

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

**NUMERO HOMENAJE EN EL CENTENARIO DEL
NACIMIENTO DEL EXCMO. SR. D. JOSE CASTAN
TOBEÑAS**

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. Carlos Miguel Hernández Crespo.
D. José María Chico Ortiz.
D. Manuel Amorós Guardiola.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

I S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958



Excmo. Sr. D. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, a quien esta Revista brinda el homenaje en el centenario de su nacimiento.

S U M A R I O

	<i>Págs.</i>
Presentación, por el Decano del Colegio, don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO.	1387
“La contribución de CASTÁN TOBEÑAS a la formación de los Registradores”, por JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ.....	1389
“Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica de nuestra patria”, por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS	1397
“Introducción y Parte General” en la obra del profesor CASTÁN “Derecho civil español, común y foral”, por ABELARDO GIL MARQUÉS	1405
“CASTÁN y los Derechos reales”, por JOSÉ MARÍA CHICO y ORTIZ	1421
“Panorama del Derecho de Obligaciones y Contratos en CASTÁN TOBEÑAS”, por ANTONIO MANUEL OLIVA RODRÍGUEZ	1439
“CASTÁN y el Derecho de familia”, por JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR	1471
“El Derecho sucesorio en CASTÁN”, por JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ	1489
“CASTÁN y el Derecho foral”, por JUAN LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE....	1507
“CASTÁN, agrarista”, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1523
“Los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del profe- sor CASTÁN TOBEÑAS”, por ANTONIO PAU PEDRÓN	1539
“Breves notas sobre la troncalidad”, por ANTONIO IPIENS LLORCA	1553
“Justicia y equidad en CASTÁN”, por JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERAS	1563
“CASTÁN y los derechos humanos”, de LEO VALLADARES LANZA	1575
“La Sentencia del T. S. de 25 de marzo de 1942 sobre prodigalidad dictada por don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS”, por ANTONIO RODRÍGUEZ YNYESTO.....	1589
“Contrato de compraventa y tradición en el Código civil español de 1889”, por EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG.....	1595

PRESENTACION

En este año se cumplen cien años de dos nacimientos: el de DON JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y el del Código civil, y justo es resaltar que el primero ha sido uno de los principales comentaristas y, desde luego, divulgadores del segundo, de forma que bien puede afirmarse que hablar de uno hace pensar en el otro.

La Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que se honró con la colaboración del maestro CASTÁN y que, en otro centenario importante —el de la Ley Hipotecaria—, publicó un número extraordinario y monográfico en el que se insertaba un artículo suyo, sobre la influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra patria, no podía quedar al margen de los póstumos homenajes que se han dedicado al gran jurista.

Debemos recordar que en el año 1940-1941 publica las contestaciones a oposiciones de Registradores, y aquel libro constituyó —como los posteriores— un avance en la preparación y un valioso elemento de trabajo para los opositores. La claridad de exposición, la sistemática precisa, el comentario o la glosa certera, el valor pedagógico del contenido, las referencias a la doctrina y a la jurisprudencia, nos sirvieron a muchos estudiantes de Derecho, primero para entender y aprender, y, después, para aficionarnos al estudio del Derecho civil, para facilitarnos la ardua tarea de la preparación de las oposiciones, y, ya Registradores, en la difícil función calificadora, que muchas veces encontró solución en la nota a pie de página, en la referencia a la opinión doctrinal o a la cita jurisprudencial, con tal precisión y síntesis clarificadora, que aquella frase, comentario o alusión a una posible interpretación nos ha abierto cauces para la profundización en el camino de la búsqueda de la decisión jurídica, o en los argumentos para fundamentarla.

No debemos olvidar que CASTÁN abordó la investigación y creación del Derecho a través de la función registral, contemplándola cuando trata de las nuevas figuras de derechos reales, o cuando entiende que las calificaciones registrales han servido de base para la creación jurídica y en la referencia a las memorias o informes anuales de los Registradores que apuntaban las modificaciones legislativas procedentes.

En resumen, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y ésta su Revista tenemos una deuda de gratitud para el insigne maestro, que explicaba claro el Derecho, sin duda porque lo entendía muy claro y que transmitía en sus obras el conocimiento jurídico, y por ello, modestamente, le dedicamos este número de la Revista, incluyendo en el mismo el trabajo que él publicara en ella en 1961, y en el que, además de un trabajo de su hijo José María Castán Vázquez, se incluyen otros de Registradores que se refieren a Parte General, Derechos Reales, Obligaciones y Contratos, Familia y Sucesiones, aparte de contemplarse en otros estudios sobre CASTÁN en otras esferas del Derecho estrechamente vinculadas con el Registro de la Propiedad.

El Decano del Colegio de Registradores al prologar este número experimenta la satisfacción de expresar, públicamente, la admiración y el respeto que siempre le profesó.

CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

La contribución de Castán Tobeñas a la formación de los Registradores

El profesor CASTÁN TOBEÑAS, mi padre, no fue Registrador de la Propiedad. Tampoco fue, por cierto, Notario. Los cauces de su actividad profesional fueron otros: la cátedra y la magistratura. Sin embargo, es un hecho bien conocido que el Notariado y el Cuerpo de Registradores fueron corporaciones especialmente receptivas a su obra y con las que mantuvo informales pero gratas relaciones. La vinculación entre él y el Notariado ha sido puesta de relieve, entre otros, por Notarios tan ilustres como NÚÑEZ LAGOS, TAULET, VALLET, CÁMARA, RODRÍGUEZ ADRADOS y LÓPEZ JACOISTE. Su relación con el Cuerpo de Registradores ha sido acaso menos estudiada, pero no fue superficial ni circunstancial y merece alguna atención; yo quisiera hoy prestársela a través de estas notas, que se limitarán sencillamente a recordar algunos datos de la vida de CASTÁN y algunos pasajes de su obra, reveladores unos y otros de la estimación mutua que ha reinado entre el prestigioso colectivo de los Registradores y un jurista que se esforzó por brindar a éstos material de estudio para su formación profesional, siendo consciente de la importancia de la función registral.

LA GENESIS Y LA DIFUSION DEL “DERECHO CIVIL” DE REGISTROS

Como profesor universitario que era —y el serlo fue, en realidad, la única aspiración de su vida, alcanzada en la primera juventud—, CASTÁN creía que corresponde a la Universidad, de modo insustituible, la misión de iniciar la formación profesional de los juristas. “La Universidad —escribió— es la que debe procurar el desarrollo de aquellas cualidades de capacidad de trabajo, sensibilidad moral y carácter, de que tanto nece-

sita todo jurista, y la que ha de dar a sus alumnos los *principios* y el *método*, propios de la formación específicamente universitaria". Ahora bien, "las profesiones jurídicas requieren un aprendizaje que la Universidad no puede proporcionar plenamente y que sería deseable no se abandonase, como por lo general sucede todavía hoy, a las posibilidades y esfuerzos de cada cual, después de comenzada la actividad profesional"(1). Esa idea fue acaso una de las que le condujeron, poco después de ganada la cátedra, a iniciar la publicación de obras de preparación de oposiciones jurídicas que pudieran prestar alguna utilidad a los licenciados que escogen ese duro camino y están llamados a integrar cuadros selectos de profesionales.

Un primer libro en esa línea fue el que, todavía joven y en colaboración con los también jóvenes juristas LÓPEZ DE GOICOECHEA y JOAQUÍN GARRIGUES (el futuro maestro del Derecho mercantil español), publicó en 1922 con el título de *Derecho civil común y foral ajustado al Programa del primer ejercicio de Judicatura*. Constituía esta obra unas sencillas *contestaciones* que no fueron reeditadas por sus autores. En cambio, a través de los dos años siguientes, CASTÁN elaboró en Valencia, donde a la sazón desempeñaba su cátedra, una exposición más amplia del Derecho civil, que la Editorial Reus publicó en Madrid con el título de *Derecho civil español, común y foral (Obra ajustada al Programa para las Oposiciones a Notarías determinadas)*. Es de notar que la obra nacía, como la anterior, por el cauce modesto de unas *contestaciones*; en realidad, su autor, como ha observado recientemente el profesor FERRANDIS VILELLA, no dio nunca a la obra, pese a sus sucesivas ediciones y la creciente extensión de las mismas, el título de tratado.

Aquel libro tuvo buena acogida no sólo entre los opositores a Notarías —sus directos destinatarios—, sino entre alumnos de las Universidades y opositores de otros Cuerpos, entre ellos el de Registradores, de formación tan similar a la del Notariado. Ello debió persuadir al autor de la conveniencia de publicar otro libro, dirigido ya en particular a ese Cuerpo; así nació el *Derecho civil (Registros)*, aparecido en 1926 e integrado por tres volúmenes. En 1932 aparecía su segunda edición, "totalmente revisada y ajustada al Programa de 9 de diciembre de 1925 para las oposiciones a ingreso en el Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad". Y en 1941 la obra alcanzaba su tercera edición, "refundida y ajustada al Programa de 26 de septiembre de 1940". Un *Apéndice* a esta edición publicó después CASTÁN en 1945 con la colaboración del profesor BATLLE

(1) J. CASTÁN TOBEÑAS *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operativa en Derecho privado positivo)*, Ed. Reus, Madrid, 1947, págs. 370 y 375

VÁZQUEZ, Rector de la Universidad de Murcia a la sazón y antiguo alumno suyo en la de Valencia.

A través de esos años y de los que siguieron, el *CASTÁN de Registros* alcanzaría considerable difusión entre los opositores, constituyendo el texto que normalmente utilizaron para su preparación, en materia de Derecho civil, los alumnos de las academias más conocidas —desde la valenciana de BARTUAL hasta las madrileñas de ABELARDO GIL, DEMETRIO MADRID y CATALINO RAMÍREZ— y los de otros preparadores individuales, Registradores, siendo, por cierto, de elogio la forma en que en general se han dado las clases, al no ver los preparadores en ellas una fuente de lucro, sino un servicio a los Cuerpos de Registradores y Notarios.

IDEAS DE CASTAN SOBRE LOS REGISTRADORES Y SU FUNCION

En un libro de 1947 que condensa su concepción metodológica, CASTÁN afirmaba que “no puede decirse, como hace MESSINEO, que la *aplicación* del Derecho sea obra *exclusiva* del Juez, pues esto equivale a desconocer la identidad sustancial que presenta, en todo caso, la elaboración del Derecho, cualquiera que sea el órgano que la realice” (2). De acuerdo con esa idea, ofrecía en la misma obra un cuadro sinóptico de la “elaboración del Derecho positivo”, en el que encerraba las diversas manifestaciones que él veía de esa elaboración. En su sinopsis hacía dos grandes grupos: el de la elaboración creadora y el de la elaboración reconstructiva; en el segundo distinguía, a su vez, entre la elaboración por vía científica y por vía práctica; esta última puede producirse por tres vías, una de las cuales es la “vía de calificaciones”, y entre éstas situaba la registral, que aparece como una calificación en esfera oficial y legitimadora (3). En la naturaleza de la función calificadora profundizarían más tarde otros autores, entre ellos los prestigiosos Registradores ANTONIO PAU y JOSÉ MARÍA CHICO en obras recientes (4).

(2) *Teoría de la aplicación*, cit., pág. 41.

