histórica pandectística es la obra de MÜHLENBRUCH sobre la cesión del derecho de crédito (*Zession der Forderungsrechte*, 3.^a ed., 1836).

Según esta construcción, tal como la resume ENNECCERUS (74), al Derecho romano era extraña la sucesión singular en los créditos (como también en las deudas).

Al principio, para lograr un resultado económico parecido se recurría a la novación, aunque para ella era menester la cooperación del deudor.

Pero en la época del florecimiento mercantil y de la formación del *jus gentium*, se creó un sucedáneo de la transmisión de los créditos sin la voluntad del deudor. A quien se quería transferir el crédito se le nombraba representante procesal en su propio interés, *procurator in rem suam*. En virtud del comienzo del litigio, de la *litis contestatio*, por transposición de sujetos, la relación procesal (como en todos los casos de representación procesal en el Derecho romano) quedaba constituida entre él y la parte contraria, la cual era condenada a prestar al representante, y como quiera que éste actuaba en el juicio en su propio interés, podía también retener lo obtenido en virtud del mismo. Este *mandatum agendi* (que, huelga decir, contenía también la autorización para reclamar por vía amistosa) es la cesión en su configuración más antigua. En su origen, lo mismo que todo mandato, dependía de la vida del mandante y del mandatario, se extinguía también por la revocación y quedaba sin efecto si antes del comienzo de la *litis* el deudor pagaba al acreedor auténtico.

Pero ya en tiempos de la jurisprudencia clásica el mandatario (cesionario) estaba asegurado contra estos peligros, pues se le «dio» una *actio utilis*, es decir, un derecho independiente del derecho del mandante, aunque el mandato se extinguiera por muerte o revocación, y se le concedió el derecho a notificar al deudor la cesión, teniendo esta notificación por consecuencia privar al acreedor de la facultad de disponer del crédito, de suerte que ya no se le podía pagar eficazmente. Con ello, la cesión había terminado su desarrollo en el Derecho romano; había llegado a ser la adquisición del derecho independiente a ejercitar un cré-

(73) Sobre esta evolución, v. ZUMALACÁRREGUI: *ob. cit.*, págs. 129 y ss., y especialmente págs. 142, 143, 158 a 173.

(74) ENNECCERUS: *Tratado*, tomo II, vol. 1, pág. 374.

dito ajeno. Por consiguiente, prácticamente, se aproximaba mucho a la transmisión del crédito.

Esta construcción de MÜHLENBRUCH, representante de la escuela histórica de SAVIGNY, no fue aceptada unánimemente, y es eminentemente artificiosa, sólo explicable por las necesidades lógicas de la jurisprudencia romana, según ENNECERUS.

La construcción, además, era completamente extraña al Derecho práctico, a la realidad jurídica, a la «conciencia del pueblo alemán», que consideraba la cesión como transmisión del crédito mismo y no sólo de su ejercicio (75). No obstante, algunos representantes de la escuela histórica, sobre todo el mismo MÜHLENBRUCH, intentaron afirmar como Derecho práctico este punto de vista fatigosamente reconstituido sobre las fuentes, especialmente sobre las Instituciones de Gayo, entonces descubiertas, que daban a conocer el procedimiento formulario clásico.

2.3. IHERING, años más tarde, quiere completar la teoría de MÜHLENBRUCH en cuanto a la cesión de acciones reales, como seguidamente se verá.

WINDSCHEID, posteriormente, considera la opinión de IHERING como exacta interpretación del Derecho común en Alemania.

La opinión de WINDSCHEID, a su vez, es considerada *el* Derecho común alemán por todos los autores posteriores. Así, ENNECERUS, que vivió el proceso codificador y, posteriormente, comenta el Código Civil alemán (76), y el mismo MARTÍN WOLFF y L. RAISER, estiman que la *reivindicatio* del Derecho común podía cederse, pero la cesión sólo hacía traspasar la acción (pretensión) y no la propiedad, antes de que el cesionario obtuviera la posesión, con la que ya obtenía la propiedad; uno (77) y otro (78) sólo citan en su apoyo a WINDSCHEID-KIPP (II, párrafo 337, n. 4).

2.4. Lo peor es que esta opinión llega a considerarse aplicable, como veremos, al Derecho común español vigente antes del Código Civil, considerándola procedente del Derecho histórico español.

2.5. Para argumentar a favor o en contra de ella, parece necesario conocerla tal como fue escrita por IHERING y resumida por WINDSCHEID.

(75) *Ob. cit.*, pág. 75, n. 2, y pág. 81. Reconoce la obra como ingeniosa, pero excesivamente romanista, probablemente queriendo decir con olvido del Derecho romano recibido, no sólo a través de los glosadores, sino también de los autores posteriores.

Ya antes se hizo referencia al testimonio de SCHILTER.

(76) Fallecido en 1928, a los ochenta y cinco años.

(77) Tomo II, vol. 1, ed. 1933, pág. 443, n. 17.

(78) Tomo III, vol. 1, ed. 1936, pág. 397, n. 16.

Además, precisa enfocar la cuestión teniendo presente la complejidad histórica del Derecho romano (79) y su concepción, tan distinta a la del Código Civil alemán, en muchas instituciones: *actio* y derecho, propiedad quiritaria y bonitaria, *reivindicatio* y publiciana, posesión y protección posesoria, transmisión formal de la propiedad (*mancipatio e in iure cessio*) e informal (*traditio*), compraventa y obligaciones del vendedor, cesión de acciones, etc. (80).

(79) De gran utilidad, sobre todo por su especialización procesal, es el citado Manual de MAX KASER *Derecho romano privado*. Versión directa de la 5.ª ed. alemana por J. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Madrid 1968.

(80) Previamente, para poder considerar la interpretación de los textos romanos citados por IHERING y WINDSCHEID, conviene, en primer lugar, facilitar su lectura, por lo que seguidamente se transcriben en latín y en su más reciente traducción española. Los textos latinos y la traducción del *Código e Instituta* están tomados de GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho civil romano* (bilingüe, 6 tomos, Barcelona 1889).

La traducción del *Digesto* está tomada de *El Digesto de Justiniano*, versión de ALVARO D'ORS y otros, con la ayuda del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Ed. Aranzadi, 1968 y 1975), sobre la base de la 16.ª ed. de TEODORO MOMMSEN, revisada por PABLO KRUEGER.

Digesto.

D. 6,1,21: Paulus libro 21, ad Edictum.

«Si a bonae fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit; nam si integrae opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus eius temporis, quo possedit, praestet. Quodsi nondum eum suscepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda ea re; quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? nec iniquum id esse, Pomponius libro trigesimo nono ad Edictum scribit. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Iulianus autem, in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem, si rem nactus fuerit, ut eam restituat. Idque Pomponius libro trigesimo cuarto *Variarum Lectionum* probat: quod verius est.»

«Si el esclavo de un poseedor de buena fe se hubiera dado a la fuga, hemos de averiguar si el esclavo era de condición tal que hubiera debido de ser custodiado: porque si tenía fama de íntegro, de modo que no fuese precisa su custodia, ha de absolverse al poseedor; pero si lo había usucapido entretanto, debe ceder sus acciones al demandante y entregar los frutos del tiempo de la posesión. Si no lo usucapió todavía, ha de ser absuelto, sin cauciones, de modo que no dé ninguna al demandante de perseguir al esclavo, pues ¿por qué no va a poder perseguirlo el demandante, aunque lo llegue a usucapir el poseedor mientras el esclavo permanece fugado? Y Pomponio, 29 ed., escribe que esto no es injusto. Pero, si había que custodiarlo, ha de condenársele por ello, de manera que, si no lo usucapió, ceda el actor sus acciones. Iuliano, sin embargo, dice que en estos casos en los que por fuga del esclavo se absuelve al poseedor, aunque no se le obligue a dar caución de perseguir al esclavo, el poseedor debe dar caución con el fin de que si lo recupera, lo restituya. Y así lo aprueba Pomponio, 34 Var. lect., y es más cierto» (Paul. 21 ed.).

D. 6,1,46: Paulus libro 10 ad Sabinum.

«Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem

5. OPINIÓN DE IHERING

Según IHERING (81), en el Derecho romano se puede hablar de cesión de la *reivindicatio* contra el no propietario en dos sentidos: en sentido formal o histórico y en sentido material o dogmático.

actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet; transegisse enim cum eo et decidisse videor eo praetio, quod ipse constituit.»

«La propiedad de la cosa reclamada por acción real y que ha sido estimada según el juramento de litigio estimado que hizo el demandante pertenece desde ese momento al poseedor; porque parece que transigió con él y que convino en el precio que él mismo fijó» (Paul. <3> Sab.).

D. 6,1,47: Idem libro 17 ad Plautium.

«Haec, si res praesens sit; si absens, tunc, quum possessionem eius possessor nactus sit, ex voluntate actoris. Et ideo non est alienum, non aliter litem aestimari a iudice, quam si caverit actor, quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri.»

«Esto es así cuando la cosa está presente, pero, si no lo está, la adquiere cuando toma posesión de ella con el consentimiento del demandante, y de ahí que no sea insólito que el juez haga la estimación del litigio tan sólo si el demandante hubiera dado caución de no impedir la entrega de la posesión de aquella cosa» (Paul. 17 Plaut.).

D. 6,1,63: Papinianus libro 12. Quaestionum.

«Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat; quum tamen Praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione afficietur. Ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari; nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit, restituere.»

«Si el demandado hubiera perdido la posesión por culpa, sin fraude, puesto que debe soportar la estimación, debe ser atendido por el juez si desea que el adversario le ceda su acción; pero cuando el pretor le haya de auxiliar contra cualquier otro poseedor, no ha de dejarse engañar. También debe auxiliarle el pretor cuando posea el que hubiera cobrado la estimación del litigio, y no atenderá fácilmente al demandante que cobró la cantidad en virtud de la sentencia judicial condenatoria, si pretende luego restituir aquella cantidad <con el fin de recuperar la cosa>» (Pap. 12 Quaest.).

D. 6,1,69: Paulus libro 13 ad Sabinum.

«Is, qui dolo fecit, quo minus possideret, hoc quaque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet, actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestitutum.»

«El que dejó dolosamente de poseer es castigado con que el demandante no debe darle caución para la cesión de las acciones que tenga por aquella cosa» (Paul. 13 Sab.).

D. 6,1,70: Pomponius libro 29 ad Sabinum.

«Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cuiusque sit, per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.»

«Y se admitió que tampoco se le daría una acción a modo de Publiciana, para que no quede al arbitrio de cualquiera el poder comprar en su justo precio una cosa arrebatada contra la voluntad del dueño» (Pomp. 29 Sab.).

D. 6,2,7,1: Ulpiano 16 ad Edictum.

«Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Julianus libro vigesimo secundo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.»

«Si se ha hecho la estimación del litigio, se considera como una venta; y dice

Durante siglos, el concepto de *specialis in rem actio* dirigida a la entrega de la posesión se refirió solamente a la *reivindicatio*. Cuando, en el transcurso del tiempo, se incluyeron otros supuestos (*Act. hypo-*

Juliano, 22 Dig., que si el demandado ofreció la estimación del pleito, le compete la acción Publiciana» (Ulp. 16 ed.).

D. 18,1,35,4: Gaius libro 10, ad Edictum provinciale.

«Si res vendita per furtum perierit, prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat; si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si praestiterit, et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emtori; unde videbimus in personam eius, qui alienam rem venderit. Quum is nullam vindicationem, aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.»

«Si una cosa vendida hubiese perecido por hurto, ha de observarse, en primer lugar, qué se había convenido entre las partes acerca de la custodia de la cosa; si nada resulta haberse convenido, ha de esperarse del vendedor una custodia tal como la de un buen padre de familia pone en sus propias cosas. Si ésta se hubiese observado y no obstante perdió la cosa, el vendedor estará seguro, con tal que ofrezca al comprador la acción reivindicatoria y la condición; de aquí se deduce lo que ocurre con el que vende una cosa ajena; como éste no puede disponer de la reivindicatoria ni de la condición, habrá de ser condenado por este mismo hecho: porque si hubiese vendido su propia cosa podría transferir al comprador aquellas acciones» (Gai. 10 ed. prov.).

D. 18,4,21: Paulus libro 16 Quaestionum.

«Quid si rem quam vendidi alio possidente petii et litis aestimationem accepi, utrum pretium illi debeo autrem? utique rem, non enim actiones ei, sed rem praestare debeo: et si vi deiectus vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emptorem pertinebit, nam si sine culpa desiit detinere venditor, actiones suas praestare debet, et sic aestimationem quoque: nam et aream tradere debet exusto aedificio.»

«Y si, habiendo vendido una cosa que estaba en posesión de otro, la reclamé de éste, y recibí la estimación del litigio, ¿deberé al comprador el precio o la cosa? Ciertamente, la cosa, y no debo cederle las acciones, sino que respondo por la cosa. Si por haber sido expulsado violentamente del fundo o a causa de la acción de hurto hubiese percibido el doble, nada de ello pertenecerá al comprador, y si el vendedor perdió sin culpa la tenencia de la cosa deberá ceder sus acciones, no la cosa, y así también la estimación judicial, pues también debe entregar el solar si se incendió el edificio» (Paul. 16 Quaest.).

D. 19,2,25,8: Gaius, libro 10 ad Edictum provinciale.

«Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere.»

«Si un batanero o sastre hubiese perdido las ropas recibidas y hubiese pagado al propietario por este motivo, es necesario que ceda el propietario la acción reivindicatoria y la condición de aquéllas» (Gai. 10 ed. prov.).

D. 24,1,39: Iulianus libro 5 ex Minicio.

«Vir uxori pecuniam quum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur; illa quum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit; quaero, utrum vir eam summam petere debeat, an ea promissione propter donationis causam actio nulla esset? Respondi, inanem fuisse eam stipulationem. Sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest; sed si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebitur, ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. Sed si pecunia non extat, et mulier locupletior facta est, maritus eam petet; intelligitur

thecaria, Publiciana, in rem actio del enfiteuta), esta ampliación se produjo, como era usual en el Derecho romano, por analogía lo más estrecha posible con un caso ya resuelto, por medio de una cesión de

enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.»

«Queriendo un marido donar a su mujer una cantidad, permitió que ella la estipulara de un deudor del marido; después de hacerlo, pero antes de cobrar la cantidad, ella se divorció. Pregunto si debe el marido reclamar aquella suma de dinero o si no hay acción derivada de aquella estipulación por haberse ésta hecho a causa de donación. Respondí que la estipulación no es eficaz, pero que si el promitente, sin saberlo, ha pagado a la mujer, puede reivindicar el deudor la cantidad que subsista, y, si está dispuesto a ceder sus acciones al marido, podrá defenderse con la excepción de dolo malo y de este modo conseguirá el marido esa cantidad, reivindicándola a nombre del deudor (que le cedió su acción); si la cantidad no subsiste y la mujer ha resultado enriquecida, la podrá reclamar el marido, pues se entiende que la mujer se ha enriquecido con algo del marido, ya que el deudor puede defenderse con la excepción del dolo malo» (Iul. 5 ex Min.).

D. 39,5,6: Ulpianus, libro 42, ad Sabinum.

«Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa; statim, cum lapis exemptus est, meus fit, neque prohibendo me evehere efficit, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est; plane, si mercenarius meus exemit, mihi exemit, sed si is, qui a me emerat, sive mercede conduxerat, ut paterer, eum sibi iure eximere, si antequam eximat, me poenitiuerit, meus lapis durat; si postea, ipsius factum avocare non possum, quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate. Quod in saxo est, idem erit etiam, si in arbore caesa, vel demta acciderit.»

«Quién me permitió, a causa de donación, el sacar piedra de su fundo (hace) mía la piedra tan pronto como la extraigo, y no puede hacer, con su prohibición de que yo la exporte, que la piedra deje de ser mía, pues se hizo mía como por medio de una entrega. Claro que si la extrajo un trabajador asalariado, lo ha hecho para mí. Mas si (alguien) me había comprado la piedra o tomado en arriendo por precio el poder extraerla él lícitamente, y yo me arrepintiera de ello antes de que él la extraiga, la piedra sigue siendo mía; si es después, no puedo ya deshacer lo hecho, pues parece haber habido una entrega, ya que se extrae la piedra con la voluntad del propietario. Lo dicho respecto a las canteras valdrá también si ocurriera con la tala o extracción de árboles» (Ulp. 42 Sab.).

D. 42,1,12: Marcellus libro 4 Digestorum.

«In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat.»

«En la acción de depósito y en la de comodato, aunque la cosa haya dejado de devolverse por dolo del adversario, suele ayudarse al condenado haciendo que el propietario le ceda sus acciones.»

D. 47,2,14 pr.: Ulpianus, libro 29 ad Sabinum.

«Eum, qui emit, si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem, Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem, et conditionem, et vindicationem; et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit; quae sententia vera est, et ita et Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.»

«El comprador al que no se entregó la cosa comprada no tiene la acción de hurto, sino que ha escrito Celso que esta acción corresponde todavía al vendedor. Claro que deberá ceder por mandato la acción al comprador, así como la condición y la reivindicatoria, y si hubiera conseguido algo con estas acciones, debe entregarlo al comprador, opinión que es justa, como dice también Juliano. Ciertamente,

la *reivindicatio* o de una *reivindicatio utilis*. Sin embargo, en tales casos la cesión era puramente formal, pues en sentido material se crearon, en todos estos casos, acciones nuevas, diferentes de la *reivindicatio*, no sólo por sus requisitos, sino también por sus efectos, y sería incorrecto, desde el punto de vista del Derecho actual—se refiere, naturalmente, al Derecho común vigente en 1857—, hablar en estos casos de ejercicio de la *reivindicatio* frente al no propietario. No obstante, el Derecho actual—en 1857—admite todavía casos en los que esta expre-

el riesgo de la cosa (comprada) corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega» (Ulp. 29 Sab.).

Código.

C. 4,39,9: Imp. Iustinianus A. Ioanni P. P.

«Certi et indubitati iuris est, ad similitudinem eius, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Quum enim actionis nomen generale est omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteres iuris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in huiusmodi utilibus actionibus possit introducere.»

«Es de derecho cierto e indudable que, a la manera que a aquel que hubiere comprado una acción personal se le concede que la promueva útilmente en su nombre, puede usar de la misma facultad también el que hubiere comprado una acción real. Porque, como el nombre de acción es general para todas las acciones, ya reales, ya personales, y en todos los antiguos autores de derecho sea evidente este nombre para todas, no hay nada que pueda introducir diferencia en las acciones útiles de esta naturaleza.»

Instituciones.

Inst. 3,23,3.

«Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor suscepit: sane enim si suscepit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non suscepit, securus est. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti et de damni iniuriæ actione.»

«Mas si hubiere huido el esclavo que se vendió, o si hubiere sido robado, pero sin que medien ni dolo ni culpa del vendedor, deberá tenerse en cuenta si el vendedor se encargó de su custodia hasta el momento de la entrega; pues, en realidad, si se hubiese encargado, aquel accidente va a su riesgo; y si no se hubiese encargado, está a seguro. Y lo mismo entendemos respecto a todos los animales y a las demás cosas. Sin embargo, deberá ciertamente ceder al comprador la vindicación de la cosa y la condición, porque, en realidad, el que todavía no ha entregado la cosa al comprador es todavía su dueño. Y lo mismo sucede también respecto de la acción de hurto y de la de daño injusto.»

(81) IHERING publicó su estudio sobre este tema precisamente en el tomo I de la revista, por él fundada, *Jahrbücher für Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts* (Anuario para la Dogmática del Derecho Privado Romano y Alemán), o *Iherings Jahrbücher*, en 1857, págs. 110 a 188, con el título *Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer (Cession derselben, reiv. utilis, Connossement)*, o sea «Cesión de la *reivindicatio* contra el no propietario (Cesión propiamente dicha. *Reivindicatio utilis*. Conocimiento)».

Se transcribe la traducción por su interés y dificultad de obtención.

sión está justificada: son los casos de la transmisión de la *reivindicatio* mediante cesión y mediante precepto (*reivindicatio utilis*, en sentido vulgar), que constituyen parte del objeto de este estudio.

La necesidad de este estudio es indudable, porque el tema ha sufrido, desde hace mucho tiempo, no sólo por parte de la jurisprudencia romana, sino también por parte de la jurisprudencia moderna, un tratamiento de «madrastra». Este tratamiento es inadecuado tanto por el interés científico como por el interés práctico del tema.

Cuanto las fuentes ofrecen para este estudio se limita, respecto a la cesión, a la simple mención de ella y respecto a la *reivindicatio utilis* a una enumeración de los casos concretos, faltando completamente una teoría de la relación entre ellos.

La literatura puede calificarse de muy pobre. Esta crítica se refiere no solamente a la obra principal de MÜHLENBRUCH, sino también al ensayo de PUCHTA, sobre «La cesión en el léxico jurídico» (B. II, s. 638). Este último alude a la cesión de la *reivindicatio* en su libro de Práctica de las Pandectas tan poco que sólo la menciona una vez, con lo que sigue el ejemplo de la mayoría de los libros usuales; solamente unos pocos constituyen la excepción; por ejemplo, ARNDTS, PANDECTAS (parágrafo 112 y parágrafo 145). El primero (MÜHLENBRUCH) ha tocado el tema en algunos puntos de su obra, pero someramente, esto es, solamente de una manera superficial, sin mencionar detalles prácticos; lo ha considerado desde un punto de vista que se debe estimar desacertado, el de la relación obligatoria entre el cedente y el poseedor de la cosa vindicada. MÜHLENBRUCH no puede liberarse de la idea de que la cesión es la transmisión de una relación de pretensión personal, mientras que, precisamente, esta concepción debe considerarse inaplicable a la cesión de la acción reivindicatoria.

El estado de la jurisprudencia moderna con respecto a esta cuestión me permite oponer una prueba plena a la manifestación de que había adoptado una actitud receptiva. Como las fuentes no tratan con precisión esta relación, también fue objeto de una consideración imprecisa.

Consecuencia de todo esto es no solamente la falta de tratamiento del tema por nuestra doctrina, sino, además, el que ésta lo ha infiltrado de errores, de los que las fuentes no resultan culpables, si se consideran sin prejuicios. A estos errores corresponde, ante todo, la identificación de la *reivindicatio utilis* con la propiedad, identificación que ha sido considerada, en ciertos casos, como un dogma irrefutable. De aquí la opinión de que la *reivindicatio utilis* también se puede dirigir contra el verdadero propietario en los casos que yo denomino *reivindicatio utilis* en sentido técnico, opinión de cuya exactitud todos, desde siempre, se

manifestaban convencidos, de modo que jamás nadie tuvo la idea de someterla a examen.

Trataré en lo que sigue: primeramente, de la cesión de la *reivindicatio* y de la correspondiente *reivindicatio utilis* en sentido vulgar (I); luego trataré de la *reivindicatio utilis* en sentido técnico, estudiando en primer lugar los casos concretos de ésta (II); después, de la teoría general de esta acción (III), y finalmente utilizaré el punto de vista de la cesión de la vindicación para configurar una relación moderna cuya explicación satisfactoria no se ha conseguido hasta ahora, según mi opinión, la transmisión de la propiedad de la mercancía mediante la transmisión del conocimiento (IV).

I. La cesión de la vindicación

Se menciona en nuestras *fuentes* solamente en unos pocos casos: 1.25, 8, *locati* (19.2); 1.21 y 63, de R. V. (6.1); 1.39, de *dont. int.* (24.1); 1.14 pr. de *furt.* (47.2); 1.35, 4 de *cont. emt.* (18.1); 3, I. de *emt.* (3,23); 1.9 *Cod. de her. vel. act. vend.* (4.39).

Lo único que se podría *concluir* de ellas sería algo así como lo siguiente: tal cesión es posible jurídicamente y puede ser necesaria jurídicamente, como elemento o parte de una obligación, conclusiones para cuya admisión no necesitamos un testimonio (normativo) positivo.

Por lo que se refiere a la primera conclusión, difícilmente podría dudarse de ella, incluso en el caso de total silencio de nuestras fuentes. Como se sabe, según el Derecho romano, la cesión no es una transmisión del derecho, sino una transmisión de la acción, y si se admite para las acciones personales, no se comprende por qué tendría que resultar lo contrario para las acciones reales. Ambas clases de acciones se podían interponer mediante un *procurator* y, consecuentemente, también podían ser cedidas, pues la cesión, en su forma histórica primitiva, no era más que la demanda de un *procurator in rem suam*.