(3) *Teoría de la aplicación*, cit., pág. 42. *Vid.* también las observaciones que sobre la elaboración del Derecho por vía legitimadora hace en su *Derecho civil español común y foral*, tomo I, vol. 1.º, págs. 430-431 de la 10.ª edición, donde estudia la actividad de los Notarios y Registradores de la Propiedad como “legitimadora, autenticadora y constitutiva de los derechos”

(4) *Vid.* A. PAU PEDRÓN *Elementos de Derecho hipotecario*, Universidad Comillas, Madrid, 1983, pág. 50, y J. M. CHICO ORTIZ *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*, M. Pons, Madrid, 1987, págs. 44 y sigs., espec. pág. 70

Junto a una opinión definida sobre la función registral, CASTÁN tuvo una opinión clara acerca de los Registradores españoles. La expresó rotundamente en 1947 al escribir que el Cuerpo de Registradores y el de Notarios constituyen “categorías seleccionadas de juristas que son honra y prez de la organización y la cultura jurídica española” (5). Y reiteró aquella opinión, desarrollándola, en 1961, cuando al hacer una reflexión sobre la influencia que la Ley hipotecaria ha tenido en la renovación del Derecho español, afirmó: “Es un timbre de gloria para los Registradores de la Propiedad haber dedicado esfuerzos muy inteligentes a la creación, *ex novo*, de toda una disciplina jurídica, con honores de rama autonómica del Derecho: la ciencia del Derecho inmobiliario”... “Ello ha sido beneficioso para la cultura jurídica patria. Al penetrar los Registradores, lo mismo que los Notarios, en el campo del clásico Derecho civil y estudiar sus instituciones todas, han aportado al tratamiento de las mismas el sentido y la metodología realista tan vinculado a sus tareas profesionales, prestando así un gran servicio a la ciencia del Derecho, al poder contribuir a la corrección del ambiente jurídico, un tanto unilateral, que ha dominado en España, pecando casi siempre de excesivo legalismo o de un teoricismo también exagerado” (6).

A la alta opinión que de los Registradores tenía CASTÁN, contribuyó seguramente su trato personal con muchos de ellos. Tuvo, en efecto, amistad, según puedo dar testimonio, con figuras del Cuerpo registral tan importantes como RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE y RAMÓN DE LA RICA ARENAL, que fueron compañeros suyos, muy apreciados, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Tuvo relación también con varios Registradores de su generación —algunos tan conocidos como CABELLO DE LA SOTA, VENTURA TRAVESET y CÁNOVAS COUTIÑO— y vio con agrado la sucesiva aparición en la doctrina jurídica de Registradores brillantes de generaciones posteriores, como fueron PÍO CABANILLAS (cuya colaboración buscó para trabajos prelegislativos), JESÚS LÓPEZ MEDEL (de quien recibió una ayuda muy valiosa en varios organismos), JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (a quien incorporó a la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, que él dirigía) o MANUEL AMORÓS GUARDIOLA (hijo de su buen amigo AMORÓS GONZÁLEZ).

(5) J. CASTÁN TOBEÑAS *La personalidad, la metodología y la obra de don Jerónimo González* (Prólogo a los *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, de J. González y Martínez), Madrid, Ministerio de Justicia, 1948, tomo I

(6) J. CASTÁN TOBEÑAS *Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra patria*, en “*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*”, número conmemorativo del Centenario de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1961, enero-febrero 1961, pág. 3.

LAS IDEAS DE CASTAN SOBRE LOS ORGANOS
DE DIRECCION Y EXPRESION
DE LOS REGISTRADORES

Alto fue también el concepto que CASTÁN tuvo del Centro Directivo. “La Dirección General de los Registros y del Notariado —escribió— ha sabido dar vida a esa doctrina, llamada, con más o menor propiedad, *jurisprudencia hipotecaria*, que tan merecido prestigio ha conquistado y que es, sin duda, un complemento valiosísimo de la genuina jurisprudencia civil del Tribunal Supremo” (7). El valor de aquella jurisprudencia trató de precisarlo en algún texto de su *Derecho civil*, negando, en líneas con don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que haya contradicción entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros, y observando que las decisiones y doctrina de ésta, aunque no formen jurisprudencia en el sentido propio (por no emanar del Poder judicial del Estado, sino de un Centro administrativo), no dejan de tener gran autoridad e importancia: “Por de pronto, son obligatorias para los Registradores. Pero aparte de ello, en el terreno práctico, y también en el teórico y científico, la doctrina del Centro Directivo tiene indudable valor para la interpretación del Derecho hipotecario y del Derecho civil, gozando de un prestigio y una autoridad unánimemente reconocidos” (8).

La relación personal de CASTÁN con el Centro Directivo fue, por lo demás, cordial, al mantener trato con varios de los Directores generales, Subdirectores y Letrados de aquél. Con don JERÓNIMO GONZÁLEZ, figura eminente de la Dirección y del Derecho hipotecario español, tenía una vieja amistad, iniciada en los tiempos del Doctorado. “Una común afición a los libros —escribiría muchos años más tarde— y el desempeño de la función docente que con él compartí, antaño, en la Facultad de Derecho de la Central, nos hacía coincidir muchas veces en la acogedora biblioteca que UREÑA había fundado con la denominación de *Museo Laboratorio Jurídico*. La amistad había continuado en el tiempo en que durante la segunda República convivieron ambos en la Sala Primera del Tribunal Supremo, que don JERÓNIMO presidía y a la que, por cierto, se había incorporado también como Magistrado el ilustre civilista DEMÓFILO DE BUEN. Recordando aquella época, CASTÁN ha escrito: “Tuve el honor de ser compañero y subordinado de don JERÓNIMO en la Sala Primera del Tribunal Supremo. La convivencia con él fue siempre feliz para mí, pues si de sus escritos recogí muchas enseñanzas, su trato personal me deparó,

(7) *Influencia de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 4.

(8) *Derecho civil español, común y foral*, vol. y ed. cit., págs. 389-390.

a la vez que su magisterio, su afecto y su simpatía"... "En la Presidencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo era, para los Magistrados que formábamos parte de ella, un compañero siempre afable que se complacía en sustituirnos en nuestras ponencias, cuando cualquier motivo de imposibilidad o grave discrepancia nos obligaba a declinarlas" (9).

Amistad tuvo también con los Directores generales LÓPEZ PALOP, POVEDA y ALONSO, así como con el Subdirector, paisano suyo como aragonés, PABLO JORDÁN DE URRÍES, jurista y humanista, con el que compartió trabajos prelegislativos en la Comisión de Codificación (como más tarde tendría yo también la fortuna de compartirlos, beneficiándome del saber y del ejemplo humano de JORDÁN). E igualmente tuvo CASTÁN aprecio hacia todos los Letrados de la Dirección y trato con algunos, como VICENTE LLEDÓ, SEBASTIÁN MORO, ALBERTO BALLARÍN, MANUEL PEÑA (cuyos primeros trabajos conoció y valoró) y ANTONIO IPIENS (a quien profesaba un afecto casi familiar por ser hijo de su viejo amigo el profesor IPIENS LACASA, químico ilustre).

A la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* la consideró CASTÁN como una publicación que ha sido muy importante para la elaboración científica y práctica del Derecho hipotecario, al haber "sabido recoger no sólo las aspiraciones y los ideales del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sino también las inquietudes investigadoras y culturales de Registradores y Notarios, enriqueciendo la producción jurídica patria con excelentes trabajos sobre los más variados temas relativos a la propiedad territorial y al Derecho privado en general" (10).

CONCLUSION

A través de las notas precedentes he procurado ofrecer, como anuncié, un testimonio, siquiera haya sido rápido e incompleto, de los contactos que CASTÁN mantuvo con el Cuerpo de Registradores y su Centro Directivo, así como de su esfuerzo por colaborar, a través del *Derecho civil*, a la formación de los Registradores. Quisiera ahora, para concluir, recordar, agradeciéndolas, alguna de las deferencias que hacia él han tenido los Registradores y su Colegio Nacional.

En los *Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS* publicados en 1969 colaboraron Registradores tan prestigiosos como RAMÓN DE LA RICA, ALBERTO BALLARÍN, JESÚS LÓPEZ MEDEL,

(9) *La personalidad, la metodología y la obra de don Jerónimo González*, cit., págs. IX-XI.

(10) *Influencia de la Ley Hipotecaria*, cit., pág. 4.

PLUTARCO MARSÁ VALCELLS, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO, ENRIQUE LORENTE SÁNCHEZ y CARLOS ALVAREZ ROMERO.

En el Congreso convocado por el Colegio de Registradores para celebrar el 50 Aniversario del Cuerpo, el inolvidable Decano NARCISO DE FUENTES citó reiteradamente a CASTÁN en la conferencia que pronunció dentro de la sesión más solemne. Y en los actos celebrados a lo largo de este año 1989 en recuerdo de CASTÁN con ocasión del centenario de su nacimiento, han participado ilustres Registradores como JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (en la sesión de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), JESÚS LÓPEZ MEDEL (en el acto organizado en Zaragoza por el Colegio Notarial y la CAI) y JOSÉ MARÍA CHICO y ANTONIO PAU (en el Seminario sobre "Las ideas jurídicas de CASTÁN TOBEÑAS" desarrollado en el ICADE madrileño). En el acto académico de la Real de Jurisprudencia, por otra parte, estuvo representado oficialmente el Colegio en la persona de su Vicedecano ABELARDO GIL MARQUÉS.

Agradezco profundamente a la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, con la que varias veces me he honrado en colaborar, que haya querido también testimoniar su recuerdo al jurista ya desaparecido con la inserción de los trabajos que en este número aparecen. Mi gratitud se dirige también personalmente a los autores de aquellos, así como al ilustre Registrador CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, actual Decano del Colegio, y al admirado profesor LUIS DíEZ-PICAZO, Presidente del Consejo de la Revista, que han tenido a bien respaldar una iniciativa noble y generosa.

JOSÉ MARÍA CASTÁN VÁZQUEZ

Numerario de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación

Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra patria

Está ya muy desprestigiado el mito del progreso indefinido de la Humanidad (1). El siglo XIX está muy lejos de confirmarlo. Se va viendo que ese siglo a pesar de su apariencia brillante en algunos aspectos de la vida, preparó y fomentó los gérmenes de la crisis mundial que hoy padecemos (2).

Concretándonos a nuestra patria, es indudable que la centuria de que se trata no respondió plenamente a lo que parecía exigir una tradición jurídica tan brillante como la española y un genio jurídico tan destacado y sobresaliente como el del pueblo español (3). Los legisladores y los tratadistas de esta época se dejaron influir, quizá demasiado, por lo forastero y lo exótico, en detrimento de la continuidad de nuestra tradición jurídica. En la esfera del Derecho privado, y mucho más en la del Derecho público, la literatura jurídica —legislativa y científica— no siempre se nos muestra sobrada de aciertos. Nuestros juristas no lograron hermanar cumplidamente las exigencias de los nuevos tiempos con el debido respeto a las concepciones jurídicas nacionales. Se ha hablado, con referencia a esta época, de la «extranjerización del Derecho español», y se ha dicho que «la cultura española en el siglo XIX y en el primer tercio del XX es un conglomerado, más que una síntesis, de elementos muy diferentes», en gran parte

(1) Véase nuestra conferencia *Evolución jurídica y progreso jurídico*, Bilbao, Patronato de la Universidad de Deusto, 1956.

(2) Véase nuestro discurso *Crisis mundial y crisis del Derecho*, Madrid, 1960, cuya nueva edición, ampliada, está a punto de parecer.

(3) Véase nuestro estudio *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948.

importados, bajo la influencia de los cuales nuestra cultura pierde su unidad y su carácter orgánico (4).

Y, sin embargo, es exagerada y un poco injusta la crítica con que se juzga hoy al siglo XIX, denigrándolo. Lo cierto es que, cuando menos en España, dicho siglo, en lucha con problemas y empresas difficilísimas, nos ha dejado, en la esfera del Derecho, realizaciones y creaciones provechosas y bastante duraderas.

Es así de notar:

- a) Que, en el terreno científico, nuestros escritores de esa época no solían limitarse a ser importadores de doctrina. Se da pocas veces el caso de que se adoptase una orientación o una teoría extranjera, sin llevar a ella atenuaciones, modificaciones o adaptaciones que le dieran ya una cierta expresión original y española (5).
- b) Que, en sus raíces ideológicas, la doctrina jurídica española fue sana en todo momento, pues el positivismo nunca alcanzó, entre nosotros, excesivo predominio.
- c) Que, en el plano de las realizaciones legislativas, el siglo XIX dio frutos no despreciables. De algunos de ellos estamos todavía vi-viendo.