La segunda conclusión también parece natural e indudable. En el supuesto de que el propietario quiera ceder la *reivindicatio*, esto puede hacerlo no sólo imperativamente, sino también voluntariamente, y, por tanto, la cesión de la *vindicatio* puede ser elemento o parte integrante de una *obligatio*, como, por ejemplo, la del vendedor, en el caso de que haya perdido la posesión de la cosa sin su culpa (1.14 pr. de *furt.* [47.2]... *mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem*), la del arrendatario, si le han robado los frutos del campo o la del receptor de la cosa como depositante, comodante, etc., si la ha perdido y debe indemnizar al propietario (1.25,8,

locati [19.2]: *si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomino domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere*).

Así, en el proceso vindicatorio, si el poseedor ha perdido la cosa sin su culpa, se puede recurrir a una cesión de la acción del vindicante al poseedor, cuando este último queda sentenciado a satisfacer la *litis aestimatio* (1.63 de R. V. [6.1]: *si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice, si desideret ut adversarius actione sua cedat*; en cambio, Paulo, 1.47 de R. V. [61], no menciona, al hablar de la misma relación, la cesión de la *vindicatio*, sino que exige al que acciona la caución *quod per se non fiat, possessionem eius rei non traditum iri*), o por el poseedor al vindicante, si aquél ha llegado a ser propietario por usucapión después de la *litis contestatio* (1.21 *ibíd.*: *absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori*).

Verdaderamente, lo que encontramos en nuestras fuentes con respecto a este tema carece prácticamente de valor, y así no nos enteramos de lo que quisiéramos saber.

¿Por qué motivo, mientras las fuentes ofrecen respecto a la cesión de las acciones personales tan abundante material, éste es extremadamente pobre respecto a la cesión de la *vindicatio*? Podemos plantear la cuestión de otra forma similar: ¿En qué se basa el que aquella forma de cesión supere a ésta, en su formulación científica, de una manera tan desproporcionada, dejando a ésta completamente «en la sombra»? Contestándola obtendremos la solución.

La necesidad de transmitir un derecho se podía satisfacer, en el caso del crédito, sólo de una manera indirecta—mediante la transmisión del ejercicio del derecho, mediante cesión de la acción—; en cambio, en el caso de la propiedad se podía satisfacer de manera directa, mediante tradición, mancipación, etc. Por tanto, mientras para la transmisión del crédito la cesión de la acción se presentó como el único medio, la transmisión de la propiedad tenía un medio mucho más completo o perfecto, y sólo había ocasión de servirse de aquélla (la cesión) cuando el propietario no podía trair por haber perdido la posesión, caso único pensable, porque si el propietario poseía, no existía *reivindicatio* alguna que pudiera ceder. Así, la aplicabilidad de la cesión era y es infinitamente más limitada respecto de la *reivindicatio* que respecto a las acciones personales; la condiciona siempre la no posesión del propietario.

Pero, dentro de estos límites tan estrechos, resulta útil, e incluso absolutamente imprescindible cuando se presenta como *necesaria* (obligada).

En el caso de que el propietario no responde de la tradición sino cuando puede realizarla, la razón de su responsabilidad radica en el hecho de que él tiene algo (IHERING: *Abhandlungen aus dem röm. R.* Leipz, 1844, págs. 30 y ss.), y entonces se limita su obligación a la de cesión de la acción, porque la acción es lo único que él tiene en sus manos, como, por ejemplo, en la 1. 63 de R. V. (6.1), antes citada.

Pero también cuando la obligación está dirigida a realizar la tradición, como, por ejemplo, en el caso de un contrato de compraventa, aquella obligación, después, puede quedar reducida a la de realizar la mera cesión de la acción vindicatoria, por el hecho de que el obligado pierda la posesión sin su culpa.

La acción sustituye entonces a la cosa; la acción representa o aparece, podría decirse, como un residuo jurídico que aún le pertenece o permanece en su persona después de haber perdido la posesión de la cosa; la 1.21 i. f. de her. vend. (18.4) indica como analogía que *nam et aream tradere debet exusto aedificio*.

Todo el que responde a otra persona de una cosa está, por lo menos, obligado a cederle la vindicación.

Una consecuencia interesante de este punto de vista la desarrolla la 1.35 p. 4. de cont. emt. (18.1). Según este texto, es cierto que el vendedor debe ser condenado en el caso de que la cosa vendida sea una cosa ajena, pero tal solución queda excluida en el supuesto de haber perdido sin culpa la posesión de la cosa: *cum is nullam vindicationem aut conditionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem trasferre*.

No es necesario aclarar que es de gran importancia práctica la posibilidad de una cesión voluntaria. Para que no se considere el caso como de pérdida de la cosa por culpa del obligado, el actor puede preferir presentarse como vindicante, porque esto, por ejemplo, le sirva para acortar la cuestión; así pues, pueden existir relaciones en las cuales es preferible, desde el principio, contratar no la tradición de la cosa, sino la cesión de la vindicación.

Supóngase que alguien quiere vender todos sus bienes en el caso de partida repentina o de emigración, pero que una parte de su patrimonio se encuentra en manos de terceros. En este caso no es posible la tradición con respecto a dichas cosas, y el vendedor no puede y no quiere obligarse respecto a ellas; en tal caso, no hay otro remedio que vender las acciones en lugar de las cosas, de modo que el comprador asume el que las cosas quedan a su propio riesgo.

Otro ejemplo interesante de la cesión voluntaria es la del «conocimiento». En este caso, el documento objeto de la cesión sirve para el tráfico prácticamente como subrogado jurídico de la cosa, es decir, se

transmite el documento en lugar de la mercancía; quien tiene el conocimiento en sus manos está legitimado para comparecer como reivindicante, puede actuar prácticamente como propietario, sin importar que la posesión, y con ésta la propiedad de la mercancía, aún no se le haya transmitido.

Por todo esto, es una necesidad práctica precisar la teoría de la cesión de la reivindicación. Ciertamente es que el Derecho romano no ha formulado expresamente tal teoría, pero facilita los necesarios puntos de apoyo para construirla, mediante el análisis jurídico de los dos conceptos que aquí confluyen, el de la reivindicación y el de la cesión.

La *cesión*, como ya se sabe, fue configurada por los romanos como un mandato *ad agendum*, es decir, como cesión a un procurador procesal. Pero pronto, en la misma Roma, esta configuración no fue más que una pura forma, y una tras otra fallaron las consecuencias del mandato, y la posición jurídica del cesionario, desde el punto de vista justo que lo diferencia del procurador procesal, se alcanzó trabajosamente frente al mismo Derecho. Así como no se puede configurar la venta por el acreedor pignoraticio como un mandato de venta, así tampoco se puede configurar el derecho del cesionario desde el punto de vista del mandato de ejercicio de una acción. Mientras el verdadero mandato es una obligación para el mandatario, y por eso es revocable y se extingue con la muerte de una de las partes, en aquellos casos existe un derecho, y por eso queda excluida no sólo la revocación, sino también la extinción por muerte de las partes.

A pesar de esta independencia del cesionario respecto del cedente, su derecho está limitado, en primer lugar, porque su contenido no lo constituye el derecho del cedente, sino el de ejercitar este derecho. Con el derecho, continúa también la acción en la persona del cedente, y si bien debe abstenerse, inmediatamente, de su ejercicio, éste no se ha hecho jurídicamente imposible, y puede, por tanto, frustrar el derecho del cesionario, pero no directamente, mediante revocación de la cesión, sino indirectamente, ejercitando la acción o cesando en la titularidad del mismo derecho, por ejemplo, mediante renuncia, recepción del pago, etcétera. El cesionario se puede defender contra tales actuaciones perjudiciales del cedente mediante acciones personales y mediante la notificación al deudor, que supone, a su favor, una desviación de la consecuencia estricta de los conceptos.

Si aplicamos los principios generales expuestos respecto del concepto de cesión a la *cesión de la vindicación* llegamos a la tesis siguiente: en principio, el cesionario ejerce la acción del cedente, pero fundado en su propio derecho. Esta afirmación supone dos cuestiones.

1. *Es la acción del cedente la que ejerce el cesionario.* Su acción tiene el mismo valor, exactamente, que tendría la acción del cedente, por ejemplo, con respecto a la prueba (al igual que el propietario se puede servir de la acción publicitaria para facilitar la prueba, así también el cesionario no necesita que se haga mención específica de la publiciana en los documentos de la cesión), y con respecto a las excepciones al demandado, especialmente respecto a la cuestión de prescripción de la acción (por tanto, si en el momento en el que el cesionario interpone la acción el cedente no pudiera ya accionar, porque, por ejemplo, el poseedor ha usucapido la cosa, también le resulta ineficaz su acción). Lo mismo debe decirse cuando el propietario cedente, entre tanto, ha obtenido la posesión de la cosa o ha enajenado la propiedad a favor del poseedor: en el primer caso, el cedente continúa siendo propietario, pero, como es a la vez poseedor, la reivindicación resulta imposible jurídicamente; en el segundo caso, en cambio, se ha desprendido, con la propiedad, también de la reivindicatoria, y cuando la acción ya no existe, tampoco puede existir su ejercicio por el cesionario.

De esto se deduce cuán inseguro es el derecho del cesionario. Se caracteriza por su dependencia permanente de las supuestas condiciones personales del cedente. La posición del cedente no ha cambiado nada ante terceras personas; conserva su acción, así como la libre disposición de su derecho, y por eso tiene en sus manos los medios de frustrar el derecho del cesionario.

La cesión, por tanto, no transmite la acción de uno a otro, sino que la duplica, o, mejor dicho, confiere a dos personas y no a una sola, la posibilidad de accionar. Se podría comparar la cesión con la aparición de un nuevo acreedor de la obligación, en cuanto concede al cesionario la posibilidad de accionar, pero no priva al acreedor anterior de la posibilidad de accionar, de modo que, en este caso, la acción está unida, respecto de cada uno de ambos, directamente a su persona; en cambio, el cesionario sólo tiene el derecho de ejercicio del derecho personal del cedente y ejerce un derecho ajeno.

Por tanto, en ningún caso hemos de considerar la cesión de la vindicación como una separación de la acción de la persona del propietario. Con respecto a la vindicación, esto no se dice en ninguna de las fuentes; sólo respecto a la cesión de acciones personales se dice que el cedente conserva su acción, aunque no puede verse en ello nada especial para esta clase de cesión, sino una mera consecuencia del concepto técnico de cesión que consideramos.

En la cesión de acciones personales, con la notificación, se efectúa una tal separación que el derecho del cedente queda prácticamente excluido, porque el derecho del cesionario lo ha absorbido. ¿Se debe

decir que, desde entonces, la acción cedida queda protegida contra las acciones perjudiciales del cedente o, como yo digo, que pasa a ser independiente de la duración de la misma obligación? El sentido de la pregunta es el siguiente: la obligación también puede extinguirse sin un acto de disposición del cedente, por ejemplo, por confusión si el deudor hereda al cedente. Entonces, según se acepte uno u otro criterio, el derecho del cesionario se frustra o subsiste. Yo supongo lo último, y lo fundamento jurídicamente en la independencia de la acción cedida respecto de la duración de la obligación. Se trata de una relación similar a la que puede ocurrir respecto al *constituto* posesorio en la l.18, p. 1, de const. pec. (13.5) ... *si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihil ominus tenet constitutum, quia retrorsum se actio refert*. La existencia de una obligación es un requisito transitorio, pero no inmanente del *constituto*, similar a la propiedad del pignorante para el derecho de prenda.

Mediante la notificación se coloca en lugar de la obligación antigua, teóricamente subsistente, una nueva, completamente independiente de ella, y la eficacia práctica de la obligación se transmite a la segunda, con lo que la primera queda como una sombra puramente doctrinal, de modo que si el cesionario renunciara a su derecho, esta renuncia favorece al deudor, pero no a la pretensión del cedente, así como por la desaparición del obstáculo para el ejercicio de una acción ésta no recibe nueva eficacia. El derecho del cedente después de la notificación es un *nudum ius quiritium* que la doctrina actual tiene motivos para abandonar.

¿Podemos decir lo mismo de la reivindicación? ¿Queda también excluido el derecho del cedente mediante una notificación del cesionario al poseedor? No lo creo. No es que yo quiera dudar de la posibilidad jurídica y de la imaginabilidad legislativa de una tal cesión de la relación; una nueva legislación podría quizá adoptar con acierto esta solución.

En este caso, el cambio en la naturaleza original de la reivindicación quizá sea algo mayor que otro cambio efectivamente admitido por el Derecho romano. Para esta acción no es menos esencial la existencia de la posesión en la persona del demandado que la propiedad en la persona del demandante.

Si el Derecho romano, en el caso de la renuncia dolosa de la posesión, ha liberado a la *reivindicatio* del requisito de la posesión actual y ha admitido la *reivindicatio* a base de la posesión anterior en la persona del demandado, sería, al menos, imaginable que en el caso de la cesión hubiera declarado suficiente la existencia de las condiciones de la *reivindicatio* en la persona del cesionario en el momento de la

notificación, incluso ante el abandono posterior de la propiedad por parte del cedente. Esto serían los límites máximos de la «sublimación» de la *reivindicatio* dentro de los cuales sería admisible. La existencia real de sus requisitos, la propiedad del mandante, la posesión en el mandatario, en algún momento pasado, haría posible una reivindicación por parte de un no propietario contra un no poseedor. Tal configuración de la cesión de la *vindicatio* permitiría en el tráfico jurídico sustituir la transmisión real, la circulación de los bienes, mediante la transmisión de la acción, es decir, mediante una operación meramente jurídica, de manera similar a como en el tráfico jurídico se sustituye la transmisión real del dinero mediante subrogados jurídicos tales como letras, talones de crédito, etc. La notificación al poseedor del bien permitiría dejar seguro jurídicamente al cesionario, de tal manera que, mediante ella, sería posible la transmisión de la propiedad de una cosa que, de hecho, queda en posesión ajena. En el caso de que no se realizara la notificación, en esta forma de cesión, aún es imaginable y prácticamente conveniente tal transmisión de la vindicación de una a otra persona, pero la seguridad de esta operación queda basada entonces sólo en la honorabilidad del propietario, ya que éste, si quiere, puede impedir el éxito de la acción cedida mediante la venta de la cosa.

La cesión de la acción reivindicatoria ganaría en firmeza y armonía interna, frente a lo dicho hasta ahora, si también se declara admisible para ella la notificación, con sus conocidos efectos; pero yo no la considero admisible. Ciertamente, no puedo considerar la notificación más que como un medio de aseguramiento, sólo necesario en el supuesto de cesión de la demanda y sólo característica de esta clase especial de cesión. No me preocupa que nuestras fuentes sólo se acuerden de la notificación en relación con demandas; la extensión analógica sería adecuada en este caso si concurrieran los requisitos de ésta, como cuando las fuentes, en otros puntos, por su silencio sobre la cesión de la vindicación, obligan a la aplicación de la extensión analógica. Sin embargo, no puedo convencerme de que las razones para la extensión analógica concurren en este caso.

La notificación no es una consecuencia, sino desviación, del concepto mismo de cesión. Respecto a la cesión de las acciones personales, este desvío debió parecer necesario, ya que si la cesión de la acción debía, prácticamente, lograr una transmisión de la demanda misma, resultaba necesario un aseguramiento del cesionario contra las disposiciones posteriores del cedente, pero esto es completamente diferente a lo que ocurre con la cesión de la *reivindicatio*. Para la transmisión de la propiedad concede el derecho un medio directo: la tradición; por tanto, el Derecho no regula el tráfico de la propiedad, como el de los créditos,

exclusivamente por el camino de la transmisión indirecta, mediante la transmisión de la acción, y por ello puede estimarse rechazable esta otra posibilidad. Lo que la tradición cumple respecto a la propiedad debe estimarse lo cumple la notificación con respecto a la pretensión; es una exigencia práctica de la transmisión, no el medio jurídico para el fin de la cesión de la acción.

Tampoco debe dejar de considerarse que la relación entre la acción y el derecho, en uno y otro caso, es una relación muy distinta. En tanto en cuanto con la demanda (con el ejercicio de la acción) queda casi completamente agotado el derecho de crédito, de tal modo que, según los principios del procedimiento romano, se extingue el derecho mismo y se crea de nuevo, resulta que, en el caso de la cesión de una acción personal, la transmisión de la pretensión afecta al cesionario (nuevo titular).

Pero esto, como se sabe, se presenta respecto de la propiedad de un modo completamente diferente. La diferencia entre acción y derecho, en este caso, es mucho mayor; la *contestatio litis* en el proceso de vindicación por el cesionario no determina cambio alguno con respecto a la propiedad misma; el cedente la conserva aún y también la transmite, aun sin poseer él mismo la cosa, por ejemplo, mediante legado a otro.

La ineficacia de la acción contra el notificado priva al cedente prácticamente de su derecho; el fin de lograr la exclusión del acreedor y todos los demás fines por los cuales se podía transmitir el ejercicio del derecho se logra completamente mediante el acto de la notificación a la persona del deudor.

¡Qué diferencia con el caso de la reivindicación! Si el propietario quedara privado de ejercitar su derecho por la notificación de la cesión al poseedor actual, ¿qué ocurriría si la cosa pasara a manos ajenas sin culpa del poseedor o si el propietario pignorase la cosa?

En resumen, una y otra manera de cesión son demasiado diferentes para que pueda aplicarse a una todo lo que vale para la otra.

Sin embargo, la notificación también puede ser recomendable en el caso de cesión de la acción real. La notificación no sólo puede servir al cesionario como medio de hecho para obtener seguridad contra una vindicación del cedente, sino que también puede servirle ante el poseedor como medio de protección contra enajenaciones dolosas. Pero entonces no cumple la función de la notificación en sentido jurídico.

Hasta ahora, el resultado de la investigación se concreta en el hecho de que el derecho del cesionario es un derecho altamente inseguro; puede ser enervado en cualquier momento, y basta para ello la interposición de la acción por el propietario cedente.

Pero, ¿qué pasa si el cesionario ya ha interpuesto la acción? Aun

entonces no es propietario, ya que sólo será propietario si la cesión tenía por objeto procurarle la propiedad y no sólo la posesión, mediante la entrega real de la cosa, como se verá más adelante, pues aquí sólo se presenta como ejemplo de que el propietario puede contratar quedar en precario a consecuencia de la cesión de la *reivindicatio*. Aun entonces, por tanto, el cedente puede inferir la adquisición de la propiedad por el hecho de que ceda la posesión al poseedor demandado o a otra persona, incluso, sin transmisión de la propiedad. En tal caso, si el cesionario adquiere más tarde la posesión faltaría una condición para la adquisición de la propiedad: la propiedad del actor en el momento de la toma de posesión.

Solamente contra una posibilidad de burlar su derecho podría ser protegido desde entonces, indudablemente (con la condición de que la cesión de la *reivindicatio* sea irrevocable e incondicional): contra la de que el mismo propietario cedente u otro cesionario quisiera interponer la vindicación. La *reivindicatio* por el cedente, y junto con ésta la de todos los demás cesionarios, que hasta entonces se presentaba como posible para todos ellos, resultaría imposibilitada. Caso de doble comparecencia, debe tener preferencia el cesionario al cedente, y el primer cesionario al segundo.

La exposición, hasta ahora, ha tenido como objeto desarrollar la primera de las consecuencias de la frase arriba indicada, la de que el cesionario ejerce la acción del cedente.

2 El párrafo segundo de la frase alude a que el cesionario ejerce la acción del cedente *fundado en su propio derecho*. Esta frase, sin embargo, no necesita una explicación ulterior, ya que en esta cuestión se aplican plenamente los principios ordinarios; desde este punto de vista, es indiferente que el objeto de la cesión sea una acción personal o real. El Derecho mismo excluye también para la cesión de la *reivindicatio* la aplicación de la teoría del mandato y, por tanto, concretamente la posibilidad de una revocación por parte del cedente, la influencia de la muerte, etc.

De esto, sin embargo, no resulta que, al igual que en otras cuestiones jurídicas, no sea posible tal cesión bajo condición de no revocación, como, por ejemplo, si se efectúa sólo con el fin de conceder una situación precaria o a causa de un contrato de compra con pacto de *displicenciae*. Con la revocación del precario o con el ejercicio del derecho de arrepentirse, naturalmente, queda también anulada la cesión. Pero la posibilidad de la cesión tendría, en tal caso, su fundamento no en el concepto de cesión, sino en la voluntad del interesado.

Ahora bien, aparte de tal caso, la revocación del cedente es com-

pletamente ineficaz, tanto si se dirige contra el cesionario como si se dirige contra el poseedor de la cosa. Pero, ¿qué ocurre si el cedente ha frustrado de la manera antes indicada el derecho del cesionario? ¿Hay en el acto de cesión, como tal, un aspecto obligatorio que, en este supuesto, hace responsable al cedente, o tenemos que recurrir, para este fin, al fundamento de la cesión (la causa *cessionis*), por ejemplo, la venta de la cosa? Creo que no. El mérito de haber resuelto este punto de vista, ya planteado por otros, con todas sus consecuencias y rigor, se debe a U. SCHLIEMANN en su escrito, poco conocido (quizá porque está editado en 1848 y publicado en comisión), «La responsabilidad del cedente, un complemento a la teoría de la cesión», (publicado en Rostock en 1848).

La responsabilidad del cedente de un derecho, transferido mediante cesión al cesionario, incluye la obligación del cedente de no sustraerse a ella, ni directa ni indirectamente, y así, por ejemplo, la tendría también el donante que se hubiera servido de la cesión de la reivindicación para efectuar la donación; no importa si el donante no responde en caso de evicción de la cosa donada, a pesar de ello tendría que reconocer esta obligación.

Sin embargo, en el ejercicio de la reivindicación por el cedente no se puede encontrar, en todo caso, una violación de esta obligación; es posible que el propietario se decida a reivindicar precisamente en interés del cesionario, en tanto en cuanto gestor de negocio ajeno. Se puede tomar como ejemplo el caso en que la cosa habría sido robada y aparece ahora, en el lugar de la residencia del cedente, durante la ausencia del cesionario. En tal caso, no precisa insistir en que el cedente, ante el poseedor, está facultado para vindicar y tampoco en que no viola, mediante una vindicación, el interés del cesionario, el derecho de éste.

Al igual que el cesionario de una acción personal, el cesionario de la reivindicatoria también puede transferir su derecho, mediante otra cesión, a otra persona. El éxito del ejercicio de la acción reivindicatoria por los cesionarios ulteriores se producirá al igual que en el caso del ejercicio por el primer cesionario, ya que la acción es sólo el medio de demandar una relación protegida sobre la misma cosa y como tal demanda (referida a la misma relación de propiedad, a la posesión, a la detentación propia), puede ser planteada mediante un representante, y así puede ser ejercitada en nombre propio o ser transferida como derecho a otra persona.

¿Qué efectos produce el éxito final de la reivindicación planteada por el cesionario? Esta cuestión se resuelve según la intención de las partes, o sea, según la finalidad de la cesión.

Su fin puede consistir en ser un medio para la transmisión de la

propiedad. En este caso tiene el significado de un poder concedido al cesionario para conseguir la cosa; de este modo, *está intentada* (se quiere) *una tradición*, y, por tanto, *al obtener la posesión, la propiedad pasa al cesionario*; 1.6 de donat. (39.5): ... *quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate*; 1.47 de R. V. (6.1): ... *si res absens sit, tunc cum possessionem eius, nactus sit* (82).

Pero el fin de la cesión puede ser la transmisión de la posesión, como, por ejemplo, ocurre en el caso de la venta de una cosa, en el que se haya contratado a crédito o se haya añadido un pacto de reserva de dominio, como en el ejemplo, ya indicado, del precario.

Finalmente, puede tener por fin, sólo el conceder la detentación al cesionario, como cuando, por ejemplo, se cede la acción al comodatario o al inquilino.

Se puede comprender que todo esto, la diversidad del fin de la cesión, no supone para el poseedor de la cosa ninguna diferencia; él actúa ante el cesionario como ante el propietario.

Finalmente, merece hacerse observar que según el Derecho romano más reciente, un mandato *ad agendum* es innecesario tanto en el caso de cesión de una acción real como en el caso de cesión de acciones personales. En la época de JUSTINIANO parece que esto era discutido, y JUSTINIANO consideró necesario eliminar las dudas mediante una Constitución propia, la 1.9 Cod. de her. vel. act. vend. (4.39). Por analogía con el caso del comprador de una acción personal, dice en ella que debe concederse también al comprador de una acción real (sin cesión), una *utilis actio*. *La utilis actio sustituye aquí sólo el acto de una cesión expresa, pero en lo demás se debe tratar a la acción como a una acción cedida* (83).

(82) IHERING: *ob. cit.*, pág. 119.

«... *est ist also eine Traditio beabsichtigt, und es geht mithin mit erlangtem Besitz auch das Eigenthum auf den Cessionar über...*»

(83) «Ahora bien, completamente diferente de tal *reivindicatio utilis* es la que en casos determinados estudiaremos más adelante (II. *Reivindicatio utilis*. Casos específicos); el considerar una cesión fingida es imposible en estos casos determinados mientras que es necesaria en el caso que se viene tratando. Las fuentes que utilizan la expresión *reivindicatio utilis* comprenden con esta expresión, siempre, los casos determinados que estudiaremos más adelante, pero no quiero negar que también sería posible aplicar aquella expresión romanizante a la acción reivindicatoria. ¿Por qué no debería tener el mismo significado la palabra *utilis* en el supuesto de acciones reales que en el supuesto de acciones personales? Ahora bien, para diferenciar tal *reivindicatio utilis*, en el sentido general o vulgar, de la *reivindicatio utilis*, en sentido técnico o especial, me gustaría proponer denominar *reivindicatio utilis* sólo a aquellos casos determinados indicados en nuestras fuentes con este nombre, como haré en lo que sigue para ser más breve; en cambio, la reivindicación útil en sentido vulgar la distinguiría mediante cualquier otra frase suplementaria.

En la Constitución indicada, Justiniano, ciertamente, habla de una *actio in rem*

6. RESUMEN DE WINDSCHEID

La doctrina española ha tenido fácilmente a su alcance, como fundamental resumen histórico, aparentemente suficiente y fiable, el contenido en las pocas líneas que WINDSCHEID dedica en su Derecho de Pandectas a la «transmisión de acciones reales» (84).

En la nota bibliográfica inicial, literalmente, WINDSCHEID propone «confrontar sobre esta teoría, hasta ahora descuidada (insuficiente MÜHL-ENBRUCH...), especialmente el artículo de IHERING, An. para la dog. I, páginas 101 y ss. (1857)...».

Según WINDSCHEID, al igual que los créditos (acciones obligatorias), también pueden transmitirse las acciones dirigidas a una prestación nacida de la violación de los derechos reales.

Las fuentes hablan de ello en las siguientes aplicaciones:

a) Transmisión de la *reivindicatio* a aquel que debe pero no puede restituir la cosa y por ello debe resarcir el daño (1.63 D. de R. V. 6.1; 1.25,8 D. loc. 19.2; 1.12, D. de re iud. 42.1).

b) Transmisión de la *reivindicatio* a quien debe ser atribuida la propiedad de la cosa, pero que no recibe ni la misma cosa ni un resarcimiento, porque el demandado, sin su culpa, no tiene la cosa (1.21 D. de R. V. 6.1; 3, I. de emt. et vend. 3.23; 1.35, 4 D. de contr. emt. 18.1; 1.14 pr. D. de furt. 47.2; 1.39 D. de don. i. v. e. u. 24.1).

c) Venta de la *actio in rem* (L. 9, C. h. t. 4.39).

A este respecto rigen principios análogos a los relativos a la transmisión de acciones obligatorias.

utilis, pero no de una *reivindicatio utilis*, y yo no conozco ningún ejemplo en el que esta última expresión sea utilizada por las fuentes en otro sentido que en el que vamos a considerar ahora.

La *reivindicatio utilis*, según las fuentes, no es más que la cesión ficticia o simulada o *cessio legis* de la acción del propietario a otra persona. Si la *reivindicatio utilis* fuera una reivindicación debería ejercitarse contra terceros poseedores; pero, muy al contrario, se dirige sólo contra una persona, contra el propietario mismo, contra el cual es inimaginable la *reivindicatio*, directa o cedida. Esto puede considerarse provisionalmente satisfactorio para una inicial explicación de esta acción, pero para explicar esta cuestión será necesario considerar los supuestos o casos determinados específicos, así denominados en las fuentes, y con todo ello constituir el material, que las mismas fuentes ofrecen, para configurar una teoría general de esta acción; ahora bien, tampoco podemos hacer esto sin advertir de antemano contra un error en que, por lo menos en algunos de estos supuestos, se ha incurrido no raramente: el identificar el derecho de la *reivindicatio utilis* con la propiedad.»

(84) WINDSCHEID: *Derecho de Pandectas*. Traducción al italiano por Fadda y Bensa. Turín 1930, vol. 2, libro IV: «El Derecho de crédito», par. 337, págs. 303-305. Se intercalan las notas al pie del texto original.

1. La transmisión puede fundarse en la declaración de voluntad del titular, resolución judicial o disposición legal.

Un caso de transmisión legal aparece en la citada l.63 D. de R. V. 6.1: *cum tamen praeter auxilium quandoque laturus sit*. No pertenecen a este número los casos en que la *reivindicatio utilis* dada al no propietario es la expresión romana del derecho de propiedad transferido o sólo una forma diversa de una acción obligatoria.

2. La transmisión inviste, inmediatamente, de la acción al adquirente (erróneamente, WINDSCHEID en La acción... pág. 220); sin embargo, quien ha estado hasta entonces investido de la acción queda excluido solamente con la apropiación de la acción por parte del adquirente frente al obligado (notificación). (Lo niega IHERING, *ob. cit.* páginas 111 y ss., quien se opone a que la cesión de acciones reales se aplique el derecho de notificación. Al contrario, WINDSCHEID, BEKKER, SINTENIS, GOLDSCHMIDT, ATTENHOFER, ZIMMERMANN...)

3. El objeto de la transmisión puede ser no sólo una acción actualmente existente, sino también una acción que pueda surgir en el futuro. Concretamente, el propietario puede ceder sus acciones así contra el poseedor actual como contra todos los poseedores futuros (Seuff. Arch. XXXVI. 25. Trib. del Imp.).

(Sobre la cuestión de si, en este caso, el adquirente puede accionar incluso contra el mismo propietario, cuando éste consiga la posesión: para la solución negativa de la cuestión, IHERING, pág. 110; EXNER...; para la afirmativa, BEKKER, BÄHR..., ZIMMERMANN, SCHMIDT, DERNBURG... Yo mismo—dice WINDSCHEID—, en las ediciones anteriores, me pronuncié por la afirmativa, pero actualmente estoy muy incierto. ¿No lo impide el axioma de que ninguno puede transferir aquello que él mismo no tiene? La solución en la citada l.63 de R. V. 6.1: *ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari*, no está fundada en la *cessio actionis*. Sin embargo, en todo caso, el adquirente, en una transmisión realizada para darle un derecho de reclamar la cosa contra todos los poseedores, tiene una acción personal contra el transferente.)

4. El adquirente de la acción real no adquiere el derecho real. Sin embargo, se le puede ceder la acción con la finalidad de que *con la obtención de la posesión adquiera el derecho* (IHERING, pág. 119...); éste permanece en el anterior titular de la acción.

(La acción personal agota el respectivo derecho; si se traspasa del precedente acreedor al nuevo adquirente, este último, efectivamente, deviene acreedor, y aquél deja de serlo. En cambio, el derecho real no se agota con la acción a la prestación nacida de su violación.)

Si el titular de la acción pierde el derecho real, también se extingue la acción real transferida al adquirente. (Esto—dice WINDSCHEID—lo he negado anteriormente [La acción..., pág. 221]. Pero la acción a la prestación nacida de la violación del derecho real es, sin embargo, siempre una manifestación del derecho, y subsiste y se extingue con el mismo. Si el Derecho romano disponía lo contrario en cuanto a la acción personal, el motivo era que su cesión dejaba al cedente no tanto el derecho, sino más bien el nudo nombre del derecho: IHERING, pág. 112.)

Ahora bien, los sucesores del transferente, y no sólo sus sucesores universales, deben someterse a que se oponga contra ellos la transmisión realizada; sus sucesores universales incondicionalmente, sus sucesores particulares restringidamente. (Precisa distinguir si la acción real es o no concedida a fin de adquirir el derecho real. En el primer caso, el sucesor particular responde incondicionalmente, por analogía con la denominada *exceptio rei venditae et traditae* [I. 197]; en el segundo caso, responde solamente si su sucesión es a título gratuito, y así, también, el acreedor pignoraticio [1.4, 27-31, D. de doli ex. 44.4]. SCHMIDT... hace siempre responder al sucesor solamente del modo indicado últimamente. IHERING no le hace responder en modo alguno. BEKKER... le hace responder incondicionalmente. Como SCHMIDT, GOLDSCHMIDT...)

7. NO PREVALECE LA OPINIÓN DE IHERING Y WINDSCHEID

1. Citadas, literalmente, las opiniones de IHERING y de WINDSCHEID, procede indicar que en el *proceso codificador alemán*, ni prevalece la construcción de MÜHLENBRUCH respecto a la cesión de acciones personales, de créditos, ni la solución de IHERING y WINDSCHEID a la cesión de la acción real reivindicatoria.

El mismo WINDSCHEID había demostrado en su obra, publicada en 1856, «La *actio* del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho actual» (*Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*), que, aunque los romanos incluyeran en su concepto de acción el elemento de la protección judicial, esto se explica, esencialmente, en virtud de la evolución histórica, en particular, en virtud del establecimiento de nuevas acciones y, sólo como consecuencia, de nuevos derechos, algo que no se ajusta a la concepción actual—en 1856—que considera el derecho como el fundamento y la persecución judicial sólo como una consecuencia, por lo que sustituye el concepto de acción por el concepto de *pretensión* (85).

(85) De esta obra arranca la distinción conceptual entre Derecho privado y Derecho procesal y el desarrollo doctrinal de este último, incluso con referencia al mismo Derecho romano.

1.1. La construcción romanista de MÜHLENBRUCH, ya se ha dicho, era completamente extraña a la conciencia del pueblo alemán, que consideraba la cesión como transmisión del crédito mismo y no sólo de su ejercicio.

En el Código Civil alemán, finalmente, prevalece la solución de que «la cesión es un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acreedor» (par. 398) (aunque se estima que es posible una seudocesión con un efecto más débil, quedando el crédito en el cedente y estando facultado el cesionario únicamente para ejercitarlo en interés propio). La transmisión se realiza por el solo acuerdo, sin que la notificación sea requisito para la transmisión.

1.2. En el Código Civil alemán también son cedibles las pretensiones reales y, concretamente, la reivindicatoria: «si un tercero está en posesión de la cosa—mueble—, la entrega puede ser sustituida por el hecho de que el propietario ceda al adquirente la pretensión de entrega de la cosa» (par. 931), como ya se ha visto (86).

Con esta solución queda desechada la solución que se preconizaba para el Derecho común por IHERING y WINDSCHEID, al no exigirse que el comprador cesionario de la reivindicatoria *obtenga la posesión* para que se le considere propietario (87) (aparte de considerar el convenio de cesión, salvo pacto, implícito en el acuerdo real, y éste, a su vez, en el acuerdo obligatorio).

Aunque IHERING no lo haga expresamente, antes del Código Civil alemán, los pandectistas alemanes se plantean el tema objeto de este estudio exclusivamente en cuanto a cosas muebles, ya que respecto a los inmuebles rige no el Derecho común, sino el Derecho propio o territorial, de origen germánico, en el que no se aplica el sistema de la transmisión no formal, de la tradición (causal o no), sino el de la transmisión formal (*Auflassung*) y publicidad registral. Por esto mismo, resuelto el problema por el Código Civil alemán en cuanto a las cosas

(86) En la Comisión de Codificación participó WINDSCHEID, desde 1874 hasta su fallecimiento en 1892, el mismo año que su amigo IHERING, sin llegar a ver aprobado el Código.

(87) En cambio, según el par. 934, «si una cosa enajenada según el parágrafo 931 no pertenece al enajenante, el adquirente se hace propietario con la cesión de la pretensión, si el enajenante es poseedor mediato de la cosa; en caso contrario (es decir, si el vendedor no es poseedor), cuando obtenga del tercero la posesión de la cosa, a no ser que al tiempo de la cesión o de la adquisición de la posesión, respectivamente, no esté de buena fe».

Esta solución, referida exclusivamente a la venta de *cosa ajena*, es aplicación de la solución que, con carácter general, interpretaba IHERING como vigente en el Derecho común alemán. Como ya se ha visto, para el caso de vendedor de cosa propia (vendedor propietario) no poseedor la solución es distinta, según el par. 931.

muebles (par. 931), la cuestión deja de tener interés problemático actual, y no requiere especial atención doctrinal. Las opiniones anteriores al Código no son revisadas.

2. Tampoco prevalece la tesis de IHERING en la *interpretación actual* del mismo Derecho romano, como veremos seguidamente al considerar los estudios de CARRELLI y de VALIÑO.

Al tiempo de escribir IHERING su artículo sobre la cesión de la acción reivindicatoria, los estudios sobre origen cronológico e interpolaciones de los textos del *Corpus iuris* no han alcanzado el grado de madurez actual. Por otra parte, pese al posterior enfrentamiento de su jurisprudencia de intereses a la jurisprudencia de conceptos, no puede sustraerse totalmente al ambiente jurídico en que está inmerso. Su estudio, sin duda alguna, es una construcción de pura lógica conceptual, sin referencia al Derecho vivido y a los intereses de las partes implicados en el supuesto de hecho.

Análogas consideraciones pueden hacerse al historicismo conceptualista de MÜHLENBRUCH.

No ha de olvidarse que este mismo conceptualismo de la época es el que determina la adopción por el Código Civil alemán de la teoría sobre la tradición romana justiniana como negocio dispositivo abstracto, que tanta polémica suscitó en la misma Alemania y que hoy puede considerarse en franca regresión, no ya como solución legislativa ajustada a los intereses en juego, sino incluso como históricamente correcta (88).

Si se examinan los *textos romanos* citados por IHERING y WINDSCHEID (pues éste sólo cita uno que no esté citado por IHERING, el D. 42, 1, 12) (89), se observa que, prácticamente, todos los textos del Digesto (salvo el D. 47, 2, 14, pr., que aquí no interesa) se refieren o están relacionados con la cesión de la reivindicatoria o de otras acciones reales y personales, no por contratos extraprocesales, sino por consecuencia de la *litis aestimatio*, que se considerará detenidamente; el texto citado de la Instituta se refiere al mismo contenido del D. 6,1,21; en cuanto al texto citado del Código de Justiniano, se refiere a la venta de una

(88) Las raíces históricas del sistema de transmisión abstracta se encuentran en la ciencia pandectista alemana del siglo XIX, que se considera basada en las fuentes del Derecho justiniano, esto es, en la doctrina oficial del Oriente romano del *animus transferendi dominii*. Tras largas vacilaciones, manifestadas a lo largo de siglos en las opiniones de los glosadores, comentaristas y humanistas, a propósito de las contradicciones en las fuentes, hacia fines del siglo XIX, WINDSCHEID proclamó ser de Derecho común el principio de la tradición abstracta, asegurando su implantación en el C. C. alemán.

WOLFF-RAISER: *ob. cit.*, pág. 225, n. 5.

(89) Sin interés relevante para el tema. Ver texto y traducción.

actio in rem, y su solución legislativa es congruente con la del Digesto respecto a la adquisición aparentemente por *litis aestimatio* en el Derecho justiniano, lo que también se considerará más adelante. Además, se refieren a cosas muebles (no presentes): esclavos, ropas, etc.

8. MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO POR EL CESIONARIO

A propósito de la cesión de acciones en el Derecho común, la cuestión principal que se plantea es la determinación del momento de la adquisición del derecho por el cesionario como *único titular*, con exclusión de cualquier acción del cedente, es decir, teniendo en cuenta la distinción medieval entre acción directa y acción útil, la determinación del momento de la extinción de la acción directa, así como la eficacia de la *denuntiatio* respecto a la acción personal y de la toma de posesión de la cosa respecto a la acción real como la reivindicatoria, pues, según IHERING, a la cesión de la acción reivindicatoria no es aplicable la *denuntiatio* y, en cambio, la adquisición del derecho de propiedad requiere la toma de posesión de la cosa.

Primeramente puede hacerse referencia a la eficacia de la *toma de posesión*; luego, a la eficacia de la *denuntiatio* y pasar a considerar el momento de la extinción de la concurrencia entre acción directa y acción útil, para concluir con la desaparición práctica de la concurrencia, antes de la «defunción legal» de la acción directa.

9. TOMA DE POSESIÓN: ESTUDIOS DE CARRELLI («LITIS AESTIMATIO») Y DE VALIÑO («ACTIO UTILIS») Y CONCLUSIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO JUSTINIANO

A efectos del tema de este estudio, la afirmación más importante de IHERING y de WINDSCHEID, aunque IHERING la hace como de pasada y WINDSCHEID por referencia a IHERING, como se ha visto, es la de que en el supuesto de cesión de la acción reivindicatoria está intentada (se quiere) la tradición según el D. 39, 5, 6 (... *quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate*...) y, por tanto—se dice—, al obtener la posesión la propiedad pasa al cesionario, según el D. 6, 1, 47 (... *si res absens sit, tunc cum possessionem eius, nactus sit*...), es decir, el cesionario no adquiere la propiedad hasta que no obtiene la posesión. Esta opinión no es válida para el Derecho justiniano, según resulta de la argumentación de EDUARDO CARRELLI, profesor asistente de la Cátedra de Papirología jurídica de la Universidad de Roma, en un profundo es-

tudio sobre *L'acquisto della proprietà per litis aestimatio nel processo civile romano* (90). Dada la importancia que el resultado de este estudio tiene respecto al Derecho español vigente, como se verá, parece conveniente exponerla con suficiente detalle. Pero antes interesa resaltar la gran importancia del Derecho procesal romano para la comprensión de todas sus instituciones.

MAX KASER (91) hace observar que toda *actio* para los romanos constituye una unidad, en la que con los supuestos y consecuencia de orden jurídico privado se implica el procedimiento para conseguir la efectividad procesal de los derechos. Esta concepción tuvo su apoyo en la antigüedad en que para determinados grupos de acciones hubo especiales procedimientos y en que la fuente de Derecho escrito más importante es el Edicto de los pretores, que expone la parte más enjundiosa del Derecho privado en forma de *actiones* y de *exceptiones*, y otros medios procesales.

En el proceso formulario, cada *actio* tiene su fórmula propia, acomodada a los términos de la pretensión jurídica que se hace valer (92). El magistrado (pretor) está obligado a observar su Edicto y a «dar» acción (*dare actionem*)—o denegar—para actuar ante el juez, según la fórmula, con referencia a acciones no sólo civiles, sino también edictales típicas, pero al mismo tiempo se halla facultado, cuando surge la necesidad de protección jurídica, a «dar» acciones no edictales (acciones *in factum*), en las que la fórmula correspondiente se hace a medida del caso que la motiva (*factum*). Cuando una fórmula—edictal (las edictales no, según VALIÑO)—es modificada analógicamente por el magistrado conservando en lo esencial el modelo, porque el supuesto a que se refiere éste no coincide exactamente con los términos del que se plantea, se habla de una *actio utilis* (de una acción utilizable) (93). Algunas de estas acciones figuran en el Edicto junto a las acciones típicas (otras fueron creadas por la jurisprudencia según MAX KASER, a lo que se opone VALIÑO). Las acciones útiles, aunque se refieran a una *actio civilis*, pertenecen al Derecho honorario. Así, la publiciana respecto a la reivindicatoria.

(90) *Fundación Castelli*, 9. Milán 1934, 132 págs. Citado por JÖRS-KUNKEL (página 202, n. 17), que dedica a este tema unas líneas (pág. 202), al igual que MAX KASER (págs. 126-127).

(91) *Derecho romano privado*, págs. 352 y ss., en resumida introducción al Derecho procesal romano, que tiene por base su gran obra *Das römische Zivilprozessrecht*, 1966.

(92) Como dice D'ORS, el pretor resuelve la cuestión de Derecho; el juez resuelve la cuestión de hecho, la prueba.

(93) La denominación de la acción básica como *actio directa* no es clásica; los clásicos hablan de *actio principalis* (PAULO. Según BIONDI, citado por JÖRS-KUNKEL, página 300, n. 4).

Respecto de la reivindicatoria, a tenor de la concepción romana de la *actio in rem* como actuación sobre una cosa y no contra una persona (94), el poseedor no está obligado a restituir la cosa al propietario, y éste tampoco puede constreñirle a ser parte en el proceso reivindicatorio. Si el demandado no se muestra parte, si niega su necesaria cooperación para que se entable el litigio con la *litis contestatio*, no puede haber *reivindicatio*. El pretor entrega la cosa al actor, quien la obtiene valiéndose de otros recursos, de la acción personal *ad exhibendum*, si se trata de cosa mueble, y del *interdictum quem fundum*, si se trata de inmueble; todo ello sin que el Juez tenga que entrar en el examen de la propiedad del actor.

Estos procedimientos se utilizan también, previamente al juicio, para que la cosa esté «presente» en el mismo, o sea, para probar la posesión del demandado (legitimación pasiva). Tal presencia puede ser real o simbólica, o incluso ficticia, por confesión de ser poseedor el demandado (95).

(94) Según JÖRS-KUNKEL (*ob. cit.*, pág. 117), el concepto material de la *actio* se formó primero en la *actio in personam*; la acción surgía por regla general paralelamente al derecho de obligación: *obligatio* y *actio* eran inseparables (CELSE, D. 44.7.51: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*).

En cambio, el derecho de... dominio por el simple hecho de su existencia no daba origen a ninguna acción. Pero surgía una obligación por contrato arbitral cuando el demandado *concertaba* con el demandante la *litis contestatio* y se sometía a las resultas de la sentencia que el juez pronunciara. Una verdadera acción real no se reconoció hasta un momento bastante avanzado del Derecho romano, cuando los emperadores Honorio y Teodosio II sometieron la acción real, como todas las demás, a la prescripción. En estos sus primeros tiempos la acción real nacía sólo cuando el derecho había sido vulnerado (por ejemplo, cuando se había sustraído la cosa).

(95) ALVARO D'ORS: *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona 1960, páginas 109, 110 y 116.

En la *reivindicatio*, «como en todas las vindicaciones primitivas, ambos litigantes hacen afirmaciones simétricas en presencia de la cosa (o de un símbolo si es inmueble, pues los inmuebles no necesitan ser presentados—pág. 67)... Tenía importancia decisiva la atribución interina de la cosa, pues el que la recibía retendría la cosa siempre que el adversario no llegara a probar su derecho, aunque tampoco pudiera él hacerlo... Podía el magistrado depositar la cosa, si era mueble, en poder de un tercero imparcial (*sequester*), pero era lo más normal que atribuyera la cosa, interinamente, al litigante que le pareciera más idóneo (*vindicias dicere*), siempre que pudiera dar garantes de la eventual restitución de la cosa y de los frutos interinamente producidos (*praedes litis et vindiciarum*). Se comprende que el trámite interdictal sirviera para racionalizar esta atribución interina de la posesión. Así, desde el primer momento, tuvo una importancia decisiva el entrar en el proceso petitorio como poseedor, pero mucho más en las formas ulteriores que asumió ese proceso.