El Código Civil de 1889 no fue ciertamente una obra perfecta que merezca, en todos sus aspectos, un juicio enteramente favorable. Pero hoy se va reconociendo la exageración de las críticas acerbas que hace años se le dirigían. «No es el Código —dice FEDERICO DE CASTRO— la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica; pero, dentro de su consciente finalidad modesta, ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento, porque, a pesar a de lo desfavorable de los tiempos y circunstancias en que se redactó, han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española» (6).

Y la Ley Hipotecaria de 1861, aunque fundamentalmente inspirada en sistemas inmobiliarios extranjeros, obedeció a necesidades de reforma apremiantemente sentidas y supo realizar su cometido con tales aciertos, que la institución que creara se ha adaptado poco a poco a la vida jurídica de nuestro pueblo y se nos muestra cada vez más viva y pujante.

(4) ALFONSO GARCÍA GALLO: *Curso de historia del Derecho español*, t. I, 5.^a edición, Madrid, 1960, págs. 633 y sigs.

(5) CASTÁN: *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, págs. 78.

(6) *Derecho civil de España*, parte general, t. I, 3.^a ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1955, pág. 231.

Pero no es nuestra intención hacer aquí el elogio ni el balance de aciertos y desaciertos de la Ley Hipotecaria. Plumas muy autorizadas se han encargado de poner de relieve los méritos de su texto y de su magnífica exposición de motivos, sin silenciar los puntos vulnerables de su orientación o de sus desarrollos.

En definitiva, si nuestra Ley Hipotecaria de 1861 recibió su inspiración de las legislaciones germánicas, no fue una copia servil de ellas, pues hizo concesiones muy importantes a las ideas jurídicas nacionales. Hay en el sistema creado por ella rasgos netamente españoles. RAMOS FOLQUÉS nos cita a este respecto el no haber dado valor constitutivo a la inscripción y haber respetado la teoría del título y el modo, así como haber modelado la figura del tercero hipotecario... (7).

Y si el texto legal puede ser criticado en cuanto a su estructura y método de exposición, por desenvolver en múltiples artículos y con distinta fortuna el principio de protección del tercero, provocando así, como advierte ROCA SASTRE, «tanta literatura inútil, en detrimento de la noción exacta del verdadero juego de la protección registral», ello respondía a la novedad que para nuestro Derecho implicaba la publicación de esta Ley y que hizo creer a sus autores que convenía explicar en diferentes supuestos el criterio fundamental adoptado (8).

Por nuestra parte, hemos de limitarnos ahora a perfilar unas reflexiones, muy breves y someras, sobre la influencia que esta importante Ley ha ejercido sobre la renovación de la cultura jurídica patria y, concretamente, sobre el estudio científico del Derecho civil y su aplicación práctica.

Claro es que semejante tema ni siquiera tiene los atractivos de la novedad y la originalidad, pues ya nos decía, hace algunos años, muy documentalmente el docto Registrador RAMÓN DE LA RICA, que «la legislación del Registro ha contribuido de modo muy acusado a nuestro progreso jurídico» (9).

* * *

(7) Lexicografía hipotecaria: su necesidad. Los principios: en la Filosofía y en la Ciencia del Derecho; en el Derecho positivo; los principios generales del Derecho; la fisonomía del Derecho hipotecario español, significación de los principios hipotecarios en España, publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, marzo 1947, pág. 146.

(8) Derecho hipotecario, 5.ª ed., Barcelona, Bosch, 1954, t. I, pág. 55.

(9) Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico, Conferencia dada en el Centro de Estudios Hipotecarios, publicada en la revista «Información Jurídica», 1951, pág. 503 y en edición separada.

Consecuencia y fruto, más o menos próximos, de la primera Ley Hipotecaria, son, sin duda, los organismos, instituciones y publicaciones que han tomado a su cargo la elaboración, científica y práctica, del Derecho hipotecario, y que no han podido desenvolver su cometido sino con un permanente contacto con el Derecho civil.

Mencionaremos, aunque están en la mente de todos, los siguientes:

- a) La Dirección General del Registro de la Propiedad, creada en el Ministerio de Justicia en el propio año 1861 y sustituida después por la Dirección General de los Registros y del Notariado (10), que ha sabido dar vida a esa doctrina, llamada, con más o menos propiedad, *jurisprudencia hipotecaria*, que tan merecido prestigio ha conquistado y que es, sin duda, un complemento valiosísimo de la genuina jurisprudencia civil del Tribunal Supremo.
- b) El Centro de Estudios Hipotecarios, creado en el año 1941 como órgano cultural del Colegio Nacional de Registradores y que tiene por misión el fomento y divulgación de los estudios de Derecho inmobiliario.
- c) La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, fundada en el año 1925 por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y que ha sabido recoger, en los 36 volúmenes que desde esa fecha hasta el momento presente tiene publicados, no sólo las aspiraciones y los ideales del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sino también las inquietudes investigadoras y culturales de Registradores y Notarios, enriqueciendo la producción jurídica patria con excelentes trabajos sobre los más variados temas relativos a la Propiedad territorial y al Derecho privado en general.

Pero no se redujo a esto la acción y la influencia transformadora de la Ley Hipotecaria. El sistema creado por ella exigía juristas competentes que dieran forma legal a los negocios jurídicos relacionados con la constitución y extinción de los Derechos reales sobre bienes e inmuebles. Y a esta necesidad, aparte de sus otras específicas finalidades, respondió, inmediatamente después de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Con acierto se ha dicho que Notarios y Registradores, en la actual manifestación de su cultura jurídica y relieve social, son hijos y hechura del sistema inmobiliario introducido

(10) Sobre la historia, organización y funcionamiento de esta Dirección General, véase el libro *El Ministerio de Justicia*, publicado por la Subsecretaría de este Departamento, con un prólogo de FERNÁNDEZ CUESTA, en el año 1946, págs. 299 a 336.

por los legisladores de 1861 (11). De este modo todas las organizaciones culturales que son hoy honra y prez del Notariado —como la Academia Matritense del Notariado, con sus espléndidos *Anales*; las Semanas Notariales; la doctísima *Revista de Derecho Notarial*—, tienen un cierto parentesco en línea recta con la obra fecunda de los legisladores de 1861.

* * *

Es un timbre de gloria para los Registradores de la Propiedad haber dedicado esfuerzos muy inteligentes a la creación, *ex novo*, de toda una disciplina jurídica, con honores de rama autónoma del Derecho: la ciencia del Derecho inmobiliario. Mas como la verdad es que, en el fondo, el Derecho inmobiliario es Derecho civil, pues hemos de conceptuarlo, con ROCA SASTRE, como mero *desenvolvimiento* de una parte o aspecto de este Derecho (12), no puede sorprendernos que los hipotecaristas hayan cultivado, conjunta y enlazadamente, el Derecho inmobiliario y el Derecho civil.

Ello ha sido beneficiosísimo para la cultura jurídica patria. Al penetrar los Registradores, lo mismo que los Notarios, en el campo del clásico Derecho civil y estudiar sus instituciones todas, han aportado al tratamiento de las mismas el sentido y la metodología realista tan vinculado a sus tareas profesionales, prestando así un gran servicio a la ciencia del Derecho, al poder contribuir a la corrección del ambiente jurídico, un tanto unilateral, que ha dominado en España, pecando casi siempre de excesivo legalismo o de un teoricismismo también exagerado.

Si se repasan los nombres de los más significados escritores de materia hipotecaria, empezando por GÓMEZ DE LA SERNA y siguiendo por OLIVER, ALVAREZ MARTÍNEZ, MOSCOSO DEL PRADO, CALDERÓN NEYRA, GALINDO Y ESCOSURA, DÍAZ MORENO, PAZOS, MORELL Y TERRY, ARAGONÉS, URIARTE BARASÁTEGUI, LÓPEZ DE HARO, CAMPUZANO, ATARD, GENOVÉS AMORÓS, RAMOS FOLQUÉS, LA RICA, VENTURA-TRAVESET, VILLARÉS PICÓ, RUIZ ARTACHO, CÁNOVAS COUTIÑO, SAPENA, AZPIAZU, CABELLO DE LA SOTA y tantos otros, tomados un poco al azar, principalmente entre los pertenecientes al Cuerpo de Registradores, en todos ellos vemos la figura de un docto civilista, con orientación teórico-práctica. Y no hay que decir nada de los valores cumbres,

(11) RAMÓN DE LA RICA *Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico*, loc. cit., pág. 533

(12) ROCA: *Derecho hipotecario*, ed. cit., t. I, págs. 13 y sigs.; SANZ, con criterio radical, entiende que no existe la pretendida autonomía del Derecho hipotecario (*Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, t. I, págs. 23 y sigs.).

siempre tan actuales, de JERÓNIMO GONZÁLEZ y RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, que tan brillantes aportaciones han traído al estudio de las instituciones civiles y aún de la temática general del Derecho. No hay que olvidar los estudios que el primero de estos dos sabios juristas dedicó a la Metodología jurídica (13).

La espléndida contribución de Registradores, Notarios y también Jueces y Magistrados —por no citar otras profesiones— a la producción jurídica es exponente del relieve y altura alcanzado en nuestra patria por los respectivos Cuerpos. Pero a la vez demuestran cuán relativas y artificiales son las fronteras que separan a sus diversas funciones y a las disciplinas jurídicas que una especialización, quizá exagerada, ha querido diferenciar.

Hay que anhelar una reacción en favor de la unidad del Derecho, cuando menos en la esfera privatística. Son casi idénticos los problemas de fondo que se presentan a la consideración de Notarios, Registradores y Jueces; y tienen una gran afinidad, desde el punto de vista formal, las técnicas de la elaboración judicial, registral y notarial del Derecho (14).

Es deseable que todos los juristas, en nuestras respectivas misiones, realicemos una labor coordinada y de propósitos unitarios. No deben reaparecer nunca ciertas polémicas enojosas y poco constructivas que en algunos momentos se han alzado entre Registradores y Notarios (15). Y sería sensible, que, en altas esferas, surgiesen discrepancias de criterio entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros. Afortunadamente son pocas las que hasta ahora han llegado a producirse.

Trabajemos todos por el prestigio de España y de su Derecho, y agrupémonos hoy para celebrar la conmemoración del acontecimiento que significó la publicación de la primera Ley Hipotecaria. Por nuestra parte —y éste ha sido el propósito único de estas líneas—, nos asociamos con

(13) Véase nuestras reflexiones sobre *La personalidad, la metodología y la obra de don Jerónimo González*, como prólogo a la edición de los *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, publicada por el Ministerio de Justicia, 1948, t. I, especialmente págs. 12 y sigs.

(14) Pueden verse nuestros libros *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, y *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1946.

(15) Se refiere a ellas, lamentándolas, PASCUAL MARÍN, en el prólogo de su *Introducción al Derecho registral*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1947, págs. 3 y sigs.

todo fervor, en nombre de la Magistratura española, al homenaje que tributa a la Ley Inmobiliaria registral de 1861 y a sus ilustres autores la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS (*)

(*) La *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* se honra en reproducir el trabajo anterior que su autor brindó a la misma con motivo del centenario de la Ley Hipotecaria (número extraordinario, 1961).

“Introducción y Parte General” en la obra del profesor Castán (Derecho civil español, común y foral)

I

Se ha escrito tanto sobre la persona y personalidad de don JOSÉ CASTÁN, que parece un atrevimiento el intentarlo de nuevo.

No obstante, a mi parecer, existen dos razones fundamentales para volver sobre su persona y su obra: la primera, es que siendo este año de 1989 el centenario de su nacimiento, la mejor forma de celebrarlo es recordar al ilustre maestro en lo que fue en su condición de hombre, y la otra, profundizar en su obra científica, incitando a su conocimiento, que sigue siendo modelo en muchas cosas. Y es conveniente hacerlo así porque si su aportación a la ciencia del Derecho ha sido fundamental en este siglo, este resultado no es más que un reflejo de su persona: era un trabajador incansable, poseía una inteligencia que sólo han disfrutado los grandes juristas latinos, y ejercía una prudencia —virtud moral inapreciable— que define lo que era como hombre y lo que hizo como científico.