La estructura simétrica de la *legis actio per sacramentum in rem* fue transformada en un expediente arbitrado por la práctica procesal, que consistía en involucrar la cuestión de la propiedad en un litigio de acción *in personam*, acerca del cual de los dos litigantes debía pagar al otro una cantidad de dinero... Bastaba

En el procedimiento reivindicatorio clásico *per formulam petitoriam* se persigue el fin de conseguir una decisión sobre la propiedad del actor y el fin de restituir la cosa al actor victorioso. El Juez que estima que la propiedad es del actor emite una resolución de carácter provisional, dejando al arbitrio del demandado la posibilidad de restituir al actor *in natura* (*iussum de restituendo*). Si el demandado acata el *iussus* y restituye, queda absuelto. En otro caso es condenado por la sentencia a entregar una cantidad de dinero, en cuantía igual a la del valor pecuniario de la cosa, fijada por el actor mediante juramento (*isiurandum in litem*): *litis aestimatio*. Este valor jurado de la cosa superará en la generalidad de los casos al que resultaría de una estimación judicial. Si el demandado es condenado en dinero, desde JULIANO (D. 25,2,22 pr.), su situación es similar a la del comprador que ha comprado la cosa al actor. El demandado que posee la cosa, desde el momento en que se dictó la sentencia, es un poseedor *ad usucapionem pro emptore*, y si el actor ha sido, hasta el momento, dueño de la cosa, el poseedor será propietario bonitario (según CARRELLI, si la cosa es *mancipi*). En la época de JUSTINIANO, en tal supuesto, el condenado adquiere la propiedad (ya no existe la distinción entre quiritaria y bonitaria). Así, PAULO, en D. 6,1,46, y POMPONIO, en D. 6,1,70 (96).

CARRELLI

Acerca de este supuesto, CARRELLI ordena su estudio distinguiendo la adquisición por *litis aestimatio* en caso de contumacia y en caso de pérdida de la posesión de la cosa, fortuita, o por culpa o por dolo del demandado (comprador), y considera la naturaleza y el momento de tal

que se prometieran recíprocamente (por una *sponsio*) el pago de tal cantidad si no resultaban ser propietarios. No se exigía ya la presencia de la cosa...

En el procedimiento formulario... se ordena al juez que condene al valor de la cosa al poseedor, si resulta que el demandante es propietario civil (*ex iure Quiritium*)... proceso asimétrico, sin necesaria presencia de la cosa... pero el pago de la *aestimatio jurada in litem* convierte al poseedor condenado en propietario.

... La sentencia judicial en la época clásica sirve para imponer una condena pecuniaria y no para constituir el derecho...

La *addictio* es una atribución solemne del magistrado... una adquisición de propiedad se produce precisamente a favor del vencido en el juicio reivindicatorio; el vencido que paga la *litis aestimatio* de la condena se hace propietario de la cosa reclamada.»

(96) JÖRS-KUNKEL: *ob. cit.*, pág. 529. Respecto de los efectos de la *litis contestatio* dice que «son consecuencia del principio de que el actor ha de recibir por la sentencia lo que tendría si se le hubiera pagado en el momento de la iniciación del proceso ... retrotrayendo los efectos de ésta a aquel momento ... de aquí ... los preceptos ... sobre la transmisibilidad de las acciones ya contestadas, antes no transmisibles». Es interesante destacar este párrafo por lo que se refiere al carácter retroactivo de los efectos de la sentencia reivindicatoria; en nuestro caso, mediante cesión de la acción reivindicatoria.

adquisición. No sólo se refiere a la acción reivindicatoria, sino también a otras acciones, reales unas y personales otras, considerando prácticamente todos los textos citados por IHERING y WINDSCHEID.

1. En el proceso reivindicatorio clásico—dice CARRELLI—, el poseedor demandado *contumaz*, es decir, el que no se somete a la invitación judicial a la restitución y, en cambio, se declara dispuesto a pagar aquella cantidad en que el actor ha valorado la cosa, al ser condenado por la sentencia, adquiere el *dominium*, según el D. 6,1,46 (PAULO 10 *ad Sabinum*): *eius rei quae per in rem actionem petita tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit, dominium staim ad possessorem perinet; transegisse enim cum eo et decidisse videor eo praetio, quod ipse constituit* (ver traducción).

Pero hay que aclarar que si PAULO, jurista clásico, afirmó que el contumaz adquiere el *dominium* sobre la cosa, esto solamente puede ser referido, en el Derecho clásico, a que adquiere el dominio quiritarario de la cosa *nec Mancipi*. Ha de considerarse incluso probable que el texto originario dijese *no eius rei sino nec Mancipi rei*.

La falta de las formas solemnes de la transmisión de la propiedad implica que el demandado no puede ser considerado *dominus ex iure Quiritum* de la cosa *Mancipi*. Pero, por otra parte, después de la sentencia de condena, con el pago de la cantidad fijada por el mismo actor (*voluntas actoris*) mediante *jusiurandum in litem*, teniendo el demandado la posesión de la *res Mancipi*, existen todos los requisitos suficientes para que pueda considerarse realizada la *traditio ex iusta causa* y, por tanto, transmitida la propiedad bonitaria de la *res Mancipi*. En tal caso, el demandado, aunque no resulta inmediatamente dueño quiritarario de la cosa *Mancipi*, podía llegar a serlo transcurrido el año o el bienio necesario para la usucapión, y entretanto su situación tenía suficiente protección con la *actio Publiciana* (*Quasi Publiciana*, desaceradamente, LEVI) e interdictos posesorios y con la *exceptio rei venditae et traditae*.

Los compiladores, que sistemáticamente han eliminado cualquier referencia a la distinción clásica entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y sus consecuencias, la han suprimido en este fragmento, con lo que, al hacer desaparecer la limitación originaria, han ampliado el principio de la adquisición del dominio a cualquier cosa, sin distinguir la adquisición del dominio quiritarario de las cosas *nec Mancipi* y la adquisición de la propiedad bonitaria de las cosas *Mancipi*. Sobre esto se volverá al tratar de la naturaleza y del momento de esta adquisición.

2. En el caso de *pérdida fortuita* de la posesión de la cosa, si ésta pasa a manos de un tercer poseedor, el primer poseedor deja de

estar legitimado pasivamente, y la acción debe ser dirigida por el actor contra el nuevo poseedor; por consecuencia, desaparece el problema de la condena pecuniaria y consiguiente adquisición por parte del contumaz frente al primer poseedor. Lo mismo puede decirse en el caso de que la cosa resulte destruida *sine dolo malo aut culpa possessoris*, puesto que también entonces, aparte de que normalmente se excluye la responsabilidad del demandado, el hecho mismo de la destrucción de la cosa hace *a priori* imposible una indagación sobre la eventual adquisición de la propiedad por el demandado.

La cuestión se complica en el supuesto de *pérdida de la posesión por culpa del poseedor demandado por la «reivindicatio»* (pérdida culpable o, mejor, culposa).

Según el D. 6,1,63 (PAPINIANO, 1 *ad quaestionum*): *Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a iudice si desideret, ut adversarius actione sua cedat; quum tamen praetor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur; ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvare: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit restituere.* (Ver traducción.)

Pero, según el D. 6,1,47 (PAULO 17 *ad Plautium*): *Haec si res praesens sit; si absens, tunc cum possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris; et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice quam si caverit actor quod per se non fiat possessionem eius non traditum iri.* (Ver traducción.)

El D. 6,1,46, anteriormente citado, y este D. 6,1,47 son extraídos de obras diversas de PAULO (L. 13 *ad Sabinum*, el primero; L.17 *ad Plautium*, el segundo), que los compiladores han relacionado, situándolos uno a continuación del otro, porque consideran el mismo argumento. Sin olvidar el comentario anterior a este último texto, en cuanto a la intervención de los compiladores en su redacción, respecto a la distinción entre cosa *nec Mancipi* y *Mancipi*, la idea de PAULO en el D. 6,1,47, puede ser fácilmente reconstruida:

Después de haber establecido, en una primera parte, que los compiladores no han reproducido, porque repetía, de modo probablemente más sucinto, cuanto ya había tratado en el D. 6,1,46, es decir, que la sentencia de condena a la *litis aestimatio* confiere al demandado el *dominium* de la *res nec Mancipi* o la *in bonis* de la *res Mancipi*, añade que para que tal cosa pueda ocurrir es necesario que la cosa esté actualmente en su poder (*haec, si res praesens sit*), pues si, en cambio, la cosa estuviese en poder de un tercer poseedor, a consecuencia de la pérdida culposa de la posesión, la adquisición del *dominium* de la

res nec Mancipi o de la *in bonis* de la cosa *Mancipi* sólo podría realizarse cuando *possessionem eius possessor nactus sit ex voluntate actoris*, esto es, en el supuesto de que la cosa hubiera vuelto a su poder y a ser poseída por él, como propia, por cuanto sólo en este momento se habrían cumplido los requisitos necesarios para la adquisición de la propiedad de la *res nec Mancipi* por tradición *brevi manu* o para la posible usucapción de la *res Mancipi*: la posesión de la cosa *ex iusta causa* y la intención de poseerla como propia, ya que *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*.

El requisito de la *voluntas actoris* en el supuesto de contumacia es más aparente que real, y se limita a un mero *reconocimiento* de un hecho consumado; en cambio, en el supuesto de pérdida culposa de la posesión tiene una existencia efectiva: el actor, frente a la declaración del demandado de no poseer la cosa, sabiendo que éste tiene derecho a pedir la *cessio actionis*, puede desistir de la acción intentada contra él y ejercitar la acción reivindicatoria contra el nuevo poseedor y, así, recuperar la cosa o, al menos, obtener una sentencia de condena a una cantidad fijada por él mismo. En cambio, si prefiere seguir el juicio contra el primer poseedor, esto significa que, ante la difícil recuperación de la cosa de manos del tercer poseedor o por otros motivos que la hacen improbable, lógicamente, entre la cantidad menor, pero segura, que podrá conseguir del *reus qui culpa amiserit possessionem* y aquella mucho mayor, pero improbable, que podría conseguir del tercer poseedor, también posible contumaz, prefiere la primera: en consecuencia, se puede decir de este actor (más bien que en el supuesto de contumacia), que ha vendido la cosa al demandado y le ha cedido su acción por su propia y libre voluntad (*emptio similis*) (D. 6,2,7,1).

El D. 6,1,47, clásico en su origen, no alude a la cesión de la acción, sino sólo a la *cautio* de que el demandado no se opondrá a la toma de posesión, por lo que, parece, ha de referirse, en el Derecho clásico, al caso de que la posesión se obtenga por el demandado sin más, sin mediar la cesión de acciones, es decir, por acuerdo con el tercer poseedor, o por la fuerza, o por la entrega del que fue dueño, cuando éste la ha recuperado previamente, y, sobre todo, a este último caso, que es al que se refiere el mismo texto a continuación: *et ideo...*

Queda por determinar qué protección jurídica (*auxilium*) concedía el Pretor al demandado cuando culpa, *non dolo desiit possidere*.

Sobre todo, le concedía la *cessio actionis*, que, a petición del interesado, el Juez podía imponer al actor antes de emitir su sentencia; de este modo, el demandado quedaba constituido *cognitor in rem suam*, y podía dirigir la acción reivindicatoria contra cualquier tercero que poseyese la cosa. Podía ejercitar la acción del *dominus* para recuperar la

cosa, pero siempre en concepto de mandatario judicial, si bien con dispensa de rendir cuentas de su actuación, por lo que queda excluida siempre la adquisición inmediata, *statim*, del dominio o de la *in bonis*, puesto que si se consideran los principios reguladores de la institución del mandato judicial, la transmisión del derecho del cedente al cesionario no ocurría sino en el momento de la «*litis contestatio*» entre el cesionario y el tercer poseedor, por transposición de sujetos, pues, entre tanto, hasta la *litis contestatio*, la fórmula de la *actio cessa* continúa afirmando, en su propia *intentio*, el derecho del antiguo *dominus*. La transmisión del derecho de propiedad del cedente al cesionario, por transposición de sujetos, se producía en el momento de la *litis contestatio* con el tercer poseedor, siempre que, conforme al supuesto que se expone, se obtuviera sentencia condenatoria, estimatoria de la *reivindicatio*, pues los efectos de ésta se retrotraen al momento de la *litis contestatio*.

El derecho del demandado a pedir la *cessio actionis* resulta no sólo del ya citado D. 6,1,63, sino también del D. 6,1,21 (PAULO 21, *ad Edictum*): *si a bona fidei possessore fugerit servus...* (Ver texto y traducción.) El jurista se plantea en este texto el supuesto de pérdida de la cosa por caso fortuito y por culpa. Para la pérdida fortuita, como ya se dijo, *absolvendus est possessor*, con la sola obligación de que si *interim eum usuceperit* ceda sus acciones ganadas por usucapión al petitor, obligación, que, naturalmente, no existe *quodsi nondum eum usucepit*. En cambio, si *servus custodiendus erat*, y, por tanto, en su fuga puede estimarse una culpa por parte del demandado, *etiam ipsius nomine damnari debebit, ut tamen actor actionibus suis cedat*. (Para una acción personal, D. 19,2,25,8: *Si fullo aut sarcinator...*)

Además de la *cessio actionis*, que podía pedir al Juez, el demandado tenía a su disposición una *cautio de restituenda re*, que, siempre a petición suya, el Juez podía imponer al actor, a la que se refiere la segunda parte del ya examinado D. 6,1,47, para la *reivindicatio*, ... *et ideo non est alienum non aliter litem aestimari a iudice quam si caverit actor quod per se non fiat possessionem eius rei non traditum iri*. El alcance de la *cautio* concedida no se refiere a una obligación de *praestare repertam rem*, o sea, de entregar la cosa recuperada, como en el D. 13,6,13 pr. referido a la pérdida de la cosa por el comodatario, sino, más bien, a no oponer ningún obstáculo para que la cosa vuelva a poder del demandado, por lo que se estima que el texto fue retocado por los compiladores y podría ser *quam si caverit actor ut repertam condemnato praestet*, es decir, cuando garantice el actor que si recupera la cosa la entregará al condenado.

El fin y el funcionamiento de esta *cautio* era muy simple: mientras que la *cessio actionis* (con su *reivindicatio utilis* en sentido no estricto),

servía para el caso en que el demandado hubiera identificado al actual tercero poseedor de la cosa y quisiera recuperarla de éste ejercitando las acciones correspondientes al propietario, la *cautio* (de la que deriva una *actio ex stipulatu*), servía para el caso en que el mismo propietario hubiera recuperado la posesión de la cosa, obligándole con ella a devolverla al demandado, por no poder éste dirigir contra el *dominus* las acciones cedidas por él, por cuanto sus fórmulas se redactaban de tal modo que con ellas se llegaría a reconocer que el *dominium ex iure Quiritium* realmente correspondía al demandado, como ya se ha dicho antes.

En el Derecho clásico resulta evidente el paralelismo entre la adquisición por *litis aestimatio* y la adquisición por compraventa, mediante la *traditio* en general y mediante la *brevi manu traditio* en particular: el demandado que ha perdido la posesión sin su culpa y por la *litis aestimatio* ha obtenido la cesión de la acción reivindicatoria, no adquiere la propiedad bonitaria de la *res Mancipi* sino en el momento en que adquiere la posesión de la cosa, en nombre propio, y con el consentimiento del actor. Es decir, para que exista transmisión de la propiedad bonitaria de la *res Mancipi* no basta que el *dominus* renuncie a ella en favor del adquirente, por cuanto *traditionibus et usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*, sino que precisará que éste posea la cosa en nombre propio, consintiéndolo el *dominus*. Hasta que estos requisitos no se hayan cumplido, el simple convenio, como la condena a la *litis aestimatio*, y el pago del precio, como el de la cantidad fijada por el Juez en la sentencia, no bastarán para que el adquirente, como el demandado, resulte titular de la *in bonis* de la cosa *Mancipi*, por cuanto que la venta, así como la *litis aestimatio quae similis est emptioni* (97), no es traslativa de la propiedad, sino que crea solamente obligaciones, de modo que hasta que el comprador no llega a obtener la posesión, el titular de la acción de propiedad continuará siendo el vendedor, o sea, el actor en caso de *litis aestimatio*. Lo que se dice respecto de la propiedad bonitaria de las *res Mancipi* es aplicable a la adquisición de la propiedad quiritaria de la *res nec Mancipi*.

Al *emptor*, hasta el momento de la *traditio*, le corresponde la acción contractual, es decir, la *actio empti* contra el vendedor, por lo que el demandado que ha pagado la *litis aestimatio* y que más tarde llega a saber que el actor ha recuperado la posesión de la cosa, podrá pedir y obtener del Pretor una *actio empti utilis*, mediante la cual le será posible recuperar o la cosa o el precio.

Pero todo esto es así respecto al Derecho clásico. En cambio, la so-

(97) D. 25,2,22, pr. (Juliano 19 Dig.) ... qui litis aestimationem suffert emptoris loco habendus est.

lución justiniana es muy distinta. Se puede decir, en cuanto al derecho justiniano, que resulta acertada la opinión dominante (98) que, desde la Glosa (99), ha interpretado el D. 6,1,63, en el sentido de que al demandado se le concede por el Editor del Pretor una *Publiciana útil*.

Esta tesis puede ser fácilmente demostrada:

El argumento principal resulta, ante todo, de la parte central del D. 6,1,63 (*quum tamen... adficietur*), evidentemente interpolada, donde queda establecido que *praetor auxilium quamdoque laturus sit quolibet alio possidente*, y que, por consecuencia, el demandado *nulla capitione adficietur*, incluso a falta de convenio de *cessio actionis*, puesto que es evidente que este principio sólo puede ser explicado admitiendo la concesión de una *actio in rem*, la única que puede ser ejercitada *quolibet alio possidente*. Para el Derecho clásico no se puede decir que el demandado que no hubiese reclamado la *cessio actionis* y la *cautio* estuviese protegido *contra todos*, ya que no tenía en defensa propia más que una *actio empti utilis* contra el *dominus*, y ninguna contra el tercero poseedor.

Esta tesis encuentra su confirmación en el nuevo significado que, por la interpolación, tiene la frase *ipso quoque qui litis aestimationem perceperit possidente debet adiuvari*, que en el original no podía referirse a otra cosa que a la *cautio de restituenda re*, impuesta por el Juez al actor a petición del demandado, y ahora, en cambio, situada a continuación de la frase *cum tamen... adficietur*, puede entenderse solamente en el sentido de que el *auxilium* concedido por el Pretor podía ser dirigido contra todos y, por tanto, incluso contra el antiguo *dominus*; es evidente, además, que un *auxilium* de tal alcance no puede ser otra cosa que una acción *in rem*.

En tercer lugar, ha de notarse que la parte del texto según la que el propietario demandado con aquello que llamaremos el *auxilium praetoris*, *nec facile audiendus erit si velit postea pecuniam quam ex sententia iudicis periculo iudicati recepit reddere*, también ha sido malentendida, puesto que, mientras en el original se refería a la *cautio de restituenda re*, con la cual el *dominus* quedaba obligado a entregar la

(98) CARRELLI (*ob. cit.*, pág. 46, n. 81) cita a: CUIACIO: *Operae* (ed. Mutin), III, 286; IV, col. 289. WITZELL: *Vindikationsprozess*, págs. 228 y ss. PELLAT: *Propriété*, págs. 353 y ss. GEISTERDING: *Entwickelte Lehre von Eigenthum*, pág. 343. MÜHLENBRUCH: *Cession*, pág. 473, n. 54. WINDSCHEID: *Pandekten*, par. 337, n. 2. APPLETON: *Histoire de la propriété pretorienne*, I, págs. 287 y ss. SIBER: *Passivlegitimation*, pág. 144.

(99) Según CARRELLI (pág. 62, n. 112; cf. *Glossa adiuvari* ad. D. 6,1,63), la procedencia de la *actio empti utilis* propuesta por ROGERIO y MARTINO fue rechazada por AZON, cuya opinión favorable a la concesión de la *Publiciana utile* quedó incontestada.

cosa al demandado, en el caso de que ésta volviese a sus manos, ahora, en cambio, sólo puede referirse a el *auxilium* del *pretor quandoque laturus sit*, de modo que el *antiguo dominus* demandado con este *auxilium* está obligado a restituir la cosa y a pagar *quanti actor in litem iuraverit*.

Por último, ha de considerarse el nuevo valor que en la compilación se da al D. 6,1,70 (ver texto y traducción), que, mientras en el Derecho clásico se refería al ejercicio de la *condictio ex causa furtiva*, y establecía que el demandado con esta acción, en caso de contumacia, pese al pago de la *litis aestimatio*, no adquiriría la *in bonis ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare*, ahora, en el nuevo lugar, colocado a continuación del D. 6,1,69, en el que se niega el derecho a la *cessio actionis* al que *dolo fecit quo minus possideret*, debe ser referido no ya al ejercicio de la *condictio*, sino precisamente de la *reivindicatio*, de modo que la *quasi Publiciana* (o *publiciana utile*) negada al que ha perdido la cosa con dolo, viene a ser implícitamente *concedida al que ha perdido la cosa «culpa»*, en cuanto no se puede decir de este último que la compró *per rapinam et ab invito domino*.

Es interesante insistir en que el D. 6,1,70, al estar precedido por el D. 6,1,69, expresamente referente al demandado que dejó de poseer por dolo, parece que también se refiere a este supuesto de pérdida dolosa de la posesión, pero no es así, pues se refiere a la hipótesis de contumacia. El precepto, ha de insistirse, niega la acción *quasi Publiciana* al demandado con la *condictio furtiva* que ha pagado la *litis aestimatio* fijada por el Juez basándose en el *iustum praetium*, y no tiene nada que ver con la acción concedida al demandado por acción reivindicatoria que por su contumacia ha sido condenado a pagar *quanti in litem actor iuraverit*, que no coincidirá con el *iusto praetio*, puesto que se puede considerar, por lo menos, extraño el caso de que el actor, sólo vinculado por el juramento, sea tan discreto que reclame solamente el valor efectivo de la cosa. Por tanto, la *quasi Publiciana* negada al primero es diferente a la *Publiciana* concedida al segundo, si después de pagar la *litis aestimatio* pierde la posesión de la cosa *mancipi*, aún no *usucapida*.

La *denominación de quasi Publiciana* resulta extraña; es el único caso que aparece en las fuentes, pero tiene una *justificación*. El pago de la *litis aestimatio* en la *condictio furtiva* no transfiere la *in bonis*, porque no ha habido *iusiurandum in litem*, de lo que se deduce que el *reus*, en caso de perder la posesión, no podrá ejercitar la *actio Publiciana*, que es la defensa que corresponde al titular de un derecho que él no tiene. El Jurista (POMPONIO), que, después de constatar esto,

había excluido la posibilidad de una acción directa, se pregunta si en lugar de ésta se le puede conceder una *Publiciana utile* (*quasi Publiciana*), pero excluye también esta posibilidad, por no ser justo que *in potestatem cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto praetio comparare*; pero, a *contrario sensu*, se le concede al demandado por reivindicatoria que dejó de poseer por su propia culpa (sin dolo).

En el Derecho clásico ha de considerarse inconcebible una *actio Publiciana* concedida a quien no posee y nunca ha poseído como dueño (aunque poseyó, no como dueño, hasta que perdió la posesión por su culpa), pero en el Derecho postclásico, cuando la expresión acción útil se utiliza para la concesión de acciones nuevas, tiene cierto sentido el hablar de *quasi Publiciana* o *Publiciana* útil como acción nueva, semejante a la *Publiciana*, que el Derecho clásico concedía al demandado por reivindicatoria, contumaz, que después de pagar la *litis aestimatio* pierde la posesión de la cosa *mancipi*, aún no usucapida.

Así pues, en el Derecho justiniano, el derecho a recuperar la cosa atribuida al demandado que culpa *desinit possidere* se lleva a su consecuencia extrema, puesto que ya no ocurre que el *dominus* le cede su acción por orden del Juez, acción del *dominus* que ejercerá en calidad de *procurator* o mandatario judicial, sino que por el Edicto del Pretor se le concede una *acción propia*, completamente distinta de las otras, la denominada *Publiciana utile* o *quasi Publiciana*, indicada en D. 6,1,63 y en D. 6,1,70.

Las consecuencias de la concesión de esta acción son trascendentales respecto del derecho de propiedad, pues, dado el principio fundamental de que «donde está la acción está el derecho» (100), al concederle esta *Publiciana utile* se le *concede*, realmente, *el derecho de propiedad a quien culpa desinit possidere, desde el momento en que paga la litis aestimatio, como si poseyese la cosa*, en cuanto que, desde ese momento, podrá ejercitar contra el poseedor de la cosa una acción *in rem*, totalmente independiente de aquella que se le hubiera podido ceder, con la que recuperará la cosa incluso de manos del antiguo *dominus*, que queda desautorizado para restituirla, en vez de la cosa con-

(100) Al parecer, CARRELLI se refiere al texto de CELSO según el cual «*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*» (D. 44,7,51). También puede referirse a la regla del Derecho según la cual «*Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*» (Paul. 4, Sab.; D. 50,17,15), texto, como se verá, citado por GARCÍA GOYENA y GÓMEZ DE LA SERNA. Según GARCÍA AMIGO (*ob. cit.* más adelante, pág. 118), en la *Glosa*, toda *actio* se refiere e implica un derecho. Adaptando la regla 15 y el texto de CELSO resultaría que el que tiene la acción reivindicatoria tiene la cosa, el derecho de propiedad sobre la cosa.

trovertida, la *litis aestimatio* que en el precedente juicio ya había percibido de él (101).

3. A la *pérdida dolosa* de la posesión por el demandado se refieren dos textos, D. 6,1,69 y D. 42,1,12 (ver texto y traducción), que forman parte de un complejo de textos (ver D. 6,1,68 y D. 6,1,70) muy retocados por los compiladores, necesariamente, en cuanto se relacionan con el principio de la *condemnatio* pecuniaria, que el Derecho justiniano rechazó totalmente, sustituyéndolo por el de la ejecución *manu militari* de la sentencia (102).

Por interpolación material, el primero de aquellos textos, que originariamente se refería a la *condictio ex causa furtiva*, ahora se entiende en el sentido de que el demandado que *dolo fecit quo minus possidere* ya no tiene el derecho a la *cessio actionis*, único (no la *cautio*) que le concedía el Derecho clásico, y tampoco tiene la *Publiciana utile* que los compiladores conceden a quien *culpa non fraude possessionem amiserit*, porque mientras éste, al pagar la *litis aestimatio*, paga el *praetium rei*, el otro paga solamente la pena por su dolo y, por consecuencia, no adquiere derecho alguno sobre la cosa, ni en el presente ni en el futuro; la *cessio actionis* y, aún más, la *Publiciana utile* resultarían un premio a su dolo.

Respecto a la *naturaleza jurídica de la adquisición por «litis aestimatio»*, hay que distinguir históricamente.

En el D. 6,1,46, PAULO, después de decir que el dominio *eius rei quae in rem actionem petita tanti estimata est quanti in litem actor iuraverit* se transmite *statim* al demandado, añade que esto ocurre porque *transegiisse enim et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit*. De este texto, tradicionalmente, se deduce que la adquisición por *litis aestimatio* era derivativa.

En el *Derecho clásico* es una adquisición *emptioe similis*, en cuanto la estimación de la *litis* era considerada *praetium rei*, pero realmente ha de considerarse como una renuncia traslativa de la propiedad de la cosa, realizada de buen o mal grado por el actor a favor del demandado, si se considera que el demandado contumaz, que rehúsa ejecutar el *iussus iudicis*, coloca al Juez y al actor ante la necesidad de someterse a su voluntad, reconociéndola como legítima y, en consecuencia, a contentarse el actor con una condena en dinero, en lugar de obtener la restitución de la *eadem res*. Por esto, alguna opinión aislada (LEVY) estima

(101) Cf. JÖRS-KUNKEL: *ob. cit.*, pág. 202.

(102) Este supuesto de hecho, de un demandado por la reivindicatoria que perdió dolosamente la posesión, es objeto de consideración especial por el Derecho común y el actual.

que hay adquisición originaria, a modo de expropiación (*Enteignung*), y no derivativa, ni transmisión de la *in bonis*.

En el *Derecho justiniano*, abolido el principio de la *condemnatio* pecuniaria y sustituido por el de la ejecución *manu militari* de la sentencia, la institución de la *litis aestimatio*, tal como aparece en las fuentes justinianas, es tan sólo un residuo histórico. Los pocos textos que aún se refieren a ella, especialmente aquellos incluidos en el título de *rei vindicatione*, han sido todos, más o menos, modificados por los compiladores o, por lo menos, han quedado completamente falseados mediante su colocación y relación con principios respecto de los cuales aquéllos, originariamente, nada tenían que ver. La institución de la *litis aestimatio*, tal como aparece en las fuentes justinianas, ha perdido completamente su carácter coactivo para el actor. Ahora, el demandante, una de las partes de la relación jurídica litigiosa, después de haber obtenido el pleno reconocimiento por el Juez de su derecho de propiedad sobre la cosa poseída por la otra parte, en el momento en que ya está en trance de pedir y de obtener del Juez que obligue al demandado a restituírsela, renuncia a este derecho suyo y conspiente, por su espontánea y libre voluntad, que la cosa quede en manos de la parte vencida, contentándose, en cambio, con una cantidad de dinero. En este nuevo sistema jurídico, la máxima *transsegisse et decidisse videor eo praetio quod ipse constituit* es plenamente significativa: dado que el actor renuncia voluntariamente a la propiedad de la cosa, se puede hablar, acertadamente, de una transacción entre actor y demandado, por la cual el primero renuncia voluntariamente, a favor del segundo, a la propiedad de la cosa. De este modo, en el *Derecho justiniano*, la *litis aestimatio* deja de ser *emptionis similis* y pasa a ser una verdadera *compraventa*, que tiene su origen en una transacción.

Respecto al *momento de la adquisición*, también hay que distinguir:

En el *Derecho clásico*, la determinación del momento en que se adquiere por el demandado poseedor, respecto a una *res Mancipi*, la *in bonis* y, por tanto, la legitimación para obrar en la *actio Publiciana*, en principio puede referirse o bien al momento en que por la sentencia queda condenado a pagar la suma reclamada por el actor o establecida por Juez, o bien al momento en que realiza el pago efectivo de esta cantidad.

Los textos, al menos aparentemente, dan soluciones contradictorias, como nunca, puesto que en ellos parece que se habla indiferentemente o bien de *litis aestimationem sufferre...*, *consequi...*, *praestare...*, *suscipere...*, *accipere...*, expresiones todas con las que parece indicar el pago, la efectiva entrega de la cantidad al pago de la cual se ha condenado, o bien de *lis aestimata esse...*, o de *litis aestimationem damnari...*,

expresiones con las que parece se hace referencia no al pago efectivo de la cantidad reclamada, sino a la sentencia de condena al pago, o bien incluso se habla de *litis aestimationem offerre*..., expresión con la que parece prescindirse de la condena, originándose la adquisición de la *in bonis* desde el momento en que el demandado rehúsa el cumplir el *iussus iudicis*.

Para llegar a una conclusión, puede considerarse el preciso e indiscutible testimonio de un texto, ya citado muchas veces, el D. 6,1,47: *eius rei*... El texto, en toda su primera parte, hasta *pertinet*, puede ser considerado clásico, y la interpolación que sigue es indiferente al efecto que ahora interesa. El pensamiento de PAULO, pese a la brevedad del texto, está expuesto con tal claridad y riqueza de particulares como para no dejar lugar a dudas. PAULO divide la última parte del juicio, desde el momento en que ha sido aceptada ya la pertenencia de la cosa al actor, en tres momentos: 1.º Invitación por el Juez al demandado para que restituya la cosa al actor y consiguiente oposición por parte del demandado, el cual declara que, más que restituir la cosa, está dispuesto a *litis aestimationem sufferre*. 2.º Invitación por el Juez al actor para fijar, mediante *iusiurandum in litem*, la cantidad que desea pedir como precio de la cosa y consiguiente determinación de esta cantidad. 3.º Sentencia de condena del demandado al pago de la cantidad fijada. Del primero de estos tres momentos no hay referencia en el texto, pero constituye presupuesto de los otros dos. La adquisición de la *in bonis*, siempre según PAULO, ocurre *statim*, desde el momento en que *lis aestimata est*, entendiéndose, sin embargo, como *litis aestimatio*, no la indicación hecha por el actor de la cantidad que desea pedir, sino la sentencia de condena por parte del Juez al pago de esta cantidad (... *tanti aestimata est quanti in litem actor iuraverit*...). Del pago, en cambio, no se dice ni palabra. Es claro, por tanto, que, para PAULO, el momento de la adquisición de la *in bonis* tratándose de *res Mancipi*, del *dominium* tratándose de *res nec Mancipi*, no era ni aquél en el que el demandado declaraba no querer restituir la cosa, sino preferir ser condenado en dinero, ni aquél en el que pagaba la cantidad en que había sido condenado, sino un momento intermedio, esto es, aquél en que quedaba sentenciado condenatoriamente a pagar.

Por tanto, el Derecho clásico requiere para la adquisición: *litis aestimatio* (equivalente al contrato), sentenciada condenatoriamente, y, además, la toma de posesión de la cosa; pero no subordina la adquisición al pago de la *litis aestimatio*.

Por otra parte, estas conclusiones encuentran su justificación en el ordenamiento procesal romano: como se sabe, el *reus, si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri*, por lo

que, añade GAYO, *apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere*. Todo esto, si bien se dice por GAYO al examinar los varios modos con los que la *obligatio tollitur*, en realidad, en tanto en cuanto se refiere a los efectos de la sentencia, vale no sólo para las acciones *in personam*, sino también para las acciones *in rem*. Así, el propietario de la cosa que obtenía una sentencia en la cual se condenaba al demandado al pago de una determinada cantidad, indicada por él o fijada por el Juez, según los casos, en el mismo acto de la condena, veía transformado su propio derecho real en un derecho de crédito, dotado de una acción propia, la *actio iudicati*, y esto exactamente porque *omnium formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*.

Si se estima que la transmisión de la propiedad bonitaria ocurre en el momento en el que el demandado condenado paga la obligación derivada de lo juzgado, vendría a crearse una situación inconcebible desde cualquier punto de vista; debería admitirse, como consecuencia, que todas las acciones quedaran referidas a la titularidad del actor, por lo que nada podrá impedir a éste demandar una segunda y una tercera vez al poseedor con la *reivindicatio*, constriéndole a pagar varias veces la *litis aestimatio* de la misma cosa, sin que éste pudiese oponerle ni la *exceptio rei venditae et traditae*, por no haber adquirido aún la propiedad de la cosa, ni menos aún la *exceptio rei iudicatae*, puesto que ésta quedaría paralizada por la *replicatio rei secundum actorem iudicatae*.

Pero también esta situación queda claramente modificada por el *Derecho justiniano*, y ello, como siempre, por consecuencia de la abolición del principio de la pecuniariedad de la condena y de su sustitución por la ejecución *manu militari* de la sentencia: la *litis aestimatio* deja de ser, en consecuencia, un modo de adquisición de la propiedad a título derivativo, similar, pero realmente distinto, de la compraventa, para transformarse, en cambio, en una verdadera y propia *compraventa* originada por una transacción: como tal, está sometida a todas las normas que regulan la institución de la compra y, concretamente, a la que requiere que el pago del precio sea realizado o expresamente aplazado o garantizado para que la propiedad de la cosa vendida pase al comprador. La ciencia romanista, al menos por cuanto se refiere a la *traditio*, ha podido demostrar ampliamente que esta necesidad no existía para el Derecho clásico, mientras que la expresa declaración de las fuentes la hace indiscutible respecto del Derecho justiniano.

Los textos de la compilación no dan información precisa en cuanto

a la *litis aestimatio*; sin embargo, que tal fue el espíritu del Derecho bizantino viene indicado en las *Basílicas*, donde al parafrasear los textos de los juristas clásicos, las expresiones *lis aestimata esse, litis aestimationem offerre*, están sistemáticamente sustituidas por otras..., con las que queda introducido, *ex novo*, el principio de la necesidad del pago efectivo del precio para que exista la transmisión de la propiedad por causa de una venta.

En resumen: el Derecho clásico requiere *litis aestimatio* sentenciada y toma de posesión de la cosa, no pago del precio; *el Derecho justinianeo requiere litis aestimatio sentenciada y pago del precio, no toma de posesión.*

Del estudio de CARRELLI resulta que en el *Derecho justinianeo* el proceso cognitorio lleva aparejada la ejecución *manu militari* de la sentencia condenatoria de *reivindicatio*, que no es posible si el demandado ha dejado de poseer, si bien cuando así ha ocurrido por su culpa, sin dolo, aparentemente subsiste la clásica *litis aestimatio*, que ahora, realmente, es una *compraventa*, originada por una transacción: el demandado le ha comprado y pagado al demandante la cosa que posee un tercero (por haber perdido la posesión el demandado). El comprador, que sabe que la cosa está poseída por un tercero, no necesita pedir que el propietario formalice cesión de la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor, sino que, por Derecho pretorio, tiene una acción, propia de él, denominada *acción quasi Publiciana o Publiciana utile*, que es una acción *in rem*, que puede dirigir contra todos, incluso contra el que le vendió si llega a poseer la cosa, a quien demandará, en tal caso, no como comprador, sino como propietario. Esta acción es la que resulta del D. 6,1,63, en relación con el D. 6,1,70. El comprador puede ejercitarla, como propietario, sin cesión expresa de la acción reivindicatoria, y, cuando obtenga la posesión, esta obtención de la posesión no supondrá adquisición de la propiedad, que ya tenía. *Se distinguen dos momentos: el de la adquisición de la propiedad y el de la adquisición de la posesión.*

La opinión de IHERING y WINDSCHEID de que el cesionario ha de obtener la posesión para adquirir la propiedad, fundada en el D. 6,1,47, no es admisible respecto al Derecho justinianeo: el D. 6,1,46 y el siguiente, D. 6,1,47, fueron relacionados entre sí por los compiladores, al situarlos uno a continuación de otro, y además fueron retocados, como ya se ha dicho. Proceden del Derecho clásico, pero el supuesto de hecho procesal al que ambos se referían originariamente ya no existe en el proceso justinianeo, y las cosas *nec Mancipi* a las que se aplicaban, contrapuestas a las cosas *Mancipi*, tampoco existen, como ya no existe la propiedad bonitaria frente a la propiedad quiritaria. El D. 6,1,47

no alude a la cesión de la acción, sino a la caución de que el demandante no se opondrá a la obtención de la posesión, y esta caución ya no rige en el Derecho justiniano, en el que la cesión y la caución se han sustituido por la concesión de la acción real, denominada *quasi Publiciana*, del D. 6,1,63 (103).

Los *glosadores* interpretaron los fragmentos D. 6,1,46 y D. 6,1,47 sin consideración alguna al origen histórico de ellos, a su aplicación en el proceso formulario clásico.

1. ROLANDINO, como ya se ha dicho, al tratar del instrumento de venta y, concretamente, al tratar de la tradición, explica los sentidos en que se puede hablar de *tradere*, y su discípulo UNZOLA adiciona unas consideraciones muy significativas. Según él, entregar (*tradere*), como dice la segunda interpretación de *Aurora*, es llevar a uno a la posesión corporal de la cosa, significando el hecho mismo, a saber: la misma inducción a la posesión; por tanto, quien prometió trair la cosa, si ciertamente traidió la vacua posesión, aunque no transfiera la propiedad, cumplió lo que prometió, como expresamente advierte Azón en la *Suma de evictione*... La entrega es inducción a la posesión..., y esto es cierto en el instrumento de venta, si la cosa que se vende y se trade está presente—ante el Notario, según la interpretación de UNZOLA—de modo que el comprador pueda entrar en su posesión... Pero si la cosa no está presente, cuando se hace la escritura—ante el Notario—, de modo que no se realiza la inducción a la posesión, ni aun cuando la hubiera, entonces se redactará el capítulo cuarto—del instrumento—como comúnmente se hace en los instrumentos de la Suma, *quod rem eius nomine se constituit possidere*... Por... la intención del vendedor, cual es que el comprador aprehenda la posesión cuando le plazca por propia auto-

(103) Los fragmentos D. 6,1,46 y D. 6,1,47 tienen en el Derecho justiniano distinta interpretación que en el Derecho clásico:

Si la cosa está presente (D. 6,1,46), en el sentido de que está presente en el juicio porque está en posesión del demandado comprador, la compraventa y el pago del precio (*litis aestimatio*), determinan su inmediata adquisición de la propiedad de la cosa por *traditio brevi manu*, pues el comprador ya era poseedor, aunque no era propietario.

Si la cosa no está presente (D. 6,1,47), en el sentido de que no está presente en el juicio, sino *ausente* porque está *en posesión de un tercero*, la compraventa y pago del precio (*litis aestimatio*) no implica *traditio brevi manu*, confiere al demandado comprador la acción real cuasi Publiciana, la reivindicatoria (D. 6,1,63), pero el vendedor ha consentido la transmisión y para percibir el precio debe garantizar que no impedirá la obtención de la posesión por el comprador. Si el comprador logra obtener la posesión de la cosa, ello implica que había adquirido la propiedad de la cosa en virtud de aquella voluntad o consentimiento del demandante, implícita, por obligada, en la venta.

El D. 6,1,47 no se refiere a la cesión de la acción reivindicatoria, sino a la importancia de la voluntad del propietario para que se transmita la propiedad.

ridad y resuelva poseerla en su nombre propio. En consecuencia, tén-gase por entregada la cosa, poséala el comprador; y el vendedor deje de poseer; y de esta manera puede declarar el Notario en el instru-mento «tradió» (*tradiit*), porque la posesión se traspasó al comprador por aquellas palabras: «Me constituyo poseedor» en tu nombre; el vendedor, en efecto, únicamente la perdió *solo animo*, y fue adquirida por el comprador, a sabiendas y queriéndolo—el vendedor— (*scienti et volenti*)... Igualmente se exige conocimiento y voluntad en quien ad-quiere—se entiende en el comprador como en el vendedor.

2. Más adelante vuelve a insistirse en la referencia a «estando la cosa presente». «¿Se adquirirá posesión siempre que el objeto esté a la vista y haya ánimo de adquirir? Responde ACURSIO negativamente, pero se ha de distinguir: o las cosas se consideran derelictas, o vacantes, o por nadie poseídas, o no pertenecen a nadie, o están en poder de otro.

En el primer caso, nadie empieza a poseer sino por el tacto o por la posesión corporal. En el segundo, basta la mirada de los ojos, si la cosa está presente y hay *affectus animi*. Y la razón es porque en este caso concurren el consentimiento del que entrega y del que adquiere...

Igualmente adquirimos en muchos casos la posesión y el dominio sin la aprehensión corporal. Principiemos por el que señala el texto; por ejemplo, cuando lo que yo poseo en mi nombre resuelvo poseerlo en nombre ajeno y hago poseedor a otro por ministerio mío; posee la persona en cuyo nombre se posee...

Ahora se han de estudiar los tres modos o formas de los que sue-len servirse los Notarios en los instrumentos de compra o con ocasión de compra.

Primeramente, tratemos de la fórmula que señala el texto, cuando la cosa vendida no está a la vista; en este caso recurrirás a lo que consigna el texto con estas palabras: *quam rem constituit se nomine eius possidere, etc.*; por ellas el comprador adquiere la posesión, porque, como se dijo, él posee en nombre de quien posee; pero si para mayor cautela el mismo comprador hubiera querido tener corporal aprehen-sión, redactarás un instrumento público, que escribirás de esta manera: «Habiendo vendido Antonio a Conrado una parcela de tierra sita en tal lugar, dentro de tales confines, y habiendo resuelto poseerla Anto-nio en nombre de Conrado hasta que éste hubiere recibido la posesión corporal de la misma, dándole autorización para aprehenderla por su propia autoridad; como se evidencia en este instrumento escrito por mano de tal Notario, el mismo Conrado aprehendió, bien por autoridad propia, bien por licencia y poder dado a él por el vendedor».

Cuando el vendedor estuviere presente, añadirás: «Por voluntad

del vendedor, allí presente, tomó posesión corporal de la misma cosa, entrando corporalmente a la misma tierra, tomando algo de la tierra y sus plantas, afirmando y protestando que él poseía desde ahora, no solamente con el cuerpo, sino también con el ánimo».

Cuando la cosa se vendiere a la vista, entonces se escribirá en el instrumento de venta un capítulo sobre la posesión, de esta manera: «El mismo vendedor entregó allí mismo al propio comprador la posesión de la cosa en presencia de mí, el Notario, y de los testigos firmantes, y colocándole en las manos la puerta de la propia casa e introduciéndolo en ella corporalmente; y el comprador, aprehendiendo corporalmente la misma posesión, afirmó y protestó que él, desde este momento, poseía no solamente *corpore*, sino también *ánimo*».

El texto que, en cierto modo, se ha extractado, es mucho más ilustrativo si se lee completo (desde la pág. 30 hasta la pág. 40). Queda claro del mismo que, en principio, entregar (*tradere*) es *inducción a la posesión*, sin perjuicio de que también se interprete como transmisión de la propiedad. Por otra parte, a efectos de transmisión de la posesión se distingue según que la cosa *esté presente* ante el Notario, comprador y vendedor, para lo que basta que esté a la vista, o que la cosa *no esté presente, no esté a la vista*, del Notario, comprador y vendedor: en el primer caso procede la tradición por entrega real a que se refieren los modos o formas segundo y tercero a que alude ROLANDINO; en el segundo procede la tradición, traspaso posesorio, por *constituto posesorio*, aunque en este caso, si bien se entiende transmitida la posesión y la propiedad, puede aclararse la escritura, según la primera de las formas aludidas por ROLANDINO, en el sentido de que el transmitente la posee en nombre del adquirente hasta que éste hubiere recibido la posesión corporal, quedando autorizado para aprehenderla, bien por su propia autoridad, bien por licencia y poder dado a él por el vendedor.

Por tanto, los glosadores refieren la presencia o la ausencia de la cosa a la presencia ante el Notario, en cuyo caso procede la entrega *real*, o a la no presencia ante el Notario, y en este caso, por voluntad de las partes, procede la entrega por *constituto posesorio*, sin perjuicio de la posterior toma de posesión corporal.

Al caso de presencia se refiere el D. 6,1,46, y al caso de no presencia se refiere el D. 6,1,47.

El D. 6,1,47, como el D. 39,5,6, citados por IHERING en apoyo de su tesis, *no* se refieren por los glosadores a la cesión de la acción reivindicatoria, sino a la importancia de la voluntad del propietario para que, por su consentimiento, se transmita la propiedad.

Aparte del D. 6,1,47, merecen también consideración especial los *otros fragmentos* que se citan en apoyo de la necesidad de la toma de

posesión por el cesionario de la acción reivindicatoria para que adquiera el derecho de propiedad.

1. IHERING cita el D. 39,5,6, anteriormente transcrito en latín y traducido. Pero en este caso, que es de donación de la piedra que el donatario extraiga del campo del donante, parece claro que se trata de una toma de posesión por acto del adquirente, previa puesta a disposición por el donante de la cosa propia, *por él poseída*; es decir, se trata de una forma de entrega (que el texto llama *cuasi traditio* o *quodammodo traditione*, porque no es la simple entrega manual, de mano a mano), que determina la adquisición de la propiedad por el donatario, tan pronto como extrae la piedra del campo del donante (toma de posesión), con la voluntad del propietario donante. Hay que insistir en que no se trata de un supuesto de cosa no poseída por el donante y que se quiere resaltar la importancia de la *voluntad* del transferente.

2. También se cita el D. 18,4,21, anteriormente transcrito con su traducción (al que se refiere NÚÑEZ LAGOS a este respecto, como se verá más adelante), fragmento incluido en el título que trata *de hereditate vel «actione» vendita*. En este caso se trata de una cosa no poseída por el vendedor, que el *vendedor* ha reivindicado, pero que el poseedor ha adquirido por *litis aestimatio*: no es el comprador el que ha reivindicado, porque para ello no se le ha cedido la acción reivindicatoria (aún no tenía, *ex lege*, una *actio utilis*), y el vendedor debe responder por la *cosa*, no por la estimación obtenida por ella. Pero el vendedor que perdió sin culpa la tenencia de la cosa vendida, en vez de reivindicar él, debe ceder su acción, no la cosa, y en tal caso, si el poseedor adquiere por *litis aestimatio*, el comprador recibirá la estimación de la cosa. Por analogía, se dice, el vendedor debe entregar el solar (lo que queda) de la finca, si se incendió el edificio: si perdió la posesión, debe entregar lo que le queda, es decir, la acción reivindicatoria.