Ante este reto de honrar su memoria, caben distintos planteamientos. Voy a elegir un sistema que, queriendo imitar su estilo sencillo, sea un recuerdo a su contribución a la enseñanza del Derecho y una apretada síntesis de las ideas que sobre materias fundamentales mantuvo en su llamada «Introducción y Parte General del Derecho Civil».

II

El tema de la enseñanza ha estado presente siempre. Ahora, en nuestro tiempo, aun más porque está en crisis. La masificación actual ha creado una situación que se puede calificar, sin temor a exagerar, de grave. El

diagnóstico es claro y cómo salir de la crisis no parece fácil. Hay una especie de conocimiento general de las deficiencias y también pocas esperanzas colectivas de que se arregle.

En la crisis han influido, como es lógico, varios factores. No es este el lugar de analizarlos ni tampoco es el sitio adecuado para tratarlo en términos generales. Unicamente caben unas reflexiones limitadas a la enseñanza del Derecho y especialmente dedicadas a lo que significa la figura del profesor CASTÁN.

Sus biógrafos insisten en su calidad de maestro. Quizá en este carácter de enseñante se engloba toda su personalidad. Fue su vocación y le llamó con tal fuerza que en toda su actuación humana y científica no hizo otra cosa que enseñar. Fue un esfuerzo en beneficio de los demás que junto a su equilibrado carácter dio un resultado espléndido. Y esta vocación de enseñar (enseñar con sencillez y modestia) es precisamente lo que ha definido no sólo su obra doctrinal sino también su labor en la jurisprudencia, su actuación en las comisiones legislativas, sus discursos de apertura de los Tribunales y en todas las facetas ligadas al Derecho en las que actuó.

Era biológicamente un maestro. No se si él se dio cuenta exacta de su forma de ser natural. No puede ocultarlo en ninguna parte de su actuación, ya que el arte de enseñar aflora en todo lo que hace, a veces tímidamente, siempre con modestia, y en la lógica de su sistema, dando entrada a las innovaciones que recoge con precisión y claridad.

Hay un dato que suele pasar desapercibido cuando se habla de la enseñanza del Derecho y que tiene repercusiones prácticas importantes, la mayoría de las veces negativas. Me refiero al rechazo, casi instintivo, del alumno a la exposición dogmática o abstracta de las instituciones, cuando sin saber prácticamente nada de la materia tiene que adentrarse en un mundo desconocido para él.

Es un hecho comprobado por la experiencia que, salvo casos excepcionales de vocación muy definida, la mayoría de los que empiezan los estudios universitarios en las Facultades de Derecho muestran una cierta indiferencia por las materias que estudian. Es decir, se produce una situación de pasividad, como recibiendo de mal talante el estudio que les impone cada asignatura, sin más anhelo que pasar los exámenes, con un sistema de aprendizaje memorístico, sin calar en nada y sin darse cuenta del entronque del Derecho con la vida. Estudiar así el Derecho, hay que reconocerlo, además de poco práctico, tiene que ser muy duro.

A esta situación se ha llegado por la concurrencia de varias circunstancias entre las cuales indudablemente se encuentra el número excesivo de alumnos por profesor que hace casi imposible un sistema normal de enseñanza, personalizado, que desarrolle vocaciones y enseñe ciencia. Pero

entre las otras circunstancias que han influido negativamente, a mi juicio, ha sido también lo que podemos llamar el afán de novedad. No quiero decir negar el avance de la ciencia, ni mucho menos, ni la exposición razonada de lo nuevo. Me refiero concretamente a que a veces al enseñante le sobran novedades y le falta enseñanza de las bases. Es como construir la casa por el tejado, empezando el apoyo en el aire. Y se da esta situación porque el que sabe de la materia, por ser un alto especialista en ella, cree que el que tiene que aprender, sabe aproximadamente como él, lo que no es cierto. Lo pedagógico es enseñar de menos a más, explicando los cimientos y las estructuras para que los conceptos básicos queden claros, aunque sean elementales, y después, revestirlos con la última doctrina y si queremos hasta con la última moda (aunque la moda, por definición, es pasajera).

Basta sólo ver ciertos tratados de Derecho civil, o parte de ellos, para darse cuenta que el autor presupone un conocimiento en el estudiante que no existe. Es como si se partiese de la premisa, por ejemplo, de que todos los españoles se saben el «Castán» y a partir de aquí, yo apporto mis teorías.

Ante este problema puramente pedagógico, de enseñanza, cabe la pregunta clave, ¿qué hizo don JOSÉ CASTÁN? Pues don José aportó la lógica del realismo a la enseñanza. Enseñó de menos a mas, de forma clara, citando prácticamente toda la bibliografía existente sobre lo que estudias; da su opinión moderada de las «opiniones»; te entrega una síntesis de ellas. Y a veces no completa el ciclo para que tu opines, y te aporta para discurrir qué se pensó en el Derecho romano, en el Derecho intermedio, en algún Código extranjero, qué dice la doctrina, y lo fundamental, qué dice nuestro Código Civil, y la jurisprudencia.

He dicho que enseña de forma clara no sólo en los conceptos sino también en el lenguaje; su transparencia en las ideas y en las palabras es proverbial. Su lenguaje escrito es modélico. Cuantas veces ante preguntas básicas de algún principiante, he contestado que lo estudiara por «el Castán» y que si no lo entendía ya le explicaría. Pocos han pedido más explicaciones.

Otra cuestión es la profundización en vertical y horizontal sobre un problema concreto que iniciado en un tratado no queda completo por la misma naturaleza del sistema que adopta el autor. Hay que acudir a estudios o monografías especializadas para completar su comprensión. Pero un buen tratado, además de incitar a mayor estudio, más completo, acudiendo a otras fuentes, debe contener el germen de los problemas que no trata de forma exhaustiva. En la obra del profesor CASTÁN está el semillero de tantas ideas que parte de la evolución posterior de la doctrina se ha basado en aportaciones suyas. Si se ha dicho que su obra «ha

cubierto sistemáticamente todo el Derecho civil» (ver *Estudios en su Homenaje*, FUENMAYOR, SANCHEZ REBULLIDA, pág. XXI) no ha existido parte de este Derecho que no esté expuesto con «ese incomparable poder de síntesis», con esa claridad inconfundible, con ese sello especial del maestro, que dominando lo que enseña no sólo se limita a informar sino que también influye en el pensamiento, en la forma de ser del que aprende. Es decir, creando escuela que entraña informar y formar. Y este criterio prudencial de enseñar el Derecho que don José hizo de forma natural ha tenido influencia en gran número de juristas, que aprendiendo su estilo, han llevado la ciencia jurídica en nuestro siglo, a cotas equiparables a los mejores maestros europeos.

III

Estas breves líneas de agradecimiento a su obra, resaltando lo que creo se merece como maestro, nos sirven de preámbulo para intentar, con todas las limitaciones que lleva el no poderlo hacer más extenso, las aportaciones y criterios fundamentales que dejó escritas en la llamada Introducción y Parte General.

La exposición en su obra sobre el concepto del Derecho abarca un amplio arco descriptivo que intentando determinar su esencia, arranca del sentido clásico y popular de la palabra, por su vía etimológica, y deducida de la idea de orden. Aunque reconoce que todas las escuelas han aportado algo útil a su concepto, se queja de que la mayoría, sobre todo a partir del siglo XVII, rompen o relajan los vínculos del Derecho con la moral. Para el profesor CASTÁN «el secreto de un buen sistema jurídico radica en la conciliación del elemento metafísico y ético con el histórico-social».

Ya en el año 1947 aportó dos importantes estudios (*Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho* y *La noción del Derecho a través de los sistemas filosóficos jurídicos tradicionales y modernos*), que completó en 1950 con su conocido estudio sobre *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*.

En toda su teoría sigue fielmente la tradición jurídica española de nuestros grandes clásicos, que a modo de elemento permanente, para que no deje de ser Derecho, «es, a un mismo tiempo escalonadamente, norma moral, norma social y norma imperativa».

Reconociendo la dificultad de su definición y bajo una finalidad didáctica y evocadora (sin las estrecheces de las definiciones puramente lógicas), da una nueva definición en síntesis: «la ordenación moral, imperativa, de la vida social humana, orientada a la realización de la justicia». A continuación expone una fórmula más descriptiva como «la ordenación de las

relaciones sociales mediante un sistema de normas obligatorias fundadas en principios éticos y efectivamente impuestas o garantizadas, o susceptibles de serlo por la voluntad imperante de una comunidad organizada (incluso —en sus formas positivas más perfectas— mediante el ejercicio de la coacción, en cuanto sea posible y necesario) que, a través de las decisiones y de los hechos diversos en que tales normas se traducen, regulan la organización de la sociedad y las relaciones de los individuos y agrupaciones que viven dentro de ella, para asegurar el conseguimiento armónico de los fines individuales o colectivos».

Late en estas definiciones un anhelo que intenta como fórmula omni-comprendensiva: una buena definición debe hacer referencia a todos los elementos esenciales e incluso al fin supremo que justifica su existencia, y debe comprender a todo el Derecho en sus diversos aspectos. Cuando explica la definición última, resalta que la función del Derecho es de armonía entre los fines individuales y colectivos, ya que el bien social presupone la perfección del todo por la existencia, desenvolvimiento y perfección de cada una de sus partes.

Sabia advertencia para evitar radicalismos, e incluso una buena guía de navegantes para el político.

En el resto de las páginas que dedica al concepto del Derecho señala sus caracteres (internos-externos), a las clasificaciones del Derecho, de las distintas ramas del Derecho privado, tratando con gran rigor la posible autonomía de alguno de ellos.

Merece la pena destacar la extraordinaria síntesis que hace sobre el Derecho natural y el Derecho positivo. Recogiendo las ideas del trabajo *En torno al Derecho natural (esquema histórico y crítico)* que publicó en 1940, reivindica su existencia y aclara perfectamente la posición *ius naturalista*, y al que define como una especie de esencia normativa.

La Sección segunda de su obra «Introducción y Parte General» está dedicada al Derecho civil en general y al ordenamiento civil español. Empieza con el concepto y naturaleza, contenido y su formación histórica. Y sigue con los rasgos distintivos del Derecho civil español, su función, fuentes y elementos de su formación. Pasa después a la codificación, al estudio de nuestro Código Civil y a los derechos Forales.

Repetir esto para muchos lectores, me atrevo a decir que para la mayoría, es recordarles con nostalgia sus tiempos de estudiantes u opositores.

Respecto al concepto del Derecho civil empieza expresando la dificultad de dar uno científico del mismo, afirmando que es una entidad de elaboración histórica y que para estudiar su sentido actual, hay que acudir a su génesis y evolución. En el concepto actual, después de explicar su idea fundamental en el Derecho romano, Edad Media y Edad Moderna (que

pasa a ser un Derecho privado propio de cada pueblo) y que ha sufrido separación de ciertas ramas como el Derecho mercantil, laboral, etc., lo considera como un Derecho privado general. No se conforma con dar su criterio y añade las distintas definiciones de los autores que para mayor claridad clasifica en fórmulas descriptivas y fórmulas sintéticas.

En cuanto a su contenido, en una posición global que recoge innovaciones y rechaza explícitamente ciertas posiciones disgregadoras, considera que las grandes instituciones que abarca el Derecho civil son: la personalidad (que da lugar al Derecho de la personalidad); la familia (separándose de la conocida posición del profesor CICU); la asociación (que daría lugar a lo que podía llamarse Derecho privado corporativo); el patrimonio (que se subdividiría en Derecho de cosas y Derecho de obligaciones) y terminando con el Derecho de sucesiones que regularía la sucesión hereditaria. A continuación advierte que no todas las instituciones y materias que enumera están perfectamente deslindadas y organizadas por el Derecho civil actual, científico o legislativo, terminando su opinión que en la presente concreción histórica se pueden reducir las materias que lo comprenden a las clásicas de la personalidad, la familia, la propiedad, la contratación y la sucesión *mortis causa*.

La parte dedicada al Derecho civil español, precedida de un completo estudio de la formación histórica del Derecho civil en general, es de las más extensas y completas de su «Introducción y Parte General».