En este texto para nada se alude a que el cesionario adquiera la propiedad al obtener la posesión; más bien, al contrario, como propietario de la cosa, recibe su precio, la *litis aestimatio*, del demandado poseedor que se la compra. Pero *la cesión de la reivindicatoria se configura como cesión de «lo que queda» de la cosa*.

De los textos considerados puede también deducirse lo siguiente: el Derecho justiniano, bajo la apariencia de una adquisición por *litis aestimatio* clásica, que resulta procesalmente inaplicable, se refiere a una verdadera compra, del demandado que perdió la posesión por su culpa, al demandante no poseedor (al demandar). En consecuencia, las *dispo-*

siciones referentes a este supuesto procesal son *aplicables a toda compraventa cuando el vendedor no es poseedor y hay un tercero poseedor*.

En aquel supuesto procesal, *el demandado que paga la «litis aestimatio» tiene acción «in rem»*, denominada *quasi Publiciana* o *Publiciana utile*, contra el poseedor, incluso contra el vendedor que después de vender obtuvo la posesión, lo que implica que es propietario. Por tanto, cuando el vendedor no es poseedor, el comprador, si paga el precio (o éste se aplaza o se garantiza el pago), adquiere la propiedad y puede ejercitar la misma acción.

IHERING, en su estudio, daba por supuesta la primera deducción, pero en cuanto a la segunda opinaba, en cambio, que implicaba un supuesto de cesión presunta legalmente, y así la acción debía considerarse cedida—con los efectos normales de toda cesión—y, además de pagar su precio, era necesario obtener la posesión de la cosa para obtener la propiedad de la misma.

Vista la argumentación de CARRELLI, y teniendo en cuenta que su resultado es conforme a la opinión dominante recibida desde la Glosa, se aprecia claramente el conceptualismo y la falta de perspectiva histórica de que adolece el estudio de IHERING.

Por lo demás, el *parágrafo 931 del Código Civil alemán*, al regular la cesión de la acción reivindicatoria como sustitutivo o sucedáneo de la entrega o tradición, *recoge la solución tradicional y rechaza la de IHERING, en cuanto no exige la toma de posesión para la obtención de la propiedad*. Dicha solución tradicional es la del Derecho español, como se verá (104).

(104) Quizá convenga, para aclarar algunas posibles dudas, hacer una referencia a la acción Publiciana, en relación con esta cuasi Publiciana.

La acción Publiciana originaria era una acción pretoria, concedida al *propietario bonitario* en el supuesto de hecho de compra y tradición de *res Mancipi*, sin mancipación, cuando aún no ha transcurrido totalmente el plazo para la adquisición de la propiedad quirítaria por usucapión. Es una acción útil, pero con nombre propio; es una acción ficticia, fundada en una ficción, para salvar el formalismo de la *mancipatio*, la de que ha transcurrido el plazo para la usucapión, de modo que considera un supuesto de usucapión pendiente como un supuesto de usucapión consumada y a un poseedor *ad usucapionem* como si fuera propietario. Se dirige contra un poseedor fundado en supuesto de hecho de inferior estimación jurídica.

Mediante la Publiciana originaria el poseedor usucapiente podía exigir de todo tercero poseedor la restitución de la cosa, pero no del propietario civil, pues éste se podía defender frente a la ficción de la usucapión oponiendo la existencia de su derecho (*exceptio iusti domini*). Pero si el propietario civil era el mismo que había enajenado a favor del poseedor usucapiente (o era su sucesor), contra la *exceptio iusti domini* se podía replicar alegando la enajenación por él mismo (o por su antecesor) (*replicatio rei venditae et traditae*, o *replicatio doli* si la cosa había sido adquirida no por compra). Después de toda esta alegación de causas y contracausas acaba por prevalecer, como más fuerte, la situación honoraria del poseedor usucapiente y el propietario civil tenía que restituir la cosa. Su propiedad, materialmente, carecía de contenido: *nudum ius Quiritium* (Gayo, 1,54); el propietario real

Anteriormente se ha hecho referencia al origen de la acción *quasi Publiciana* y al de su denominación, absurda en el Derecho clásico, en el que no se conocen acciones útiles de otras acciones útiles, pero explicable en el Derecho postclásico, que suele denominar útiles a acciones nuevas creadas para supuestos que estima semejantes a otros, pero sin recurrir a la «ficción», propia exclusivamente de las acciones útiles o ficticias del Derecho formulario clásico: la acción *quasi Publiciana* no es una acción útil o ficticia de la acción *Publiciana*. La acción *Publiciana* no ha de considerarse acción básica de la acción *quasi Publiciana*.

La denominada acción *quasi Publiciana* o *Publiciana utile* es la acción del propietario, la *pretensión de propiedad*, fundada en el supuesto de hecho de la venta por el propietario no poseedor y del pago del precio, dirigida a obtener la posesión que no se ha obtenido por tradición. La acción reivindicatoria típica fundada en una enajenación es la acción del propietario, la pretensión de propiedad, fundada en la *traditio ex iusta causa* o en la *usucapio* y dirigida a recuperar la posesión.

Con cierta licencia de lenguaje, por no ser una acción ficticia y por el antedicho origen de su denominación, quizá podría decirse, usando un símil, que se concede como si hubiese cesión expresa de la acción reivindicatoria, y también que es una de las llamadas «cesiones legales» o cesiones presuntas legalmente, siendo cuestión aparte la de que no exija la toma de posesión y sí, en cambio, el pago del precio (o su aplazamiento o garantía).

VALIÑO

El estudio de CARRELLI ha de completarse con el de las *acciones útiles* del Derecho romano en relación con la distinción medieval entre

era el propietario bonitario o propietario según el Derecho pretorio, quien para el *ius civile* era poseedor usucapiente frente al propietario civil o quiritarario (JÖRS-KUNKEL, p. 204).

Aparte de que la fórmula ficticia finge transcurrido el plazo de la posesión, en lo demás sigue el modelo de la *reivindicatio*. Por esto, en ocasiones, se la llama *vindicatio utilis*.

El supuesto de hecho de la *Publiciana* originaria desapareció con la *mancipatio*, por lo que ya no subsiste en el Derecho justinianeo.

La *Publiciana* se concedió, además, en el supuesto de venta por el *no propietario* a un comprador de buena fe cuando aún no ha transcurrido el plazo para la adquisición por usucapión, por analogía con el supuesto originario, en cuanto ambos son supuestos de protección a un poseedor usucapiente, *ex justa causa y bona fide*. Esta *Publiciana* subsiste en el Derecho justinianeo.

Ahora bien, la *Publiciana* originaria favorecería también al *dueño quiritarario*, en tanto concurrían en él los supuestos de la posesión *ad usucapionem*, evitándole las dificultades inherentes a la prueba de la *reivindicatio*. (Según MAX KASER—página 128—, para el Derecho alemán actual, véase el parágrafo 1.007.)

acción directa y acción útil y con la eficacia de la *denuntiatio* en la cesión de acciones personales (105).

Según VALIÑO, *acciones útiles*, propiamente dichas, son las acciones pretorias, con base *in ius*, que se identifican con las llamadas *acciones ficticias sin nombre propio*, pues las que lo tienen no suelen ser designadas como útiles. Así ocurre con la acción *Publiciana*, aunque en algún pasaje se dice *quae ad exemplum vindicationis datur* (D. 44,7,35, pr.), expresión utilizada a propósito de las acciones útiles, y en otro se la califica, a pesar de tener un nombre propio, como *actio utilis* (D. 16, 1,8,8). Aduce, además la opinión de BETTI, de que la *actio Publiciana* es una *vindicatio utilis*.

Es ya doctrina pacífica y generalmente aceptada, a partir de un trabajo del profesor GARCÍA GARRIDO (AHDE, 1957-58), que la ficción es un recurso jurídico que deriva de la ley pública o del Edicto pretorio, pero nunca de la jurisprudencia, que carece de potestad (disintiendo en esto de otros autores, como MAX KASER). Aun cuando en algunos casos pudiera parecer que una acción ficticia—o, lo que es lo mismo, útil—es una creación jurisprudencial porque su texto se atribuye a un jurista, ello quiere decir únicamente que éste la sugirió al Pretor para ser incluida en aquella fecunda vía del progreso jurídico que era el Edicto Pretorio anual.

Las acciones básicas que aparecen como útiles son todas ellas acciones *in ius conceptae*, cuyo formalismo trata de salvar el Pretor, en determinados casos concretos, ordenando al Juez que se sirva de ficciones, pues la existencia de éstas presupone, necesariamente, un obstáculo del *ius civile* que debe ser evitado para alcanzar una solución más justa. (Está muy extendido el error de que la base de una acción útil puede ser una acción pretoria: así, KASER, WENGER, etc.).

Las acciones *in factum* son concedidas por el Pretor, en su Edicto o por *decretum* (normalmente, contra el autor de un hecho doloso que se estima digno de sanción), sin que los medios judiciales tengan una acción básica en la que puedan apoyarse; es decir, el Pretor las concede como un complemento de otras acciones edictales, pero sin que su fórmula tenga en principio nada que ver con la de aquéllas. No resulta imaginable que una acción *in factum* se extienda a un nuevo caso,

(105) Es de gran interés el reciente estudio del Catedrático de Derecho romano EMILIO VALIÑO sobre *Actiones utiles* (Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona 1974), quien cita los artículos del fallecido CARRELLI sobre distintas acciones ficticias, que quizá eran un primer contacto con el tema general de las acciones útiles, que le sugirió su maestro ALBERTARIO, y dice que el primer estudio serio fue el que ALIBRANDI, insigne romanista italiano de las últimas décadas del siglo pasado, precursor del método histórico-crítico, publicó en 1870 (*Delle azioni dirette ed utili*).

pues lo más práctico es que para éste dé el Pretor otra *actio in factum* distinta.

VALIÑO clasifica las acciones útiles atendiendo a la función que en cada caso cumplían: *restitutio in integrum*, extensión de la legitimación, traslado (incluyendo, entre otras, las acciones derivadas de una cesión), etc. Este punto de vista—dice—es más unitario que el de clasificarlas en razón de la acción básica subyacente—acción directa en la terminología actual—, puesto que, ordinariamente, la función es de más fácil detección que la acción básica extendida y que la fecha de creación de las acciones útiles. Por otra parte, su respectiva función es determinante de su creación por el Pretor.

Respecto a las *acciones útiles derivadas de una cesión*—dice—, es sabido que la cesión de créditos del Derecho clásico sólo fue posible a través del procedimiento indirecto de la *procuratio in rem suam*, uno de cuyos inconvenientes era el de que únicamente a partir de la *litis contestatio* quedaba independizado el cesionario de la eventual revocación por el cedente. Pero se reconoce, casi con absoluta unanimidad, que a partir del Emperador Antonino Pío se produjo un cierto reconocimiento de la posición autónoma del cesionario, que permitió un posterior desarrollo a través de diversas constituciones imperiales del siglo III d. C. Según una de ALEJANDRO SEVERO (C. 4,39,5), corresponde al comprador de una herencia utilizar las acciones cedidas con el mismo derecho que el vendedor, aun cuando se creyó oportuno (*placuerit*) que se le concedan también acciones útiles contra los deudores hereditarios.

En este fragmento aparecen combinados los dos medios judiciales de que se sirvió el Derecho romano para instrumentar la cesión de créditos: primero trata el texto de las *acciones cedidas* (*actiones mandatae*), que se harían efectivas a través de la *procuratio in rem suam*, y que serían las mismas acciones de las que era titular el causante—acción directa—, que se transmitían, mediante transposición de personas, al cesionario, quien las ejercitaría *alieno nomine* (en la *intentio* de la fórmula figura el nombre del representado, pero en la *condemnatio* aparece el nombre del representante, que asume así el resultado del litigio fijado en la *litis contestatio*); luego se habla de *acciones útiles*, como de algo diverso de las *acciones mandatae*, lo que parece indicar incluso que ambos medios procesales coexistieron—técnica no infrecuente en las instituciones romanas—hasta que llegó un momento en que la mayor ventaja de las acciones útiles acabó por desplazar el régimen de las *acciones mandatae*, que tenían todos los inconvenientes del contrato de mandato, que resultaba forzado en su aplicación a relaciones diversas de aquellas para las que había nacido. En todo caso, de esta constitución

—todavía de época clásica—no se desprende que se llame a las *actiones mandatae* acciones útiles, sino que, por el contrario, se trata de ambas categorías como si fueran *diversas*: este argumento textual es prueba bastante en contra de buena parte de la doctrina que cree que las acciones con transposición de personas son acciones útiles, como WENGER (el colaborador de JÖRS KUNKEL en Derecho procesal), aunque este prejuicio viene de antiguo.

Según un texto importantísimo dentro del tema (D. 3,5,46,47, PAULO, 1 sent.), literalmente, no tiene importancia el que uno reclame o sea reclamado por la acción *directa* o por la acción *útil*, porque en los juicios tramitados *extra ordinem*, en los que no se observan las características del procedimiento formulario clásico, ya no se tiene en cuenta tal sutileza, especialmente porque ambas acciones tienen el mismo alcance y *producen el mismo efecto*. El recopilador de las *Sententiae* se expresa inequívocamente en el sentido de que dentro del marco del procedimiento cognitorio no tiene ya ningún sentido el mantenimiento de una distinción entre acciones directas y útiles, puesto que en la *cognitio extra ordinem* no se aplica el procedimiento formulario, único en el que podía tener validez aquella distinción. El texto y su contenido pertenecen a la primera etapa posclásica, y ofrecen un testimonio importantísimo para la comprensión de los demás pasajes referentes a las llamadas acciones útiles cognitórias posclásicas, creadas después de la compilación del Edicto por SALVIO JULIANO, en los que la mención de útiles sólo es comprensible desde un punto de vista diverso del que está presente en el procedimiento formulario; ya no tiene sentido que se hable de ficción, sino que el término *utilis* se utiliza como medio de ampliar el contenido primario de la acción cognitoria a un supuesto nuevo.

No se conoce bien cómo eran las acciones cognitórias, pero parece bastante probable que en una primera etapa fueran bastante semejantes a las fórmulas edictales, aunque tramitadas procesalmente de un modo diverso, ante el Magistrado con funciones judiciales, sin la clásica distinción entre la actuación ante el Pretor y ante el Juez. En el caso de acciones cognitórias útiles se trataría, o bien de acciones análogas a las de uso normal, pero con alguna diferencia en el campo de aplicación, que es lo que hace que se las designe como útiles, o bien de acciones nuevas, en el sentido de que no tienen precedente en el sistema formulario o, si lo tienen, la nueva acción cognitoria difiere en algún elemento esencial de la civil.

Para la mentalidad posclásica, en general, tanto la «*actio utilis*» como la «*actio in factum*» son expedientes de relleno, de carácter supletorio, que pueden concederse en todos aquellos casos en los que falte

una acción especial exactamente aplicable al caso controvertido, y en todos estos casos el nuevo expediente se fundamenta en consideraciones de equidad o de justicia que *justifican la aparición de las «nuevas» acciones*. Todas esta serie de circunstancias favorece el uso indiferente en algunos fragmentos de las locuciones *in factum* y *utilis*, e incluso de ambos términos superpuestos, lo que constituye siempre un indicio de reelaboración postclásica. Los autores postclásicos y el propio JUSTINIANO introdujeron acciones útiles en contextos en los que los Juristas clásicos probablemente se limitaban a negar la existencia de un medio judicial.

Así, según un texto de la *Collatio* (*Coll.* 10,7,8), que es una fuente no justiniana, en un supuesto de doble depósito, es decir, en un caso en que quien había recibido las cosas en depósito las entregó en la misma condición a un tercero, el primer depositante dispone de una *actio depositi utilis*, y el segundo, o sea, el primer depositario, de la acción directa, de modo que el primer depositante dispone, aparte de la acción reivindicatoria, de una *actio depositi utilis* contra el segundo depositario. Esto está relacionado con la idea que expresa AFRICANO, en un texto del *Digesto* (D. 13,3,13), de que el primer depositario está obligado a ceder las acciones (*praestare actiones*) al depositante para que éste reclame del segundo depositario; como la cesión de acciones en el Derecho formulario se realiza según los esquemas del mandato *in rem suam*, en dicho caso no se necesitan acciones útiles, porque las acciones son con transposición de personas. El pasaje de AFRICANO representa el Derecho clásico formulario, pero el texto de la *Collatio* sólo es un indicio del tipo de cesión presunta o legal en términos de procedimiento cognitorio, que tomó como base las decisiones imperiales en los casos de acciones útiles cedidas voluntariamente para llegar a la configuración de una cesión presunta o legal en supuestos como el de la *Collatio* cuando ya había dejado de practicarse, desde hacía mucho tiempo, el *praestare actiones* en sentido clásico.

La diferencia existente entre las dos formas de cesión, que se tramitan según el procedimiento cognitorio, quizá radica en que en la cesión *voluntaria* se produce un acto expreso de transmisión de acciones al cesionario, mientras que en la más tardía cesión *presunta* la acción pasa al cesionario con plena independencia de la voluntad del titular de la acción directa y del legitimado pasivamente con la misma acción, siendo de este último tipo la solución de la *Collatio*.

Hay otros casos de cesión legal en los textos justinianos. Pero aquí interesa, sobre todo, una *constitución de JUSTINIANO* (C. 4,39,9, del año 530), que dice así: «El Emperador Justiniano, Augusto, a Juan, Prefecto del Pretorio; es de derecho cierto e indudable, que a la ma-

nera que aquel que hubiere comprado una acción personal se le concede que la promueva útilmente en su nombre, puede usar de la misma facultad también el que hubiere comprado una acción real. Porque, como el nombre de acción es general para todas las acciones, ya reales, ya personales, y en todos los antiguos autores de Derecho sea evidente este nombre para todas, no hay nada que pueda introducir diferencias en las acciones útiles de esta naturaleza. Dada en Constantinopla, las calendas de noviembre, bajo el Consulado de Lampadio y de Oreste, varones esclarecidos (530)». (Véase transcripción del texto en latín) (106).

Según VALIÑO, *concede acción útil al comprador de una «actio in rem»*, aunque al comienzo del fragmento se designa con el adverbio *utiliter*, lo que prueba hasta qué punto era indiscriminada en aquella época una u otra designación, y establece, además, una equiparación, a efectos de su ejercicio, entre las acciones personales útiles y las acciones reales útiles, puesto que ya no había ninguna diferencia entre las acciones útiles personales y reales.

Del texto resulta que *el comprador de una acción real, que pagó el precio, sin ningún requisito de forma esencial o de eficacia, tiene útilmente la misma acción vendida, que se le concede la promueva útilmente, en su nombre*, a la manera que al comprador de una acción personal se le concede que la promueva útilmente, en su nombre, *no in rem suam pero nomine alieno*, y también del texto resulta que el comprador de una acción personal y, lo mismo, el comprador de una acción real, tienen la misma facultad de promover la acción útilmente, en su nombre, pues no hay diferencia entre el ejercicio de las acciones útiles personales o reales.

Esta constitución del Código de JUSTINIANO puede decirse que *es el texto fundamental para el tema de este estudio*, en el que se inspira el Derecho recibido por los glosadores y el Derecho español tradicional, continuado por el Código Civil vigente (art. 1.526 y sigs.).

CONCLUSIONES SOBRE EL ORDENAMIENTO JUSTINIANO

Ahora bien, en el ordenamiento justiniano parece procedente relacionar la denominada acción *quasi Publiciana* o *Publiciana utile* (D. 6,1,63), estudiada por CARRELLI, y la acción útil del comprador de una acción real, reivindicatoria (C. 4,39,9), considerada por VALIÑO.

Ambas son *acciones reales*; ambas se denominan *acciones útiles*,

(106) Este texto es citado por IHERING y por WINDSCHEID, quien lo referencia en un apartado independiente (c) respecto de los otros textos que cita, es decir, de los que pueden ser considerados en relación con la *litis aestimatio*.

pero una y otra proceden del Derecho postclásico y, por tanto, no son acciones útiles o ficticias en el sentido estricto del Derecho clásico; y ambas *se conceden en supuestos de venta por el propietario no poseedor*: la *Publiciana utile* en el supuesto de venta, consecuente a un proceso, de una cosa por la que se ha pagado como precio la denominada *litis aestimatio* (aunque ésta es propia del proceso clásico y no del justiniano); la *reivindicatio utilis*, en el supuesto de venta con precio pagado de la acción reivindicatoria.

En el primer caso es claro que el vendedor y el comprador conocen, no ignoran, que la cosa está en posesión de un tercero poseedor, y el precio se ha pagado, procesalmente. En tal supuesto, el precepto (la norma) considera que hay voluntad o convenio de cesión de la acción reivindicatoria; sería absurdo, y no sólo por economía procesal, que quien pagó la *litis aestimatio* tuviera que pedir judicialmente la cesión de la acción reivindicatoria; sólo en tal sentido se puede considerar que hay una cesión legal o, si se quiere, una cesión presunta. En este caso (D. 6,1,63), el comprador adquiere la propiedad de la cosa—puede decirse—*en virtud de la compraventa (con precio pagado), sin más*. El comprador, como propietario que es, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor usucapiente, y obtener la posesión de la cosa de la que ya antes era propietario.

En el segundo caso, objetivamente, se contempla el supuesto de que la cosa está en posesión de un tercero poseedor, porque, textualmente, se vende la acción, reivindicatoria; en cuanto al precio, ha de considerarse que el precepto presupone su pago, pues, conforme al Derecho justiniano, no se transmite la propiedad de la cosa sin haber pagado el precio de su compra, a menos que se aplaze el pago o se garantice, matiz que a veces se ha omitido y se omitirá en la exposición que sigue. En este caso (C. 4,39,9), asimismo, puede estimarse que el comprador adquiere la propiedad de la cosa *en virtud de la compraventa (con precio pagado), sin más*. El comprador, como propietario que es, puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor y obtener la posesión de la cosa de la que ya antes era propietario.

1. Según el *conceptualismo de la doctrina alemana del período precodificador*, en ambos casos (D. 6,1,63 y C. 4,39,9) la compraventa lleva consigo, al menos tácita o implícitamente, el acuerdo de transmisión de la propiedad y, además, el acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria. Según ambos textos, en el supuesto de venta por el propietario no poseedor (con precio pagado), el comprador adquiere la

a un mismo objeto de derecho, respecto del cual uno sería el titular de la acción directa y otro el titular de la acción útil, se refería al objeto del derecho de crédito, porque la acción y el derecho personal se consideran, como personales, intransferibles (*in ossibus inherent*).

Pero la misma distinción se aplicaba al objeto del derecho de propiedad, según criterio de UNZOLA, cuando el propietario no es poseedor, por existir un tercero poseedor, porque se considera que la cosa, el derecho de propiedad sobre la cosa, sólo se transmite mediante tradición, no por simple pacto (109).

Los glosadores, respecto a un crédito cedido, económicamente hablando, y, en este sentido, respecto a un derecho de crédito, distinguían la acción directa, que no puede transmitirse, aunque puede mandarse su ejercicio, y la acción útil, que legalmente corresponde al comprador cesionario.

En el supuesto de posible contradicción de actuaciones por el titular de una y de otra resolvían la cuestión en el sentido de que si el comprador cesionario olvidó presentar denuncia (*denuntiatio*), o sea, notificación para que no se pagase al cedente, éste, si reclamara el crédito al deudor y lo cobrara, liberaría de su deuda al deudor (que pese a la cesión continuaba obligado a pagarle), aunque el cedente quedaba obligado a restituir al cesionario lo pagado o compensado, como se ha visto en la Suma de ROLANDINO.

Por otro lado, en la Glosa, ACURSIO sostiene diferentes posiciones acerca de la denuncia o notificación irregular, como se denomina actualmente al conocimiento que el deudor cedido y los demás terceros hayan podido tener de la cesión.

Las discusiones llegaron hasta el Derecho común anterior a la *codificación alemana*.

Según el punto de vista predominante en Alemania, el de MÜHLENBRUCH y ENNECCERUS (110), el crédito sólo se transfería al hacerse una notificación por el cesionario al deudor (*denuntiatio*) o por un acto, a esa notificación equiparado, de aprehensión del crédito por el cesionario, como especialmente la aceptación de pagos parciales o la interposición de la demanda.