Empieza explicando las características externas e internas de nuestro Derecho; presenta un esquema de las principales fuentes desde los tiempos primitivos a la época moderna y continúa con los elementos que han intervenido en su formación.

Hoy, después de tantos años de la primera lectura, ahora ya sin el problema del tiempo al tener que condensar lo que llamamos los antecedentes históricos, te reconcilas con la historia del Derecho y entras como en un deseo curioso de llegar a las genuinas fuentes o a los comentaristas especializados, sobre todo incitado por las extensas notas a pie de página que explicando las antiguas instituciones aportan las teorías de los autores, como es lógico, a veces no coincidentes.

Antes de entrar en la historia de la codificación en España, expone unas ideas generales sobre la codificación moderna en el Derecho civil, poniendo de relieve las ventajas y los inconvenientes de las mismas que enfrentaron en dura polémica a THIBAUT y SAVIGNY en Alemania a principios del siglo XIX. Apunta que la codificación moderna, siguiendo ideas del profesor PÉREZ SERRANO, muy unida al movimiento constitucionalista, se caracteriza por sus finalidades político-sociales en el sentido de la secularización del Derecho, unidad de legislación, emancipación del individuo y de la propiedad individual. Termina con una opinión de GLASSON,

que quizá también resuma sus ideas, en el sentido de que la codificación moderna ha dado el triunfo a la familia germánica (aunque debiera decirse mejor a la familia cristiana, apostilla CASTÁN) sobre la familia romana, y a la propiedad romana sobre la propiedad germánica o feudal. «La familia romana ha sucumbido porque era incompatible con la independencia del individuo; la propiedad romana ha sobrevivido porque asegura mejor la libertad del individuo que la propiedad colectiva de los germanos.»

Parece que hay una advertencia de que en la historia de nuestra civilización sólo perdura lo que asegura mejor la libertad del hombre.

Antes de entrar en la historia española de la codificación, dedica un extenso apartado a la codificación civil extranjera comprendiendo en una visión general los principales Códigos del mundo, desde un punto de vista crítico y expositivo.

Son de destacar los estudios dedicados al Código francés, al alemán y suizo, así como al grupo americano.

Siempre me llamó la atención la desmesurada extensión del Código Civil argentino, que aprendí en el Castán, llega a los 4.051 artículos, obra notable de VÉLEZ SARSFIELD que dedicó al mismo cinco años de su vida. Recuerdo que en el año 1979 en visita a la Facultad de Derecho de Córdoba, acompañado de nuestro buen amigo Catedrático de Derecho civil en aquella Facultad LUIS MOISSET DE ESPANÉS, hice un comentario irónico al contemplar en una vitrina fotocopias de los originales del doctor VÉLEZ: pensaba que si fuera en España eran muchos artículos para un solo opositor.

La historia de la codificación civil en España y la publicación del Código la aborda con el rigor y la claridad que en él es como su segunda naturaleza. Por ser tema de sobra conocido y que muchas generaciones de juristas saben de memoria voy a centrar esta parte en su apreciación crítica del Código Civil. Dice que ciertamente no merece un juicio enteramente favorable..., pero no deben ser exagerados sus defectos ni olvidados sus indudables aciertos. Se refiere a los dos aspectos fundamentales de los cuales puede y debe ser juzgado nuestro Código: el de la técnica legislativa y el de la política legislativa, y lo hace con la medida tan característica.

Desde el punto de vista de su técnica le achaca los defectos generales de los Códigos latinos, y alaba lo que resplandece de una técnica sencilla, práctica y popular.

En cuanto a política legislativa supone un progreso en la vida jurídica española, aunque no está de acuerdo con la Ley de Bases de 1888 que intentó, por vía de transacción, conciliar cosas que son inconciliables y que dieron lugar a la fórmula de los Apéndices Forales.

Lo que significó su influencia en los resurgimientos de los llamados

Derecho forales, sobre todo después de la guerra civil de 1936 a 1939, ha sido reconocido unánimemente ya que culminando con su presidencia de la Mesa del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza en 1946 y partiendo de su concepto de estos Derechos que los consideraba a la mayoría como sistema de Derecho completos, autóctonos, que responden a unos principios generales (en contra principalmente del criterio mantenido por el profesor DE CASTRO), su influencia fue decisiva en su resurgimiento.

Quizá su origen aragonés le permite comprender en profundidad a las instituciones forales. Comentando los antiguos artículos 12 y 13 del Código Civil preparó su renacimiento que culminó con la publicación de las vigentes Compilaciones.

La verdadera Parte General de su obra empieza con el estudio de la norma jurídica. Comprende, en extensos capítulos, su naturaleza, cómo se origina, su aplicación y su extensión.

Son clásicos su concepto de las fuentes del Derecho en el que hace estudios completos y ordenados principalmente de la Ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, usos sociales y convencionales, la equidad y la jurisprudencia.

A continuación pasa a exponer la aplicación y elaboración del Derecho, estudiando las distintas fases de la comprobación, de la existencia y legitimidad de la norma, su interpretación, investigación correctora e integradora, terminando con un epígrafe dedicado a la participación judicial y a la de Notarios y Registradores de la Propiedad en su elaboración y creación.

Son muy conocidos sus trabajos sobre este último epígrafe que colocamos por orden de fechas: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho* (1946); *La formulación judicial del Derecho* (1954); *Influencia de la Ley Hipotecaria sobre la renovación del Derecho y la cultura jurídica en nuestra patria* (este último publicado en el número extraordinario de esta REVISTA que conmemoraba el Centenario de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861).

Sus opiniones han servido de orientación a muchos trabajos jurídicos posteriores que partiendo de la base de sus planteamientos (son funciones legitimadoras, autenticadoras y constitutivas de los derechos) han delimitado una materia que huérfana de doctrina y comprensión no alcanzó altura científica hasta que don JOSÉ CASTÁN empezó a desbrozar el camino de separar y clarificar su esencia. Decía que estas funciones no son creadoras de derechos ni del Derecho objetivo, que eran simplemente colaboradoras en la producción de éste, siendo parte importante en el proceso dinámico de creación del orden jurídico, a través de los procedimientos interpretativos e integradores, legalizando y modelando los actos

jurídicos, dentro de las categorías de los nuevos tipos o figuras de relaciones jurídicas. Y únicamente pueden alcanzar un valor normativo —cuando sean reiteradas y obtengan general aceptación— si llegan a formar el material o ingrediente básico con el que se forma la doctrina o jurisprudencia de la Dirección General de los Registros, y ellas «pueden ser la base de costumbres jurídicas o usos jurisprudenciales que, a la postre, con mucha frecuencia, llegan a ser acogidas por el propio legislador, convirtiéndose en normas de perfecto Derecho positivo».

Decía antes, que el vacío doctrinal sobre las funciones notariales y registrales, limitados sus estudios en aspectos parciales, concretos, de las mismas, no definían una panorámica de su esencia. Se ha llegado después a entender que faltaba un entronque primario o constitucional de donde nacen. Pero para llegar a este criterio, paso a paso, era necesario que antes, como hizo el profesor CASTÁN, enseñara que eran funciones legitimadoras, autenticadoras y constitutivas de los derechos, y que ahora nos diéramos cuenta que se entroncaba en el principio de la seguridad jurídica que hoy recoge nuestra Constitución en el art. 9.2.

Solamente por la aportación que hizo, en fórmula magistral, a estas materias es normal que muchas generaciones de juristas que han dedicado su vida a una actividad que él entendió perfectamente, sean deudores moral e intelectualmente de lo que supo enseñar. Su magisterio, en este sentido, avalado por su recia personalidad de hombre bueno, ha influido en etapas posteriores en las que aparecía el viejo aforismo de que los árboles no dejan ver el bosque.

Continúa su Parte General con la eficacia general y extinción de las normas jurídicas, de su actuación en el tiempo y en el espacio. Los temas de Derecho intertemporal o transitorio, Derecho internacional privado y Derecho interregional han sido una parte fundamental para opositores de todas las ramas que se han encontrado con unas lecciones claras, fundamentadas, prácticas, inimitables. Quizá sea dentro de la especialización que estas materias significan (y por ser algo ajenas al puro Derecho civil) donde el profesor CASTÁN manifestó un mayor esfuerzo de síntesis. Repetir «la guía» de su seguro magisterio parece superfluo.

La continuación de la Parte General encuadra la teoría de la relación jurídica y el derecho subjetivo. Explica la naturaleza, estructura y vida de los derechos subjetivos, que con varias subdivisiones, abarca la totalidad de su biología, de su conservación y protección, modificación, transmisión y pérdida.

Sobre el concepto del derecho subjetivo le parecen absolutamente repudiabiles las teorías que niegan la existencia de los mismos, o las que intentan cambiar dicho concepto por otra terminología como el de situación jurídica, esto último por ser más vagos e imprecisos dichos términos, y en

cuanto a lo primero porque adolecen de un fondo positivista inaceptable.

Su concepto del derecho subjetivo es sincrético ya que las múltiples teorías sobre su esencia han aportado cada una de ellas los distintos elementos que lo integran: la voluntad, la facultad o poder jurídico (de obrar y de exigir), el elemento normativo y los medios de defensa.

Dentro del ejercicio de los derechos la influencia decisiva del profesor CASTÁN se encuentra en el estudio de los límites intrínsecos. Formula una teoría sobre el abuso del derecho que a través sobre todo de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 (en la que fue ponente) admitió de forma clara y sin duda su existencia, condicionando la jurisprudencia posterior y llegando a ser norma legal en la reforma del título preliminar del Código Civil en 1974, que en el artículo 7.2 la recoge de forma expresa.

La citada Sentencia de 1944 es un modelo de rigor científico que ya está en la historia de nuestro Derecho como quizá la más conocida de la jurisprudencia española desde la creación del Tribunal Supremo. Con una claridad y una técnica insuperables recoge los elementos esenciales integrantes del abuso del Derecho de una forma completa, rompiendo viejas posturas jurisprudenciales y superando distintas posiciones doctrinales que sobre tan debatido tema se habían producido en la doctrina europea.

En el amplio arco de los capítulos que dedica a los sujetos del Derecho, empezando por los conceptos de persona y personalidad, su comienzo y fin, sus signos de individualización y la sede jurídica, destaca lo referente a su capacidad y las circunstancias modificativas de la misma, así como aquellas situaciones que influyen sobre la condición jurídica de la persona (religión, parentesco, nacionalidad y regionalidad, así como la incertidumbre de su existencia) terminando con los derechos de la personalidad, la exposición de la teoría de las personas jurídicas y el estudio del Registro Civil.

En esta parte de la obra es donde más resalta un increíble dominio del Código Civil y la de la legislación complementaria del que hace alarde el profesor CASTÁN. Conocido el sistema de ordenación de nuestro Código que sigue esencialmente el modelo francés, y estudiando especialmente las causas modificativas de la capacidad, así como aquellas situaciones que influyen en la condición jurídica de las personas, hace una labor de ordenación de preceptos aislados de los distintos libros del Código que da la sensación de recomponer notas diversas para ordenar una sinfonía.

La clarificación del Código a partir de su obra ha sido esencial para, con rigor científico, lograr una estructura doctrinal, lógica, para una comprensión total del mismo. Solamente por esta aportación sistemática merece el agradecimiento de los juristas que hemos aprendido en sus libros.

El objeto del Derecho, el estudio de las cosas, los conceptos de frutos,

gastos y mejoras, así como la teoría del patrimonio, constituyen la segunda parte de la estructura del derecho subjetivo.

Sobre el patrimonio resume su conocido trabajo «En torno a la teoría del patrimonio» que publicó en la *Revista de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia* entre los años 1950 y 1952. Empieza reconociendo las incertidumbres jurídicas que su concepto plantea y se decanta, una vez más, por una posición armónica considerando que se halla constituido por los derechos y las obligaciones, y sólo las relaciones jurídicas de carácter económico forman su contenido.

En contra de la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER no admite la transmisión del patrimonio personal en su totalidad *inter vivos*, basándose en una interpretación en la que contrapone los preceptos del Código Civil sobre la sucesión *mortis causa* y las normas aisladas sobre donaciones, de lo que deduce que la transmisión del pasivo, las deudas, siguen un curso diferente en cada supuesto.

Después del objeto del Derecho pasa a exponer la teoría del hecho, el acto y el negocio jurídico. Empieza afirmando que esta teoría es un producto valioso de la sistemática moderna teniendo su origen en el *Sistema del Derecho Romano*, libro segundo, de SAVIGNY que formuló la doctrina general de los «hechos jurídicos», habiendo producido sobre todo en la doctrina de Italia y Alemania una rica literatura.

Su estudio del negocio jurídico abarca desde la teoría general, elementos esenciales y accidentales, la representación, su interpretación, hasta la prueba e ineficacia de los mismos. Resalta, vuelve a insistir, la importancia de ellos en la técnica y la vida en el Derecho privado, representando el imperio de la voluntad de los particulares, siendo la parte más importante de las relaciones jurídicas entre los hombres.

Como los Códigos latinos no contienen una parte general del negocio jurídico hay que inducir sus reglas de los artículos que dedican a los contratos y testamentos para extender sus normas a todos ellos, estén o no previsto en la norma, lo que hace al estudiar a continuación sus elementos tanto esenciales como accidentales.

Lo que insiste en la definición que propone es en la concurrencia de todos los elementos que lo constituyen, para recoger en una fórmula que considera completa las distintas posiciones mantenidas por la doctrina (subjetivista y objetivista) y lo define, «el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el Derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que dicho ordenamiento establece».

De la explicación de su definición se deduce que considera cerrado dogmáticamente su concepto, acercándose a posiciones realistas que huyen

de abstracciones generalizadoras o de aquellos que confunden al negocio jurídico con alguno de sus elementos que lo integran.

Siguiendo con los elementos esenciales del negocio jurídico entra en el estudio de la causa y la posibilidad de los negocios abstractos en nuestro ordenamiento, materia, sobre toda la última, en la que se nota una marcada influencia de las opiniones de los Profesores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER y que en nuestros días sentada y más pacífica la doctrina parecen superadas. No obstante, su aportación sistemática sobre su concepto, distinción entre causas y motivos y las consecuencias de la falta de causa junto al estudio del enriquecimiento injusto, hacen aprovechables sus enseñanzas que intentan aclarar una de las materias más difíciles e intrincadas del Derecho privado.

Termina el estudio de los elementos esenciales con la forma del negocio jurídico explicando históricamente su progresiva debilitación y las oscilaciones posteriores, pasando a exponer de forma exhaustiva las listas de actos formales, que cualquier opositor que se precie aun se sabe de memoria.

A los elementos naturales del negocio jurídico sólo les dedica unas líneas de la Parte General ya que prefiere hacerlo, con gran lógica, en cada negocio en particular, lo que lleva a cabo en la totalidad de su obra con gran precisión.

De los elementos accidentales, condición, término y modo, hace un estudio concreto recogiendo parte de la doctrina italiana, y remitiéndose a los capítulos particulares en donde se estudian con más detenimiento.

Termina el estudio del negocio jurídico con la teoría de la representación, de la interpretación, de su prueba y de su ineficacia, cerrando la llamada Parte General con la influencia del tiempo en el nacimiento y extinción de los derechos, fijándose especialmente en la figura de la prescripción extintiva, sin olvidar los conceptos de caducidad, el plazo preclusivo, el no uso y la prescripción inmemorial, que expone tanto desde el punto de vista del Código Civil como de los Derechos Forales.

Son textos tan conocidos que cualquier comentario sobra. Solamente observar que en los epígrafes que dedica a la prueba se nota su mentalidad de Magistrado práctico en intentar desde precisar su concepto dentro de su acepción de medio (los medios de prueba) o su acepción de fin (la prueba en sí misma), y a no considerar adecuadas las posiciones que defienden la absoluta libertad del Juez, en la distribución de la carga de la prueba y el acudir a un sistema intermedio de no dar valor de normas absolutas a las reglas que las regulan, ya que las circunstancias del caso pueden hacerlas cambiar notablemente, distinguiendo a continuación entre lo que son la admisión de los medios y su valoración.

Terminando de releer los dos volúmenes de la Introducción y Parte

General surge una especie de agradecimiento a su obra por su claridad y por su sistema. Da la sensación de haber tenido a un buen amigo al lado que hacía por tí los temas, aportando sus conocimientos y dándote las citas de la doctrina y de la jurisprudencia para que te sirvieran de apoyo en tu comprensión del Derecho.

Su personalidad ha sido estudiada bajo tantos puntos de vista que parece difícil añadir alguno que descubra algo nuevo. Pero sí conviene recordar alguna de sus características más importantes de su obra que definen su recia personalidad.

Sobresale en su obra una continuidad asombrosa. Dice HERNÁNDEZ GIL (*Juristas españoles de nuestro tiempo*, Madrid, 1973, pág. 97) que desde el primero de sus libros *La crisis del matrimonio*, 1914, hasta el último de sus estudios *Los derechos del hombre*, 1969, se aprecia la subsistencia del mismo esquema mental, sin debilitamiento ni concesiones.

Su lenguaje es tan claro que transmite el mensaje sin retórica. Si se hace la prueba de intentar en sus escritos alguna palabra que dentro de su significado pueda prestarse a equívocos, se llevaría el lector la sorpresa de no encontrarla. La construcción gramatical es tan transparente que tiene el encanto especial de las cosas sencillas. Ni aun cuando expone, critica o sintetiza altos conceptos filosóficos, sociológicos o jurídicos, pierde esta natural forma de escribir que sólo los grandes maestros del idioma se permiten.

Su pensamiento sobre la filosofía y esencia del Derecho ha clarificado muchas posiciones de las escuelas que defendiendo posiciones aparentemente inocuas habían introducido confusiones en conceptos básicos que deberían ser permanentes. Tiene el mérito el profesor CASTÁN de haber quitado el apellido a muchos «humanismos». Como puso de relieve el profesor MARTÍNEZ VAL, en la solemne sesión de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia que se celebró en su homenaje el 12 de junio de 1989, conmemorando el centenario de su nacimiento, fue el profesor CASTÁN un humanista esencial que supo aunar un humanismo moral y práctico, como actitud vital de comprensión y tolerancia, defendiendo (esto es precisamente lo permanente), a la persona. Toda la obsesión de su obra es la visión de la dignidad de la persona como el centro del sistema. Tal vez su carácter de civilista le influye en esta posición permanente de su forma de pensar.

Podía pensarse que sus doctrinas estaban ancladas en un conservadurismo arcaico. Nada más lejano de la realidad. Si ha dicho HERNÁNDEZ GIL que «pocos juristas hay tan sensibles como CASTÁN TOBEÑAS a las demandas de la transformación y el cambio, lo mismo en los reductos intelectuales que en el campo de la vida y de la convivencia» (*obra citada*, pág. 101), lo cierto es que en su obra recoge con simpatía las doctrinas

progresistas, apreciándose en su pensamiento «un incesante afán de conquista y perfeccionamiento para el logro de la más equilibrada y concorde distribución de bienes, del establecimiento de los deberes y de la configuración de las relaciones. Sin embargo, no se le oculta que el progreso, en un sentido auténtico y profundo, no debe tomar la exclusiva dirección de lo material, lo tecnológico y utilitario, sino que ha de llevarse a cabo, para ser completo, bajo el signo de los valores espirituales que la tradición ha ido decantando como exponentes de la civilización occidental. La piedra clave está constituida por el respeto a la dignidad de la persona...». Hermosas palabras de HERNÁNDEZ GIL que reconoce en su persona, en su pensamiento, una mentalidad abierta a la evolución natural de la vida y de la ciencia, pero advirtiéndole que queda algo permanente que es la persona, su dignidad, que es lo fundamental, compaginando sus derechos con el bien común de la comunidad.

La obra del profesor CASTÁN ha sido un intento de armonía. A veces se ha confundido su esfuerzo armónico con una falta de criterio personal sobre determinados problemas en la que no se daban soluciones tajantes. Dice HERNÁNDEZ GIL (*obra citada* en la pág. 106) que la obra de CASTÁN se produce en unos momentos de fiebre, dispersión y lucha metodológica... y que «con la probidad y el rigor eruditos que siempre le caracterizan, otea el múltiple panorama en que se produce de unos y otros, se atiene a las exigencias del ordenamiento positivo y ofrece un diagnóstico presidido por el criterio del buen sentido con el propósito de reconducir todas las riquezas germinadas por los pluralismos divergentes hacia un conjunto armónico con todas las ventajas de la trabazón y la unidad...».

El buen sentido, ahí está la clave. Sólo hay que recordar las veces que en sus escritos, después de recoger diversas opiniones doctrinales, afirma que cada escuela, cada autor, cada doctrina, ha aportado algo al esclarecimiento de la materia y que, por tanto, han contribuido positivamente a la investigación, y aunque no comparta sus opiniones al final su criterio ha esclarecido cada institución y la hace ver desde un ángulo o perspectiva que abarca su totalidad.

La influencia de su pensamiento en el ordenamiento jurídico español ha sido importante, quizá la más importante de cualquier jurista del siglo XX. Basta recordar el momento difícil que pasaron los Derechos Forales por falta de un enfoque adecuado a su problemática, y la influencia decisiva que como expuse anteriormente, tuvo don JOSÉ CASTÁN en su resurgimiento.

Pero como además de su obra científica, que ya de por sí justifica una vida, actuó tanto en la fase de elaboración del Derecho, como Presidente de la Comisión General de Codificación, como en la de su aplicación como Magistrado y Presidente del Tribunal Supremo, su ciclo vital fue

tan fecundo que tanto en la elaboración de las leyes como en las construcciones de la jurisprudencia ha dejado huellas que por ser cuestiones permanentes existirán por siempre en nuestros Códigos. Sólo recordar, por citar algún ejemplo, que en el Título Preliminar del Código Civil las normas sobre la interpretación, sobre la equidad, la analogía, el fraude de Ley, la buena fe y el abuso del derecho, tiene un fuerte sabor castaniano.

Para terminar, quiero volver al principio. Dije antes que biológicamente era un maestro, supo ser un gran científico y Dios le concedió el arte de enseñar. Ciencia y arte se unieron en una persona excepcional, de una modestia y una ejemplaridad que encarnaba el humanismo moral y práctico que defendió. Supo dedicar su vida a su pasión que fue el Derecho. Basta observar la extensión de su obra y su calidad para entender que sin una pasión noble no sería posible que la mayoría de las horas de su vida hubieran estado dedicadas a defender la idea de Justicia a través del Derecho.

Aunque sólo hubiera sido por haber enseñado el Derecho con criterio prudencial merecería el agradecimiento de los juristas que aprendimos en sus libros.

Y por último, también quiero hacer referencia a la llamada historia y prehistoria de su Derecho civil, que en el apunte biográfico de FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA (*Estudios de Derechos Civil en su homenaje*, págs. XXII y XXIII) aparece esbozada con un dato que aclara sus orígenes. Cuando preparaba sus oposiciones a cátedra estableció una academia de opositores en unión de EDUARDO RUIZ CARRILLO. En 1922, siendo ya Catedrático, publicó un obra de 284 páginas en las que además de don José aparecen como autores JOAQUÍN GARRIGUES y FRANCISCO L. GOICOECHEA, obra ajustada al programa del primer ejercicio de oposiciones el cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal, que contestaba a un total de 53 temas. Poco después, publicó, él ya solo, las contestaciones al segundo ejercicio, más amplias, ya que contiene 400 páginas, denominada *Derecho Civil español y foral y de las zonas del protectorado de España en Marruecos*.

Después aparecen los dos tomos ajustados al programa para Notarías determinadas (1924 y 1925), varias ediciones de los mismos, y en 1941 los tres tomos para ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad que contestaba al programa de 26 de septiembre de 1940.