Pero esta opinión contradice a una disposición (l. 17, D. transac. 2,15) que sólo otorga al deudor en virtud de un negocio—pago, compensación—concluido con el cedente después de la cesión, una excepción contra el cesionario, si, al tiempo de la conclusión del negocio,

(109) Suma de Rolandino, págs. 197 y 553; ambos comentarios de UNZOLA.

(110) ENNECCERUS-LEHMANN, tomo II, vol. 1, pág. 348, n. 1.

el deudor no hubiera tenido conocimiento alguno de la cesión (*propter ignorantiam suam*); además, contradice la l. 16, pr. D. de pact. 2,14 (Cf. también l. 18, pr. D. de pign. act. 13,7).

Por ello, WINDSCHEID, aun siguiendo, en principio, la interpretación de MUHLENBRUCH, defendió la opinión de que el cesionario adquiriría el crédito con la cesión, pero el cedente continuaba siendo, no obstante, acreedor, hasta que el cesionario hubiera aprehendido el crédito, de manera que hasta ese momento *concurrían* ambos como acreedores correales (111). Pero, según ENNECERUS, esta opinión, además de muy artificiosa, contradice la citada l. 17, D.

En el *Derecho francés*, POTHIER entendía que la cesión de un crédito, mientras la notificación no se efectúe, es como la venta de una cosa corporal antes de la tradición, y así, del mismo modo que el vendedor, mientras la tradición no se realice, permanece dueño de la cosa corporal vendida, el cedente, mientras no se verifique la notificación, no deja de estar investido del crédito cedido. En este sentido interpretaba la Costumbre de París, que establecía, en su artículo 8, que «le simple transport—cesión—ne saisit point, et faut signifier—notificar—a partie». De aquí se quiere deducir que la *denuntiatio*, en rigor, hacía las veces de la *quasi traditio* y era un requisito *constitutivo* u orgánico de la cesión (112).

Sin embargo, la opinión de los glosadores parece clara en el sentido de que el acuerdo de cesión, por sí solo, equivale a tradición, no la *denuntiatio* o notificación (113). La venta de la acción implica la cesión de ella, sin acuerdo adicional.

Quizá podría considerarse la notificación (*denuntiatio*) como un acto *exteriorizador* de la *quasi traditio* en que consistía el acuerdo de cesión. Pero cabría oponer que también la *traditio*, como transmisión de posesión, al menos cuando se trata de la tradición real, es una exteriorización del *animus transferendi et accipiendi dominii*, del acuerdo real alemán. No obstante, la equiparación no es plena. La cesión por venta, sin notificación, es indudable que confería al comprador la acción útil, referida al crédito, mientras que la venta de cosa poseída por

(111) La concurrencia como acreedores de cedente y cesionario recuerda la concurrencia de dos acciones, la directa y la útil, con distinto titular.

(112) Según ROCA SASTRE (*ob. cit.*, tomo IV, vol. 2, 6.ª ed., 1968, pág. 792), en opinión de GIRAUD, existe una verdadera transferencia del crédito, realizada no por la convención o acuerdo, sino por éste seguido de la notificación. Esto obedecía, según Giorgi, a que la *denuntiatio* de GORDIANO tendía, sobre todo, a consolidar el derecho del cesionario frente al cedente, no frente al deudor.

(113) ROLANDINO: *ob. cit.*, pág. 541. Así también todos los autores que equiparan la cesión a la tradición, como *quasi traditio*.

el vendedor, sin tradición, no confería al comprador acción útil referida al derecho de propiedad (114).

Claro que la cesión por venta, por sí sola, no extinguía la acción directa del vendedor cedente (115). La cesión por venta implicaba una *concurrentia* de titulares de acciones distintas respecto a un mismo bien económico objeto de derecho: el cedente continuaba siendo titular de la acción directa, el comprador del crédito por cesión legal era titular de la acción útil. Pero la acción útil se consideraba preferente a la acción directa «si se presentan a la vez a contestar la *lite*—a demandar—los dos», el titular de la útil y el de la directa. Si las demandas no se presentaban a la vez, según UNZOLA, «se tendrá en cuenta quién inicia primero la acción», pero, según ACURSIO, «no se prefiere al que llega antes» (116).

No cabe duda de que las acciones *no se consideraban en el mismo plano de igualdad*. La acción directa subsistía pese a la cesión. El cedente de un crédito podía parecer al deudor y a tercero que era titular único del derecho de crédito y podía actuar como titular de la acción directa, liberando al deudor si recibía el pago (o compensación), pero su actuación era *indebida* frente al cesionario, al que debía restituir lo indebidamente cobrado (o compensado).

El vendedor cedente de la acción reivindicatoria podía parecer al tercero poseedor y a otros terceros que era el titular único del derecho de propiedad discutido por el poseedor y podía, como titular de la acción directa, reivindicar contra el poseedor y recibir de él la posesión de la cosa, pero, en tanto en cuanto actuara en interés propio, su actuación era *indebida* frente al cesionario, al que, en su caso, debería entregar la cosa una vez recuperada la posesión, en virtud del contrato de venta-cesión.

La acción *directa*, conforme a lo convenido entre cedente y cesionario, estaba *destinada a extinguirse*, en interés del cesionario, no a subsistir indefinidamente, y la acción del cesionario estaba destinada a realizarse.

1. Desde luego, la acción directa del acreedor cedente se extinguía al interponer la demanda el cesionario contra el deudor (o, por lo menos, al notificarse la demanda), y, del mismo modo, al *notificar*

(114) Aunque el comprador, antes de la tradición, tuviera un *jus ad rem*, que pudiera impedir la transmisión del derecho de propiedad a un segundo comprador, conocedor de la primera compraventa, a pesar de que se le hiciera tradición, o sea transmisión de la posesión de la cosa.

(115) ROLANDINO: *ob. cit.*, pág. 543: los «tres casos».

(116) ROLANDINO: *ob. cit.*, pág. 546, y referencia inicial de UNZOLA a los «tres casos». Al parecer, ACURSIO y ROLANDINO consideran preferente al titular de la acción útil.

la cesión al deudor, o al realizar el deudor un pago parcial al cesionario, «porque éste, por el hecho de pagar, parece haber reconocido la deuda» (117). En tales supuestos, el cedente ya no podía ejercitar eficazmente la acción directa. La transmisión del crédito resultaba eficaz plenamente. La acción del cesionario ya no tenía por qué llamarse acción útil, una vez extinguida la directa.

2. Pero es más: según una opinión fundada (118), aunque no unánime, la acción directa del acreedor cedente se extinguía siempre que el deudor hubiera *conocido* la cesión de la deuda, pues sólo por desconocimiento de la cesión, *propter ignorantiam suam*, quedaba liberado de la deuda si pagaba al primitivo deudor (cedente). Al llegar a conocer el deudor la cesión acordada se extinguía su acción directa y la transmisión del crédito resultaba eficaz plenamente.

Esta opinión implica que *la cesión*—la transmisión—del derecho de crédito y del derecho de propiedad del propietario no poseedor, que tiene la acción reivindicatoria, se realiza, según el Derecho romano recibido (C. 4,39,9 antes citado) y según el Derecho español vigente, *por el contrato de compraventa, sin más*.

a) La posibilidad de que el cedente cobre liberatoriamente del deudor que desconoce la cesión no supone en el cedente la titularidad o cotitularidad del derecho de crédito o la titularidad de una acción directa, sino un proceder indebido por su parte y una negligencia por parte del cesionario, que por ella merece tenga que soportar la consecuencia liberatoria del deudor.

La notificación, judicial o extrajudicial, al deudor le hace conocer la cesión acordada, y si intenta pagar al cedente actúa de mala fe, en el sentido de mala fe-conocimiento (similar al de la falta de buena fe-desconocimiento o ignorancia aplicable en la doble venta y en la usucapión). Siendo así, también el conocimiento de la cesión, aunque no sea mediante notificación, determina la mala fe del pago al cedente, y, por ello, éste es ineficaz para la liberación del deudor.

Con esta interpretación resulta evidente que la notificación no es requisito constitutivo de la *cesión del crédito*, sino, más bien, que el *desconocimiento* de la cesión por el deudor es *condicio iuris* de la eficacia de su pago al cedente, y la notificación es un medio para extinguirla.

b) Respecto a la *cesión de la acción reivindicatoria*, no cabe una plena *aplicación analógica* de esta doctrina en cuanto se considere que

(117) ROLANDINO: *ob. cit.*, págs. 543, 546; los «tres casos».

(118) Según textos citados anteriormente por ENNECERUS.

el tercer poseedor no tiene una obligación que pagar y puede ser un poseedor de buena o de mala fe respecto a cualquier titular del derecho de propiedad, sea el vendedor o sea el comprador-cesionario, pero no por razón de su desconocimiento o conocimiento de la venta-acción. La acción real actualmente no se dirige directamente sobre la cosa, sino que se dirige contra cualquiera que sea su poseedor (*erga omnes possidentes*), y como «nadie puede verse obligado a defenderse de una acción real» (D. 50,17,156 pr. Ulp. 70 ed.), al poseedor le basta, en su caso, con no oponerse a que el demandante tome posesión de la cosa, si bien antes de ser demandado puede dudar a quién debe entregar la posesión, en el supuesto, más bien utópico, de que reconozca libremente no ser propietario y esté dispuesto a cesar en la posesión, y la alegación de tal duda o desconocimiento puede serle de interés a efectos de que no se le impute alguna responsabilidad culpable, por mala fe dolosa o negligencia culposa. Por ello, el mismo IHERING, como se ha visto, estima inaplicable al caso la doctrina sobre la notificación.

Siendo así, hay que entender que la venta-cesión de la acción reivindicatoria, por sí sola, hace al cesionario titular de la acción útil, pero queda pendiente de aclarar la cuestión referente a la subsistencia de la acción directa en el cedente, todo esto según la concepción de los glosadores. Ahora bien, es evidente que la acción directa del cedente, como la del cedente de un crédito, está destinada a extinguirse, no a subsistir indefinidamente, y la acción del cesionario está destinada a realizarse. También es evidente que la acción directa del cedente se extinguía al interponer la demanda el cesionario contra el tercero poseedor (o, por lo menos, al notificarle la demanda), si la sentencia resultaba estimatoria, habida cuenta de su efecto retroactivo, y también desde la entrega, extrajudicial y voluntaria, de la posesión por el tercer poseedor al cesionario, en cuanto implicaba el reconocimiento del derecho del cesionario, análogamente al supuesto de pago total (incluso parcial) de la deuda por el deudor al cesionario, de modo que tenía aplicación, en dos casos, la doctrina de los «tres casos» a que se refería UNZOLA respecto a las acciones personales.

Antes de que ocurriera alguno de estos dos casos, el vendedor cedente, de hecho, podía ejercitar la acción directa, pero, de Derecho, no debía hacerlo en interés propio, pues incumplía la venta-cesión. La situación puede parecer análoga a la del vendedor poseedor que aún no ha realizado la entrega de la cosa, pero se trata de una simple apariencia, pues, como ya se ha dicho, en tal caso la venta sin tradición no confería al comprador acción útil alguna, a diferencia de la venta-cesión, por el vendedor no poseedor, de la acción reivindicatoria. Realmente, la sentencia estimatoria declaraba la adquisición no de una

acción útil, sino del derecho de propiedad, y ésta desde el momento de la venta-cesión, no sólo desde el momento de la incorrectamente denominada *litis contestatio*, al igual que la entrega voluntaria de la posesión por el poseedor al cesionario suponía reconocimiento de un derecho adquirido de propiedad y no el reconocimiento de un simple *jus ad rem* y el cumplimiento de la obligación de entregar realizado en nombre del vendedor cedente (119).

Lo bien cierto es que *actualmente* la notificación no se establece en ningún sistema codificado como requisito constitutivo de la cesión de créditos.

La evolución, mercantilista y civilista, de la cesión y de la notificación conduce a dos sistemas actuales diferentes:

1. El sistema de los *Códigos Civiles francés e italiano* establece que el cesionario no adquiere derechos respecto a terceros, sino mediante la notificación. La cesión transfiere el crédito, pero la cesión no notificada no perjudica a terceros. La notificación publica una cesión ya exis-

(119) Es verdad que los glosadores sólo pusieron dificultades a la solución lógica y económica de los casos de cesión de acciones, por una parte, al exagerar la personalización del derecho de crédito, llegando a admitir, en todo caso, la coexistencia de dos acciones, la directa y la útil, y, por otra parte, al aplicar esta misma solución al derecho de propiedad. Cabe pensar si hubo trasposición de ideas respecto al cumplimiento de las obligaciones del comprador y del vendedor, desde su concepción de la compraventa como cambio de dinero por cosa, de entrega de dinero debido (crédito por compraventa) contra entrega de cosa determinada, y asimilación del pago del precio a la *traditio* de la cosa vendida.

El derecho de propiedad y la enfiteusis medieval aparecen mezclados con instituciones feudales y vinculaciones señoriales, de modo que el derecho de propiedad está en «manos muertas», como derecho prácticamente intransmisible; entonces, la escuela de los glosadores mantiene su opinión del dominio dividido al aplicar, análogamente, la distinción entre acción directa y acción útil, al asignar la acción directa al dueño directo, al señor censalista, y la acción útil al dueño útil, al enfiteuta. La finca—análogamente al crédito cedido—queda sometida a derechos de dos personas y la pensión enfiteútica, como derecho, va ligada al dominio directo y puede realizarse sobre la finca, y la misma pensión, como deber, va ligada al dominio útil, que comporta el disfrute de la cosa y la obligación *propter rem* del pago de la pensión.

En un cierto momento, la doctrina medieval del dominio dividido estima que ambos titulares de derechos, censalista y censatario, son dueños, aunque después, ante el aumento de las facultades del enfiteuta y disminución de las facultades del antiguo «señor» dueño directo se llega a estimar como único dueño al enfiteuta y al censalista como titular de un derecho real sobre cosa ajena. El que originariamente pudo considerarse dueño único deja de serlo, para pasar a serlo el enfiteuta, al igual que el acreedor originario deja de serlo, para pasar a serlo el cesionario. Aunque en nuestro C. C. aún se configure la enfiteusis más bien como un dominio dividido, la realidad social ha impuesto el tránsito de la propiedad al enfiteuta, paulatinamente, al menos desde la desamortización. Asimismo, la realidad de la vida, sobre todo la mercantil, impuso paulatinamente la desaparición de la distinción entre la acción directa del cedente y la acción útil del cesionario de una acción, personal (crédito) o real (propiedad, en su caso).

tente, con lo cual ésta surte efectos contra terceros, de modo que tiene un valor declarativo, pero que refuerza la eficacia de la cesión. La notificación es instrumento de publicidad.

Para GIORGI son terceros, a estos efectos, todas aquellas personas que, no siendo parte en la cesión, han adquirido antes de la notificación derechos que quedarían disminuidos o destruidos si la cesión tuviese efectos respecto de ellos desde el día que se celebró.

El punto más interesante de este sistema estriba en si la notificación es requisito ineludible o si pueden hacer sus veces otros medios equivalentes. Hay empeñada fuerte controversia acerca del alcance de la notificación irregular, mejor dicho, del conocimiento que el deudor cedido y los demás terceros hayan podido tener de la cesión.

2. El sistema del *Código Civil español* y del *alemán*, en cambio, parece más de acuerdo con la realidad del Derecho anterior a la codificación, en cuanto implica que el crédito se transfiere al nuevo acreedor por el contrato de cesión en el sistema alemán de abstracción causal, por el solo título en el sistema español causal conforme a la tradición medieval.

La notificación es simple medio de vincular al deudor con el nuevo acreedor o cesionario. Instrumento técnico que sólo tiene por objeto poner en conocimiento del deudor, en forma auténtica, la existencia de un nuevo acreedor, con quien deberá entenderse en lo sucesivo. Sólo tiene el alcance o virtualidad de colocar de un modo indudable al deudor en una situación o estado de no ignorancia de la cesión, proporcionándole, a la vez, la seguridad de que en lo sucesivo sólo ha de entenderse con el acreedor que, según su conocimiento, sea actual. Por ello, el deudor notificado que paga al cedente, no paga bien, por haber procedido de mala fe, y el deudor no notificado que paga al cedente, paga bien, por haber procedido de buena fe. Pero *la cesión*, en sí misma, *se opera independientemente de la notificación* (120).

11. LEGITIMATIO AD CAUSAM

Aunque podrían ser objeto de consideración posterior, parece que precisamente en este punto es oportuno hacer referencia a dos cuestiones: la *legitimatio ad causam* del cesionario y la inseparabilidad de la acción reivindicatoria respecto del derecho de propiedad del que deriva.

(120) V. *supra* ref. par. 407 C. C. alemán.

1. Según GÓMEZ ORBANEJA (121), el concepto de legitimación es uno de los conceptos más debatidos y, al mismo tiempo, más confusos del Derecho procesal. El concepto y la palabra no pertenecen al Derecho romano.

Normalmente se emplea el término legitimación para designar dos conceptos distintos: por un lado, la *legitimatío ad processum*, la capacidad procesal (para comparecer en juicio) de la parte—distinta de la postulación del procurador o representante procesal—; por el otro, la *legitimatío ad causam*, la atribución subjetiva, activa o pasiva, del derecho o de la acción sustantiva (significando «causa», la causa *petendi*).

Así, cuando se dice, por ejemplo, que el propietario está legitimado activamente para ejercitar la acción reivindicatoria y que el tenedor o poseedor de la cosa está legitimado pasivamente, no se alude a una condición de admisibilidad del proceso, sino a la existencia de la acción civil; o sea, no se hace referencia al derecho procesal de ser demandante o a la carga procesal de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho sustantivo que la sentencia ha de declarar en el sentido pedido en la demanda, si, efectivamente, el demandante es propietario.

Pero la doctrina del *proceso común*—con el que tantas analogías guarda nuestra ley procesal vigente—, enfocando erróneamente el problema, aisló casos especiales de *legitimatío ad causam*, para darles, prácticamente, el mismo tratamiento que a la *legitimatío ad processum* del representante de la parte. En ciertos supuestos de titularidad derivada o indirecta, como en la *cesión*, o en la *sucesión* o transmisión de relaciones jurídicas por herencia, creyó posible separar la existencia objetiva del derecho controvertido, de los nexos subjetivos del mismo, o sea, de la causa de la atribución del derecho, de la titularidad, limitando el concepto de *legitimatío ad causam* a la prueba de estos nexos (122).

El razonamiento venía a ser el siguiente: suponiendo que exista el derecho sustantivo (eso lo dirá la sentencia) (123), ¿corresponde a este concreto demandante, contra este concreto demandado? Dado que en los casos de cesión o de herencia son distintas la *fente* originaria del

(121) GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO: *Derecho Procesal Civil*, vol. 1, 8.ª ed, Madrid 1976, págs. 134 y ss.

(122) De tal tendencia ha quedado un residuo en el número 2.º del artículo 503 de la L. E. C., disposición en la cual se confunden, para darles un mismo alcance jurídico, la representación legal y la titularidad en el derecho. Según este artículo, «a toda demanda o contestación deberá acompañarse necesariamente: 1.º El poder que acredite la personalidad del procurador, siempre que éste intervenga. 2.º El documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación o cuando el derecho que reclame provenga de habérselo otro transmitido por herencia o por cualquier otro título».

(123) Si nació (hecho constitutivo) y si no murió (hecho extintivo).

crédito, o sea, el hecho constitutivo del crédito (por ejemplo, el préstamo), y la cesión o sucesión hereditaria, o sea, el hecho del que resulta la titularidad actual del crédito, que empieza el actor por probar, para entrar en el proceso, que es, en efecto, cesionario o heredero (124). Porque si no lo fuese, el derecho podrá o no existir, pero él no tiene ninguna potestad para hacer que se conozca sobre ello.

La consecuencia fue hacer de la prueba inicial de la cesión o de la sucesión (condición o título de cesionario o de heredero) exactamente igual que si se tratase de la prueba inicial de la representación (condición o título de representante) una condición de la validez del proceso. El actor debía aportar con la demanda un medio concluyente de prueba—de la cesión o sucesión—, y si no lo hacía, el Juez, a instancia de la parte contraria o de oficio, podía exigirlo en cualquier momento. El error dependía—como advierte WENZELL—de que, en general, no hay derechos con mera existencia objetiva, y de que, en especial, no cabe imaginar créditos y obligaciones sin un titular del crédito y un obligado. *Actualmente*, el cesionario y el heredero (después de la partición) no deducen en el juicio el derecho del cedente o del causante (o de la herencia)—a diferencia del representante, que deduce en juicio el derecho del representado—y el hecho de la cesión o el hecho de la sucesión o la transmisión hereditaria entra a integrar el hecho constitutivo de la acción sustantiva—hecho que puede ser simple o complejo—, y se distingue radicalmente de la *legitimatio ad processum* del representante, la cual no tiene nada que ver con la fundamentación de la demanda.

De este error inicial, la misma doctrina del proceso común acabó por liberarse unánimemente; su historiador, BETHMANN-HOLLWEG, a lo largo del siglo XIX, dejó para siempre enterrada la teoría de la *legitimatio ad causam* (125).

(124) Que pruebe la transmisión; la sentencia ya declarará la existencia y titularidad del derecho.

(125) «Por lo que se refiere a nuestro Derecho vigente, la jurisprudencia, que hasta estos últimos años no había empleado nunca la palabra—ni el concepto—de legitimación, ha deshecho la confusión del artículo 503, número 2, entre la representación y la causa de pedir. Para esta última debe entenderse que la norma no puede tener otro alcance que la general del artículo 504. El demandante 'debe' acompañar a la demanda el documento que le acredite como cesionario o como heredero, por la misma razón que el documento con que quiera probar el hecho constitutivo originario del crédito. Pero este 'debe' no quiere decir otra cosa que si no lo aporta con la demanda, salvo casos especiales (art. 506), no se le admitirá después. Por consiguiente, se trata de una carga, no de una obligación. No significa que no pueda probar por otro medio cualquiera—incluso por el mismo documento, en los casos exceptuados en el artículo 506—el hecho de la cesión o la transmisión hereditaria. Otra cosa significaría tener necesariamente que disponer de una prueba documental o líquida, y precisamente en el momento inicial del proceso. Pero ¿qué norma impide la validez jurídica de la cesión hecha verbalmente o si se

Por otra parte, lo que la legitimación toma en cuenta es la relación jurídica no en cuanto existente, sino en cuanto deducida. Si la relación no existe, o si no nace de ella el derecho correspondiente al actor, cuya declaración pretende la demanda, la sentencia absolverá al demandado, pero el proceso se ha seguido entre partes legítimas (126).

2. NÚÑEZ LAGOS (127), con referencia concreta a este tema, dice que «el proceso romano-canónico se enfrentó con el problema de la personalidad del demandante cesionario de un crédito. En el proceso de reivindicación, al reivindicante—con título—, con independencia de que triunfara o no su acción a través de la *probatio* diabólica, se le tenía por parte legítima en el proceso. ¿Por qué no se podía hacer lo mismo con el cesionario de un crédito?» Porque el cesionario no tenía acción directa, sino, a lo más, una acción útil y una *procuratio in rem suam*—respecto a la acción directa—. Al comienzo del pleito, *in limine litis*, al cesionario—con título—había que tenerlo por parte, pero no por parte legítima, sino legitimada. Se decidía así su derecho a intervenir en el proceso, sin prejuzgar el fondo de la *litis*.

3. En el proceso formulario romano, el cesionario comparecía como *procurator* de la cosa ajena, aunque interviniera *in rem suam*. El proceso romano canónico común trata al cesionario de un crédito como a un representante, en todo caso, tanto si ejercita la acción directa, en nombre ajeno, como representante del cedente, que es el titular de la acción directa (aunque el cesionario la ejercita en interés propio, *in rem suam*), en virtud de cesión voluntaria, como si ejercita la acción útil, en nombre propio, como titular de la acción útil, en virtud de

ha destruido o extraviado el documento probatorio del negocio? La disposición del artículo 1.526 del C. C. se refiere a la validez del pago hecho al cedente, no a las condiciones del ejercicio de la acción por el cesionario. ¿Por qué ha de poderse probar, v. gr., por testigos, el hecho originario del préstamo y no el hecho ulterior de la cesión? Pero, aún más, en muchos casos, la transmisión es un elemento fungible en el fundamento de la demanda, y el actor tanto puede expresarla como omitirla. El que ha adquirido la cosa (por cesión o) por herencia y la reivindica del que la tiene no se funda (en la cesión o) en la herencia, sino en la propiedad. Si resulta de la prueba que, en vez de heredarla, la ha comprado o la ha adquirido por legado o donación, el juez no dejará por ello de estimar la demanda, porque el derecho de reivindicar corresponde al dueño, por cualquier causa que lo sea.»