Quiero resaltar también con estos recuerdos el origen primario de sus libros en contestar a temas de oposiciones. Y también, porque es de justicia, que la altura científica alcanzada por algunos Cuerpos (principalmente Judicatura, Abogados del Estado, Notarios, Registradores, etc.) se deben al llamado cariñosamente «el Castán», que ha servido de guía a miles de opositores. Seguramente será su *Derecho civil* el libro de Derecho

más estudiado y leído en este siglo. Millones de horas han dedicado miles de opositores a tenerlos abiertos ante sus ojos.

La recompensa a su esfuerzo, es que hoy, desde el tiempo y el espacio que nos corresponde vivir, no hay nadie que en el fondo de su corazón no dé las gracias a tan insigne maestro.

ABELARDO GIL MARQUÉS
Registrador de la Propiedad

Castán y los Derechos Reales

SUMARIO: I. LA EXPOSICION SISTEMATICA DE CASTAN EN LA MATERIA —II. SU DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL DEL AÑO 1941 —III. LOS DERECHOS REALES —IV. SUS RELACIONES CON LA FUNCION CALIFICADORA.

I. LA EXPOSICION SISTEMATICA DE CASTAN EN LA MATERIA

El hecho histórico de que en el presente año se cumplan los cien del nacimiento del ilustre jurista don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS y que coincida su nacimiento en el mismo mes y año con la vigencia del Código Civil en su segunda edición, como puso de relieve BONET RAMÓN (1), vincula a los responsables de la publicación de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO a dedicarle un número «extra» en homenaje a su recuerdo. En la distribución de materias que han de constituir el trabajo me ha correspondido la que se refiere a los Derechos Reales, tan estrechamente vinculados al quehacer registral de la calificación: qué es lo que debemos inscribir como real y qué es lo que debemos rechazar por obligacional.

Antes, por supuesto, de penetrar en el estudio que el maestro hace, si quisiera apuntar cómo en esta materia —al igual que en el campo obligacional— destaca su exposición sistemática que hace viable el estudio de todo su contenido sin gran esfuerzo. Hay en todas las instituciones que toca un concepto una naturaleza jurídica, un fundamento, una evolución, un contenido, unos elementos, unos efectos y una extinción. Esta su exposición sistemática responde a su método jurídico. Creo que CASTÁN se ajusta perfectamente a lo que son su maestría habitual HERNÁNDEZ GIL apunta sobre el método (2). «¿Cómo se apodera, cómo se hace dueño el

(1) BONET RAMÓN, F.: «Semblanzas del ejemplar juriconsulto español excelentísimo señor don José Castán Tobeñas». *RDP*, 1968, pág. 9.

(2) HERNÁNDEZ GIL, A.: «Metodología de la ciencia del Derecho». *Obras Completas*, tomo 5, Espasa Calpe, 1988.

jurista de la materia jurídica?; ¿a qué reglas se atiene? La contestación esencial y última es esta otra: mediante la construcción jurídica. Partiendo de esa actitud inicial y hasta llegar a este último resultado se cumplen una serie de trámites que, en síntesis, y siguiendo a IHERING, pasamos a exponer. Toda la tarea de la técnica jurídica se comprendía —según IHERING— en dos fórmulas que resumen los medios en cuya virtud conquista el jurista el dominio intelectual sobre el Derecho: simplificación cuantitativa y simplificación cualitativa. He aquí el armazón en que se encierran todas las operaciones a desarrollar». Sigue explicando cómo la simplificación cuantitativa afecta a la selección de materiales. Su ley es la de la economía: hacer todo lo posible con el menor número de elementos. Se halla integrada por las siguientes operaciones: análisis de la materia, consideración lógica, orden sistemático, terminología jurídica, empleo hábil de aquello que existe. En el fondo es lo que hizo MIGUEL ÁNGEL en sus cuadros: quitar materia...

Pero no basta —sigue apuntando HERNÁNDEZ GIL— la simplificación cuantitativa, sino que es preciso llegar a la cualitativa. Para hacerse dueño de una materia —según la terminología de IHERING—, o sea, para llegar a su conocimiento, es preciso bajar también al elemento cualitativo, es decir, al orden interno, la simetría, la unidad de objeto. Aquí entra en juego la simplificación cualitativa. El derecho es cualitativamente simple cuando, perfectamente delimitadas las partes, se recomponen en su unidad.

Cualquier jurista que se acerque a CASTÁN —y hoy todos lo juristas «somos CASTÁN»— verá explicada esa forma utilizada metodológicamente por él a través de la explicación que he tomado prestada de HERNÁNDEZ GIL (3), el cual, en otra publicación, dice que CASTÁN «accede a las cimas del talento sistemático». Es eminentemente claro en el pensamiento, en el discurso y en la palabra y nada de lo que argumenta queda en la penumbra ni infunde dudas. Todo es penetrable. Su lucidez expresiva parece hecha de precisiones, sin retórica ni verbalismo. A través de las palabras persigue la fidelidad en la formulación de las ideas».

He querido utilizar este enjuiciamiento de la obra de CASTÁN por quien también es un gran jurista y porque, quizá, no pueda decirse tan bien lo que pretendo expresar ahora. Si para el jurista la obra tiene esos valores, es preciso explicar lo que la misma significó en ese duro camino de preparar oposiciones y luego ejercer la complicada profesión de Registrador de la Propiedad. Cuando uno termina la carrera se hace la foto de la orla y enmarca el título de Licenciado, se pregunta: ¿y ahora, qué? En

(3) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Juristas españoles de nuestro tiempo*. Madrid, 1978.

mi época no hubo dudas de ningún género: a estudiar oposiciones, fue la orden. Y allí, en aquel cenotafio por donde se adivinaban las primaveras, sólo existía una ayuda importante: el *Castán* y su claridad. Si yo lograse aprenderme todo esto, saco la oposición... y así fue. Cuenta la anécdota de que alguien preguntó a CASTÁN porqué no había sido Notario o Registrador, y él creo que contestó: porque para eso hay que saberse el *Castán*.

Es igual el libro que los temas que del mismo se sacan. Yo no he sido nunca —ni lo pienso ser— de un Tribunal de oposiciones, pero creo que si estuviera de juzgador sabría perfectamente el origen «castaniano» de los temas. Yo recuerdo haber oído la anécdota en un Tribunal que criticaba a un opositor que había logrado ser Notario de Madrid «sabiendo sólo el *Castán...*», pero hay qué ver cómo se sabía el *Castán* y cómo lo decía. Como Castelar.

Pero si aquellos libros fueron elemento decisivo para aprender Derecho y convertirnos en juristas —hombres no de leyes—, el *Castán* luego nos sirvió de libro de cabecera en esas tremendas dudas en las que el problema jurídico te «deja sólo ante el peligro», y, entonces, aparte de rezar al Cristo de los Temblores, echamos mano del *Castán*, y allí, entre líneas, vemos la diferencia que nos da la luz para encuadrar una institución: esto puede ser una donación y no una venta.

II. SU DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL DEL AÑO 1941

Me gustaría explicar un poco la base de la que parto para este apunte de cómo CASTÁN trató y enfocó la materia de los Derechos Reales. La edición que yo manejo es la del año 1941 (obra ajustada al programa de oposiciones a Notarías determinadas) que constaba de cuatro tomos y que era la quinta edición. Antes de ésta publico CASTÁN las que se ajustaban a Judicaturas, y en el año 1940 la que se ceñía a la oposición a Registradores de la Propiedad, que es su tercera edición. Comento esto, aunque yo tengo también la edición de tres tomos para Registros, pues tuve que ir alternando ediciones, ya que había que presentarse a unas oposiciones y a otras, dada la demora que, por entonces, comenzó a sentirse en las convocatorias. Los programas eran muy semejantes, predominando en el de Registros más el Derecho hipotecario y más el civil en el de Notarías, pero llegó un momento en que se unificaron o fueron muy semejantes y fue más fácil utilizar la edición de los cuatro tomos.

La verdad es que tanto la edición de Registros como la de Notarías la tengo desde que comencé la carrera. Había llegado a Valladolid y había visto en lo que era entonces la Librería de Lara las monumentales ediciones de SÁNCHEZ ROMÁN, MUCIUS SCAEVOLA, MANRESA y hasta mi tío, don

CALIXTO VALVERDE, me había regalado, poco antes de morir, su obra gigantesca. Es difícil describir lo que uno siente al emprender unos estudios universitarios y contemplar lo que debe estudiar para licenciarse. Recién salido de un bachillerato hecho a salto de mata, partido en gala por el acontecimiento de nuestra guerra civil, el choque es brutal. Claro que aquella angustia inicial, casi de sudores fríos, se amortigua viendo a los compañeros de clase. Si éste que tiene esta pinta de *ceporro* está en la Universidad, yo tengo que superar la prueba. Claro que el que tenía esa pinta de *ceporro* luego era de los primeros de clase... ¡Para qué te fies!

Pronto, muy pronto, apareció la noticia. Hay un libro que se llama *Castán* que es fenomenal y sólo tiene cuatro tomos. Y con él, debajo del brazo, me fui a la Biblioteca del Casino de Valladolid, donde alterné su lectura con la de la generación del 98. La verdad es que —aun estudiando sólo en primavera y leyendo el resto del año— uno iba aprobando la carrera, salvando esos grandes obstáculos que suponían tener, nada menos, que a SERRANO Y SERRANO de catedrático de Derecho civil. Y aquel viejo *Castán*, que hoy amarillea en sus páginas, me ayudó en la carrera y me hizo Registrador, y con estas líneas quiero rendir el tributo de admiración y el agradecimiento que merece el maestro.

III. LOS DERECHOS REALES

CASTÁN en su obra estudia los Derechos Reales y en su comienzo deja plasmada una frase que todo opositor la sabe de memoria: «Con frecuencia, como hace notar COGLIOLO, las investigaciones históricas nos demuestran que han tardado mucho en aparecer los conceptos que a nosotros nos parecen más elementales e imprescindibles...».

CASTÁN estudia sistemáticamente el concepto de los Derechos Reales, su diferenciación de las obligaciones, clases y caracteres, para luego ir exponiendo lo referente a la posesión, el dominio, el condominio, las servidumbres, el usufructo, censos, foros y la prenda, hipoteca y anticresis. Es decir, estudia lo que podíamos denominar la propiedad y los Derechos Reales conocidos o típicos de nuestro Derecho, rescatando del libro IV del Código Civil esas figuras que se encuadran dentro de las obligaciones y contratos, por razones del programa a que ajusta su exposición.

Antes de pasar a exponer lo que CASTÁN opina sobre cada una de las instituciones, sí quisiera adelantar que su criterio no es el que se ha llamado «eclectico», pues salvo en esa duda de la que luego hablo sobre la diferenciación entre Derechos Reales y obligacionales, en lo demás sus pronunciamientos son contundentes, afirmativos, con aportación personal y situándose no en puntos medios que equilibran balanzas, sino en decisiones

pensadas que ayudan a la comprensión de la institución. A medida que vayan apareciendo lo iré resaltando. Se le ha tildado de ese criterio ecléctico y el mismo parece desprenderse de las palabras que HERNÁNDEZ GIL (4) dedica a su forma de enfoque, aunque yo entiendo que ellas pueden servirme como argumento defensivo de mi postura: «cuando CASTÁN TOBEÑAS penetra en el bosque entretejido y acaso confuso de los pareceres heterogéneos y encontrados impone orden, delimita coherencias y antagonismos, descubre las afinidades y las contraposiciones hasta marcar la línea dominante, con lo que deja trazadas unas sendas por donde el tránsito resulta luego más fácil. No elude el parecer propio...».

Voy a reservar para el último apartado de este trabajo lo referente al capítulo I sobre Derechos Reales y obligacionales, pues es la materia que más estrechamente roza con la calificación registral a la que quiero dedicar un breve comentario. Por ello vamos a comenzar por la posesión hasta llegar a la hipoteca —curiosamente figuras antagónicas—, ya que una es el reconocimiento de un hecho material y la otra, al no tener contacto con la cosa, necesita de una institución publicitaria que la proclame. Ambas, sin embargo, llevan consigo una publicidad, más técnica la segunda y más primitiva la primera.