(126) «En el ejemplo de la acción reivindicatoria, el demandante no dejará de estar procesalmente legitimado por el hecho de no ser el propietario—ni dejará de estarlo el demandado por el hecho de no tener la cosa en su poder—. La legitimación depende, en su lado activo, no de que la cosa pertenezca al actor, sino de que la reivindique como suya; en su lado pasivo, no de que esté efectivamente en posesión del demandado, sino de que la demanda afirme que lo está.»

(127) NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Madrid 1953, pág. 40, n. 23. *La evolución del principio de publicidad*, conferencia en A. M. N., 1961, separata, pág. 62. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, 1953, pág. 57, n. 73.

cesión «legal», como si ejercita ambas acciones a la vez, cuando no sólo ha comprado la acción, con lo que *ex lege* tiene la acción útil, sino que, además, se le ha cedido expresamente la acción del cedente, o sea, el ejercicio de la acción directa (128).

12. INSEPARABILIDAD DE ACCIÓN Y DERECHO

En *Alemania*, antes del Código Civil continúa doctrinalmente vigente la distinción entre acción directa y acción útil respecto a la cesión de créditos y respecto a la cesión de la acción reivindicatoria, distinción que es de Derecho sustantivo y no de Derecho procesal, aunque inicialmente tuviera un especial tratamiento procesal a efectos de legitimación *ad causam*.

El Código Civil alemán, según interpretación unánime, identifica la acción o pretensión personal con el *derecho de crédito*, y dispone que se transfiere el derecho de crédito o, lo que es lo mismo, la pretensión personal, por el simple acuerdo de cesión, abstraído del contrato causal, aunque pueda resultar implícito en éste, y que la notificación no es requisito constitutivo de la transmisión del crédito, sino sólo medio técnico para que el deudor no pueda alegar desconocimiento de la cesión. Con esto, legalmente, desaparece la distinción entre acción directa y acción útil, y se precisa la distinción conceptual entre derecho de crédito y pretensión personal.

Ahora bien, respecto al *derecho de propiedad*, la doctrina considera que la pretensión reivindicatoria no forma parte del contenido del derecho, aunque deriva de él. No se discute que, conforme al parágrafo 931 del Código Civil alemán, el propietario pueda transmitir su derecho de propiedad de cosa mueble, cuando no es poseedor, mediante cesión de la pretensión reivindicatoria, derecho que transmite desde el momento del acuerdo de cesión, sin que le reste una acción directa hasta el momento de la toma de posesión de la cosa por el cesionario. Pero se discute si la pretensión reivindicatoria es inseparable del derecho de propiedad del que deriva, en el sentido de que se cuestiona si puede

(128) En el *Formulario de Rolandino* el vendedor, cedente expresamente, dice que cede la acción directa y la útil: *ob. cit.*, pág. 550, «... constituyéndole procurador *in rem suam* y poniéndolo en su lugar; de modo que desde ahora, en su propio nombre, con acciones útiles y directas, pueda accionar contra...»

Las Siete Partidas: «... faciéndole personero, para demandar aquella debda... poniéndole en su lugar, e otorgole poderio para demandar aquella debda.» No distingue acción directa y acción útil.

FEBRERO: *ob. cit.*, pág. 625: «... le confiere poder irrevocable... para que en su nombre o en el del otorgante los pida... le constituye procurador actor en su propia causa y negocio... le cede todas las acciones que le competen.»

cederse la pretensión de propiedad sin que al propio tiempo sea transmitida la propiedad al cesionario.

a) WOLFF-RAISER reconocen que la *doctrina dominante* afirma esta posibilidad. Citan, en tal sentido, a OERTMANN, GOLDMANN, RAAPE, HECK, HORSTMANN, STAUDINGER-KOBER (129). No citan, en cambio, a ENNECCERUS, quien claramente también mantiene esta opinión (130).

Aquí es conveniente tener presente cuanto para el Derecho alemán expone ENNECCERUS a propósito de las pretensiones y excepciones (131), y, específicamente, lo siguiente:

La propiedad—como los demás derechos absolutos—confiere la facultad general de no ser perturbado en el señorío jurídico, pero esta facultad que se dirige contra todos, esta facultad de prohibición *erga omnes*, no puede calificarse como acción en el sentido del Derecho común ni como pretensión en el sentido del Código Civil alemán, pues en ningún aspecto está sujeta a las disposiciones aplicables a las pretensiones y, en particular, no puede ser cedida y no está sujeta a prescripción.

Distinta de esta facultad de prohibición *erga omnes* es la pretensión de propiedad (pretensión reivindicatoria), que, como toda pretensión real, sólo nace en virtud de la conducta de una persona contradictoria del contenido del derecho de que deriva, o sea, por regla general, en virtud de la violación del derecho de propiedad. La persona del obligado a realizar la acción u omisión en que consiste la pretensión se determina sólo en méritos de esta conducta que vulnera el derecho de propiedad (132).

La pretensión de propiedad no es idéntica a la propiedad en que se funda, ni siquiera como parte del contenido del derecho de propiedad, es decir, no es facultad integrante del contenido del derecho de propiedad.

La *extensión* es diversa, pues la propiedad se dirige *erga omnes*, y la pretensión de propiedad sólo contra el infractor que vulnera el derecho de propiedad.

El *contenido* es diferente, pues la propiedad sólo confiere el señorío sobre la cosa y una facultad de prohibición contra todos, mientras que la pretensión de propiedad vincula al poseedor a realizar la entrega, o sea, a un acto positivo.

Finalmente, en algunos puntos, también es distinto el *trato jurídico*: la pretensión puede extinguirse, al ser satisfecho su titular, o desvirtuar-

(129) Tomo III, vol. 1, par. 67, II, y par. 84, n. 25.

(130) Tomo I, vol. 2, pág. 463.

(131) Tomo I, vol. 2, pág. 457.

(132) *Ob. cit.*, págs. 194 y 985.

se por la prescripción, mientras que la propiedad subsiste (sic); a veces, en contra de la pretensión de la propiedad puede hacerse valer una excepción (derecho de retención), aun sin tener protección jurídica para obtener la posesión, frente al propietario que se encuentra en posesión de la cosa; la pretensión—dice ENNECCERUS—puede ser cedida, mientras que la propiedad queda en el cedente, sin la pretensión cedida.

Sobre esta última afirmación argumenta ENNECCERUS que, conforme al párrafo 931, la propiedad mobiliaria se traspasa en virtud de la cesión de la pretensión de propiedad—es decir, en virtud de la cesión de la acción reivindicatoria—, pero sólo si media acuerdo acerca del traspaso de la propiedad, por lo que, a contrario *sensu*, entiende que puede cederse sin transmitir la propiedad, cuando no medie tal acuerdo.

VON THUR—sigue diciendo ENNECCERUS—considera excluida la cesión de la pretensión de propiedad sin traspaso simultáneo de la propiedad, ya que entiende que la propiedad y la pretensión de la propiedad no pueden separarse y configura el negocio de ejercicio de una pretensión sin traspaso simultáneo de propiedad como otorgamiento de un poder irrevocable.

Pero opone ENNECCERUS que esto es difícil de conciliar con la ley, pues cuando el párrafo 931 dice que la entrega puede ser sustituida por la cesión de la pretensión de propiedad presupone la posibilidad de la cesión, y no se limita a establecerla para este caso especial. Lo mismo ocurre con el párrafo 255 (133).

Tampoco—dice—cabe aprobar el resultado práctico de la tesis de VON THUR en referencia a la cesión de la reivindicatoria respecto de inmuebles, después de la venta, pero antes de la transmisión formal (134).

(133) «Quién ha de prestar indemnización de daños por la pérdida de una cosa o de un derecho sólo está obligado a la indemnización a cambio de la cesión de las pretensiones que correspondan al titular de la indemnización contra terceros en base a la propiedad de la cosa o en base al derecho» (par. 255, B. G. B.).

(134) *Ob. cit.*, pág. 462, n. 5. «Caso práctico. A vende a C la finca que se encuentra en posesión de B, no debiendo hacerse la transmisión formal sino más tarde (por ejemplo, una vez liberada la finca de las hipotecas que la gravan), pero se quiere procurar inmediatamente la posesión a C, y a este efecto se le cede la pretensión de propiedad contra B. ¿Por qué, como deduce V. THUR de su construcción, la acción de propiedad ha de corresponder aún, a pesar de todo, a A?; y ¿por qué C sólo ha de poder demandar en calidad de apoderado? Con ello se frustra en una buena parte la verdadera intención de las partes, según el mismo ENNECCERUS.

De todos modos, si luego A hace transmisión formal de la finca a favor de otro (D), se extingue la pretensión de C, pero sólo porque esta pretensión depende de la propiedad de A. Si B entrega la finca a A, también se extingue la pretensión (en contra, otros autores), pero no en virtud de cumplimiento, sino sólo porque B ya no posee (cosa que acontecería igualmente si B se limitase a abandonar la posesión). Si A cae en concurso, la finca se cuenta también en la masa (aunque no la acción), pero sólo porque todavía pertenece a su patrimonio.»

No se advierte por qué es imposible conceptualmente la separación de pretensión y propiedad, y antes de admitir imposibilidades conceptuales hay que proceder con la máxima cautela, estima ENNECCERUS. Dice que sigue la opinión dominante, y cita a OERTMANN y RAAPE. Pero también dice que de esta opinión dominante disiente, aparte de VON THUR, especialmente M. WOLFF.

La pretensión de propiedad no se identifica con la propiedad, ni es facultad integrante de ella, pero *depende* del derecho de propiedad, pues sólo nace al vulnerarse este derecho y se extingue con él, aunque haya sido cedida a otras personas. Si he cedido—dice en nota 6—la pretensión de propiedad dirigida a la entrega de una finca y se extingue mi propiedad, también se extingue la pretensión de propiedad del cesionario.

Además, el que frente al propietario tiene un derecho a la posesión (aunque sólo sea obligatorio), puede rechazar la pretensión de propiedad, aunque ésta haya sido cedida a un tercero (par. 986, ap. 2.º). Y esto rige incluso cuando (tratándose de muebles) se ha transferido la propiedad misma en virtud de la cesión de la reivindicatoria.

Las pretensiones, en general, son tratadas por el Código Civil alemán según las reglas aplicables a los derechos de crédito, en tanto que de la dependencia de la pretensión con respecto al derecho básico no resulte otra cosa (como ocurre con la pretensión de propiedad, según lo dicho), y pueden ser cedidas a tenor de las reglas aplicables a los derechos de crédito (135). Ahora bien: mientras que la cesión de la pretensión personal transmite el crédito mismo, puesto que éste y aquélla son una misma cosa, en cambio, la cesión de la pretensión de propiedad (o la de otra pretensión derivada de un derecho real o de otro derecho absoluto), en principio sólo confiere la facultad de hacer valer en interés propio el derecho ajeno, si bien, excepcionalmente, el Código Civil alemán (par. 931), respecto a las cosas muebles, dispone que la cesión de la pretensión de propiedad lleva aparejada la transferencia de la propiedad, si las partes lo han acordado así (136).

(135) Par. 398. «Un crédito puede ser transmitido por el acreedor mediante convenio—contrato—con la persona a quien se le transmite (*cesión*). Con la conclusión del convenio—contrato—el nuevo acreedor se subroga en la posición del antiguo acreedor.»

Par. 413. «Las disposiciones sobre transmisión de créditos (por cesión) se aplicarán oportunamente a la transmisión de otros derechos, en tanto la ley no prescriba otra cosa.»

Par. 194. «El derecho—facultad—de exigir de otro una acción o una omisión (pretensión—*Anspruch*) se extingue por prescripción.»

(136) Esta opinión de ENNECCERUS sobre cesión de pretensiones reales continúa siendo la de MÜHLENBRUCH sobre la cesión de acciones en general, aplicada por IHERING y WINDSCHEID a la cesión de acciones reales, aunque salvando lo dispuesto por el par. 931, que sería lo único reformado por el C. C. alemán.

b) A esta opinión de ENNECCERUS se opone la de que *ceder la pretensión de propiedad implica, necesariamente, transmitir la propiedad*. En este sentido, según M. WOLFF, se manifiestan, además de VON THUR, SOHM, PLANCK-BRODMAN y WESTERMANN. M. WOLFF-L. RAISER, especializados en Derecho de cosas, la argumentan como sigue (137):

La respuesta no puede obtenerse de los párrafos 398 y 413 (sobre cesión de créditos y su aplicación analógica a la transmisión de otros derechos), ni tampoco del párrafo 931, que no trata en absoluto —¿solamente?— de la cesión de la pretensión de propiedad, sino de la cesión de las pretensiones derivadas de las relaciones obligatorias de mediación de la posesión (138). Tampoco de la Ley Procesal Civil, párrafo 265, que trata de las pretensiones cedibles, sin definir su cedibilidad.

OERTMANN también invoca, indecisoriamente, el párrafo 1.032 (139).

Uno de los principales obstáculos (así VON THUR) contra la doctrina dominante es el de que priva al propietario, que por la cesión carece de la pretensión de la propiedad cedida, de la posibilidad de atacar al tercero poseedor incluso cuando el cesionario de la reivindicación no se preocupa de la cosa, por ejemplo, dejándola tranquilamente al tercero poseedor. No se objete que el propietario no debiera ceder a persona no merecedora de confianza y que hubiera debido contentarse con darle poderes, porque con semejante objeción (OERTMANN) se olvida que no siempre se trata de una cesión contractual y que también puede tratarse de embargo de la pretensión por un acreedor del propietario.

Además, si la pretensión de propiedad fuese susceptible de cesión independiente, el adquirente no sólo podría—como supone el propio OERTMANN—perseguirla contra el que fuera poseedor al tiempo de la

(137) Tomo III, vol. 1, par. 67, II, 2, y par. 84, especialmente n. 25.

(138) Esta referencia al par. 931 parece estar en contradicción con lo que dicen los mismos WOLFF-RAISER en la misma edición y página 446 citada, a menos que en uno y otro punto quieran decir que el par. 931, primordialmente, se refiere al supuesto de la existencia de un poseedor mediato o que las palabras «en absoluto» de la traducción quieran decir «exclusivamente» o que la interpretación de ENNECCERUS es sólo *a contrario sensu*.

(139) Par. 1.032. «Para la constitución del usufructo sobre una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que el usufructo debe corresponder a éste. Las disposiciones del párrafo 929, inciso segundo, y de los párrafos 930 a 936 se aplican oportunamente»; así, concretamente, el par. 931, antes citado, sobre cesión de la pretensión de entrega, cuando el tercero poseedor no es mediador de la posesión del concedente es suficiente el acuerdo, pero—contra argumenta WOLFF, párrafo 115, n. 4—que el propietario no pierde plenamente la pretensión de devolución, sino sólo por el tiempo de duración del usufructo. Este caso es similar al del artículo 486 del C. C. español, aunque éste realmente aluda a cesión impropia, o sea a poder representativo para el ejercicio de la acción.

cesión, sino también contra sus sucesores jurídicos, que, en este caso, serían sucesores en la posesión; y tal sucesor no lo es solamente el tercero, al que el poseedor entregue la cosa, sino también—aunque OERTMANN lo niegue—el mismo propietario cuando el poseedor le entregue la cosa. En tal caso se daría la extraña figura de una pretensión emanada de la propiedad y dirigida contra el propietario (cosa indudablemente afirmada en el Derecho común, cf. STAMPE) (140).

Ha de reconocerse que el propietario cedente no ha de renunciar definitivamente a toda clase de protección. Incluso, frente al mismo *debitor cessus* de la entrega o restitución, debe el propietario conservar una pretensión *inferior* a la del cesionario, y, por tanto, puede dirigirse contra el poseedor para la entrega, pues, análogamente, «el poseedor de una cosa que ha sido enajenada, conforme al párrafo 931, por cesión de la pretensión de entrega, puede oponer al nuevo propietario las objeciones que le correspondan contra la pretensión cedida» (párrafo 986, ap. 2.º). Ello es, en todo caso, indispensable cuando el cesionario permanece inactivo.

Por consiguiente, en el mejor de los casos, podría hablarse de una cesión no privativa, sino multiplicativa. Sólo que a la construcción de esta figura, no usada en otras partes del Código Civil alemán, se oponen fundados reparos.

La necesidad práctica puede satisfacerse cumplidamente, lo mismo que la pretensión de rectificación registral, reconociendo haber otorgado al «cesionario» el poder de hacer valer, en su propio nombre, la pretensión ajena (con un poder irrevocable).

Sin embargo (igual que respecto a la pretensión de rectificación registral), es posible que el propietario autorice a otro para recibir la prestación; por ejemplo, cuando un propietario de una casa que no posee la vende y para procurar al comprador la posesión antes de la transmisión formal le permite hacerse entregar la cosa por el tercero poseedor. Pero en semejantes casos, el propietario no pierde su pretensión contra el tercero poseedor, y puede hacerla valer (SOHM, VON THUR) (141).

(140) Contra esta interpretación del Derecho común podría oponerse que cuando el poseedor entregue la cosa al vendedor, éste, automáticamente, queda convertido en un poseedor en nombre ajeno, produciéndose un supuesto de *constituto* posesorio, ya que al estar vinculado por la venta a transmitir todos sus derechos y la posesión al comprador sería preciso un acto de interversión posesoria para que poseyera en nombre propio. En tal supuesto, efectivamente, el comprador podría ejercitar la reivindicatoria contra el vendedor, pero no contra un vendedor propietario, sino contra un vendedor que ya no es propietario.

(141) Análogamente al caso de la impropia llamada cesión—de crédito—con efecto limitado, más bien llamada «autorización para el cobro» (v. tomo III, volumen 1, par. 84, n. 25).

En consecuencia, debe negarse la posibilidad de una cesión independiente de la pretensión de entrega de la propiedad.

Por ésta y por las otras cuestiones consideradas *puede concluirse que el parágrafo 931 tiene dos interpretaciones fundamentales*: una, la de ENNECCERUS, historicista y conceptualista, y otra, la de WOLFF, voluntarista y teleológica, que parece más acertada.

1. La opinión *conceptualista* parece empeñada en continuar tropezando con la distinción medieval entre derecho de propiedad actual o acción directa del cedente y derecho de propiedad eventual o acción útil del cesionario, totalmente superada por la realidad.

2. Se dice que al propietario no poseedor *le queda* la acción reivindicatoria, que es lo que puede transmitir por cesión, pero la expresión es una figura del lenguaje. La acción reivindicatoria, primordialmente, cumple la función de *afirmar la titularidad discutida del derecho de propiedad* (142), aunque, además, con ella se obtenga la posesión de la cosa. La estimación judicial de la reivindicatoria implica la prueba del derecho de propiedad del reivindicante, de su titularidad del derecho. En este sentido, la pretensión reivindicatoria *representa* al derecho de propiedad.

El criterio de la *inseparabilidad* de la acción reivindicatoria respecto del derecho del que deriva implica que es el derecho de propiedad lo que, en el Derecho alemán, se transmite mediante la llamada cesión de la acción reivindicatoria, como sustitutivo o sucedáneo de la entrega (143).

Así, también supone utilizar una figura del lenguaje el hablar de acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, además del acuerdo de transmisión de la propiedad, pero tal expresión tiene relieve e interés práctico en el supuesto de que el comprador desconozca la falta de posesión del vendedor.

La *evolución histórica* de la distinción entre cesión de la acción directa y cesión de la acción útil *ha conducido a otra distinción*.

1. La *cesión*, propiamente dicha (*cesión plena*), implica transmisión de la acción representativa del derecho (de la acción que cumple la función de afirmar la titularidad del derecho) o, equivalentemente, transmisión del derecho, con el que se identifica (crédito) o del que deriva (propiedad) la acción; en este sentido, son sinónimos acción y derecho. Esta cesión existe en todos los casos en que la legislación con-

(142) MESSINEO: *ob. cit.*, vol. II, 1, pág. 341.

(143) En el Derecho español, previa compraventa.

cedía la denominada «acción útil», por acuerdo de cesión presunta legalmente, y en otros casos, por acuerdo de cesión sin presunción legal. La notificación no es requisito de la cesión del crédito, ni la toma de posesión, requisito de la cesión del derecho de propiedad.

2. Se admite, además, la denominada *cesión con efectos limitados* respecto de un crédito, que no implica transmisión del crédito, y el *poder irrevocable*, o *procuratio in rem suam*, para el ejercicio de la acción ajena (incluso reivindicatoria) en interés propio.

De todos modos, lo normal es la cesión plena (144).

V. SISTEMA TRANSMISIVO DEL TÍTULO Y EL MODO

LA CODIFICACIÓN Y EL DERECHO AUSTRIACO

El sistema del Derecho común europeo es el sistema del título y el modo, del que se apartaron, *divergentemente*, el sistema del consentimiento francés y el sistema de transmisión abstracta alemán (145).

En el período codificador, según MAX KASER, se encuentra por primera vez, aunque no muy claramente, en el *Allgemeines Landrecht prusiano* de 1794. También en el *Wetboek Napoleon holandés* de 1809, y después, en el *Bürgerlijk Wetboek* de 1838 vigente. Luego, en el *Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, austriaco*, de 1811, que todavía está vigente (146).

El Código austriaco es el que más fielmente recoge la tradición del *Usus modernus Pandectarum*, es decir, del Derecho común que estaba vigente en Alemania, en su época, antes de las innovaciones introducidas por la escuela histórica y por el pandectismo, y sólo con la publicación del Código Civil alemán y del suizo quedó relegado a un segundo plano, en cuanto a su influjo exterior, sin perjuicio de su vigencia actual.

Por esto tiene interés, desde el punto de vista del Derecho español, la solución que el Derecho austriaco dé al problema objeto de este

(144) A esta solución evolutiva se refieren, en el Derecho español de la precodificación, GÓMEZ DE LA SERNA y MANRESA, como se verá. Las fórmulas de estilo notarial de FEBRERO, referentes a la cesión de acciones directas y útiles y, a la vez, de mandato en cosa propia (*procuratio in rem suam*), se interpretan referidas a la cesión plena.

(145) MAX KASER: *Compraventa y transmisión...*, pág. 588, con abundante bibliografía. ALBALADEJO: *Derecho civil*, tomo III, vol. 1, pág. 137.

(146) El Código prusiano influyó en LUZURIAGA. El Código holandés es reiteradamente citado por GARCÍA GOYENA en sus Comentarios al proyecto de C. C. español de 1851.

tema. Según el Código austríaco, «No puede conseguirse la propiedad sin un título y modo de adquirir» (art. 380). «El título... reside en un contrato...» (art. 424). «El mero título no otorga la propiedad. La propiedad y los derechos reales sólo pueden ser adquiridos, además de los casos concretos determinados por la ley, por la entrega y la recepción jurídicas» (art. 425).

Pero también en el Derecho austríaco se discute si, en virtud de título causal, la transmisión de la propiedad mediante cesión de la acción reivindicatoria requiere la toma de posesión, según la opinión de WINDSCHEID, que es posterior a la publicación del Código austríaco (147), o basta la cesión, que es la *opinión tradicional predominante en la actualidad*, fundada en que la acción reivindicatoria o pretensión de entrega es *inseparable* del derecho de propiedad (148).

(Continuará.)

EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG
Registrador de la Propiedad

(147) EHRENZWEIG: *Sistem des österreichischen allgemeine Privatrechts*, ed. 1957, I, 2, pág. 78.

(148) KOZIOL-WELSER: *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, 1975, 3, II, pág. 24. SPIELBÜCHLER: *Der Dritte im Schuldverhältniss*, 1973, pág. 1935, con referencia al parágrafo 931 del C. C. alemán y a las opiniones de los autores alemanes.

Estos textos austríacos han sido facilitados, gentilmente, por el Notario y Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Viena Doctor Winfried Kralik, por mediación del Notario Doctor Vicente L. Simó Santonja, Delegado español en la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado Latino.