A) LA POSESIÓN

Entiendo que es muy difícil superar la forma expositiva de la discutida figura de la posesión con todos los respetos debidos a figuras como la de HERNÁNDEZ GIL que hizo monopolio de la materia, y digo esto porque, aparte de considerar o incluir a la posesión dentro de los Derechos Reales y de estudiar el concepto y su naturaleza, el fundamento y su protección, las especies y efectos, así como la adquisición, conservación y pérdida, situaba la postura del Código Civil, señalando que «en la forma o ropaje, esa concepción de nuestro Código Civil, amalgama de diversas y contradictorios sistemas, se inspira en gran parte en la teoría subjetiva de SAVIGNY, pero en la realidad, sin aceptar sus consecuencias prácticas. En el fondo, y para los efectos de la defensa posesoria, nuestro Derecho llega a la identificación entre la detentación y la posesión, tan radical y absoluta, cuando menos, como la que realiza el Código alemán, pues concede acciones posesorias, como lo revela el texto amplio de los artículos 446 del Código Civil y el 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo mismo a la posesión civil que a la posesión natural o simple tenencia».

A ello es preciso añadir su personal opinión sobre las definiciones que

(4) *Juristas...*, obra citada.

el Código Civil emplea y que, según su criterio, son: el Código aplica la idea de posesión lo mismo a las cosas corporales que a los derechos, suprimiendo el concepto de la *quasi posesion*, y que la posesión natural es el género y la civil la especie, exigiendo la primera sólo el *corpus* (tenencia o disfrute) y la segunda el *animus* (intención de haber la cosa o derecho como propia).

CASTÁN, en aquella edición no alcanzó la reforma legislativa que había de producirse en la legislación hipotecaria, donde, como todos conocemos, la posesión jugó un importante papel en un triple campo: el de ser negado su acceso a los libros registrales, el de presumir la existencia de la misma a través de los pronunciamientos registrales y el de establecer una cautelosa regulación para el proceso que la posesión genera aliada con el tiempo: la usucapión, superando, como dijera NÚÑEZ LAGOS (5), la política del gruñido y del zarpazo, aun y a costa de crear la híbrida figura que LA RICA configuró como el «tercero pluscuamperfecto» (6). CASTÁN, en esa edición, no llegó, pero sí estudió las relaciones de la posesión de bienes inmuebles con el Registro de la Propiedad y, singularmente, el artículo 462 del Código Civil y el 41 de la Ley Hipotecaria (anteriores a 1944-46), citando ya a pie de página varias monografías sobre el tema.

B) LA PROPIEDAD

El estudio que dedica a la propiedad lo encabeza con el título de *Dominio*, pero no elude la explicación: «Se discute mucho, especialmente en nuestra Patria, la relación que puede existir entre los términos propiedad y dominio. Entre los romanos tuvieron, al parecer, sentido diferente, aunque no muy preciso. Según DERNBURG, la palabra dominio era más extensa, pues llamaban los romanos dominio a lo que pertenecía al 'jefe de la casa', aunque se tratase de un usufructo. La palabra propiedad tuvo, en cambio, un sentido más estricto». En el Derecho moderno —sigue apuntando el autor— se invierten los términos y la palabra propiedad sirve para designar toda relación del hombre con la naturaleza y el dominio al poder pleno de una persona sobre una cosa del mundo exterior.

Resulta aleccionador ver que CASTÁN no elude el problema de la proyección social de la propiedad y, aunque los detractores de la postura del Código Civil incluyen en sus críticas a CASTÁN (sobre todo en el campo administrativista), lo cierto y verdad es que su posición es clarividente, no ya sólo al criticar la definición del Código Civil (art. 348), sino

(5) NÚÑEZ LAGOS, R.; «Realidad y Registro». *RGLJ*, 1945.

(6) LA RICA Y ARENAL, R. *Valor efectivo de la inscripción en la nueva legislación hipotecaria*. Conf. Col. Not. Valencia, 1948.

al proyectar el sentido histórico de la evolución y hablar de la proyección social del mismo. Prueba de lo primero es cuando dice: «A nuestro juicio, de lo único que hay que culpar al Código Civil es el de haber tenido la pretensión de dar una definición del dominio. Los Códigos no deben dar definiciones, pues éstas son la condensación de doctrinas y orientaciones científicas sujetas a una renovación constante. Si es individualista el régimen de la propiedad en nuestro Derecho, cúlpese de ello no a la definición del artículo 348, sino a los demás preceptos del Código y a las leyes complementarias que no acertaron a limitar convenientemente los derechos de los propietarios, armonizándolos con las exigencias sociales». Los administrativistas, a los que les cogió de sorpresa la Ley del Suelo de 1956, Ley que no se aplicó por la Judicatura y que fue posteriormente un hallazgo de la clase administrativa para lanzar sus construcciones, criticaron mucho tanto al Código, como a CASTÁN, sin querer ver que en aquella Ley del Suelo se incidía en los mismos términos «conceptuales» de la propiedad: *un conjunto de facultades*. La verdad es que la idea nacía de un Código napoleónico, basado en una Revolución, con el triple lema de la igualdad, la fraternidad y legalidad.

El segundo aspecto, el social, también es abordado por CASTÁN al considerar que encaja dentro de las nuevas proyecciones doctrinales que provocan «la reconstrucción del instituto, sobre la base de una diversa relación entre los varios tipos de economía y de la formación de un verdadero sistema de limitaciones recayentes sobre el propietario». Esta postura viene reforzada por otros trabajos posteriores en los que ya se vislumbra la idea de la *delimitación* de la propiedad, que hoy parece recoger la Constitución española en el artículo 22.1 (7).

La fidelidad a los principios inspiradores del Código Civil le impiden avanzar con proyecciones de futuro, en esas manifestaciones de la propiedad: la multipropiedad, las urbanizaciones, la figura del *leasing*, etc., pero no «cierra filas», cuando apunta problemas de comunidad entre propietarios de diversos aprovechamientos, en la medianería, entre propietarios y usufructuarios, copartícipes de una herencia indivisa, etc. Es decir, a CASTÁN se le podía exigir un comentario expositivo del Código Civil y hasta su posible proyección de un futuro, pero nada más, pues ya los aragoneses tienen suficientes predicciones con su famoso *Calendario Zaragoza*.

Los diferentes modos de adquirir la propiedad o el dominio, así como de pederlo, exigen de CASTÁN no sólo utilizar el libro II del Código, sino

(7) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *La propiedad y sus problemas actuales*. Discurso de Apertura de Tribunales, 1962.

también parte del libro III, y así, entre uno y otro, va reconstruyendo la teoría del título y el modo, la de la ocupación, la tradición, la accesión y la prescripción adquisitiva o usupación (materia que ya había desarrollado en la parte general al tratar del tema sobre la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas), la expropiación forzosa, la renuncia, la enajenación, la pérdida de la cosa, revocación, etc. Sería curioso ir descendiendo —concepto por concepto— a todos los enumerados, pero ello agrandaría enormemente estas notas. No obstante, por vía de ejemplo, podríamos citar el concepto de ocupación, preciso, técnico y difícil de superar, tomado de COLIN Y CAPITANT, que es el medio de adquirir la propiedad de una cosa que *no pertenece a nadie* o sobre la cual nadie formula reclamación, por medio de la *toma de posesión*, acompañada de la *intención* de hacerse propietario de ella. Lo mismo sucede con el concepto de tradición en el que, espurgando entre los autores, da con la definición precisa: «La entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad» (SOHM). Preciso, a más no poder, es el concepto que nos da la accesión: «El derecho por virtud del cual el propietario de una cosa hace suyo todo lo que ésta produce o se le une o incorpora natural o artificialmente». Podríamos seguir en ese conjunto de conceptos con los que restan, pero solamente quiero destacar el de expropiación forzosa y la teoría del título y el modo. El primero, por su actualidad «política» y, el segundo, por su relación con el Registro de la Propiedad:

— *La expropiación forzosa* —figura que discurre más por el campo administrativo que por el civil— es perfilada por CASTÁN con un rasgo característico: la indemnización, pues después de la definición que utiliza, aclara: «No hay que confundir la expropiación con la *confiscalización*, que implica una sanción penal y no va acompañada de indemnización». ¿Qué habría opinado don JOSÉ CASTÁN de ese concepto nuevo de la reprivatización?

— Resplandece en la teoría del *título y el modo* la postura personal que su autor da al problema, al decir que no hay en el Código una doctrina general sobre la misma aplicable a todas las adquisiciones de la propiedad, pero sí de una manera implícita en lo que respecta a las adquisiciones por contrato donde el artículo 609 del Código Civil es claro, así como en el 1.095 del mismo cuerpo legal (en otros muchos artículos sólo se habla de «título», 464, 470, 523, 540, 598, 1.952). Para el Código Civil en las adquisiciones derivativas el MODO es la tradición, pero téngase en cuenta que: 1.º La tradición está reducida a formalidades sumarias que hacen de ella una pura ficción; 2.º que la influencia de la Ley Hipotecaria introduce alguna alteración en el sistema, como la que representa el artículo 1.473 del Código Civil, que hace prevalecer la inscripción sobre la tradición. Es, en conclusión, el de nuestro Derecho, un sistema ilógico y sin base científica, que ni se ha atrevido a abandonar la teoría del título y el modo (como hizo el Código francés), ni tampoco la ha adaptado a

las exigencias modernas, como las legislaciones germánicas (austriaca, alemana, suiza, sueca, etc.), para las cuales es elemento esencial de la constitución, transferencia, modificación o extinción de los Derechos Reales sobre inmuebles la *inscripción* en el Registro, única garantía seria de la publicidad de las transmisiones, y, consiguientemente, de la seguridad de los derechos inmobiliarios.

Termina su estudio sobre la materia entendiendo que la inscripción *no ha sustituido* a la tradición, teniendo una y otra órbita de aplicación distinta. la tradición desenvuelve su eficacia entre partes, mientras que la inscripción posterga a la tradición, cuando se trata de la transmisión con relación a terceros

C) LAS PROPIEDADES ESPECIALES

Dentro de ellas estudiaba —en letra pequeña— la propiedad de las aguas, minas, propiedad intelectual e industrial. En aquella época los programas vigentes a oposiciones a Notarías y Registros solían repetir los temas referentes a estas materias incluyéndolas en el Derecho civil y en el administrativo, lo cual, en el fondo, era el sistema que adoptó la legislación española que regula estas materias, duplicándolas, a veces, y otras por remisión a la legislación especial.

A CASTÁN no le gustó la denominación de *propiedades especiales* y, criticando el criterio sostenido por SÁNCHEZ ROMÁN sobre la razón *objetiva a de la especialidad*, *entendió que ni el objeto* ni el posible elemento *social* que pudiera haber en estas propiedades, justificaba esa construcción doctrinal «que no dudamos en calificar de arbitraria y falsa». Por lo demás, CASTÁN se adelanta en el tiempo y plantea los grandes problemas que luego una legislación posterior que sustituía a la especial entonces vigente ha planteado. Así, cabe apuntar cómo con respecto a las aguas se pregunta: ¿Son susceptibles de propiedad? ¿Lo son de propiedad pública o de propiedad privada? Lo mismo sucede con la propiedad de las minas, donde apunta los tres sistemas que pueden dar soluciones a ella y la distinción entre el suelo y el subsuelo. Donde más se acerca a lo que hoy se ha creído como *gran conquista* del legislador español es en la propiedad intelectual, donde en el año 1941 (y ha llovido desde entonces) apunta lo que hoy dice la vigente ley reguladora: la *protección* del vínculo *espiritual* entre la obra y su creador y la protección *económica* de la *exclusiva* reproducción. En igual línea marca las diferencias y la posibilidad de coexistencia entre la propiedad industrial y la intelectual.

D) LA COPROPIEDAD

CASTÁN es también contundente al abordar el concepto y la naturaleza de la copropiedad, pues partiendo del artículo 392 del Código Civil que define la comunidad cuando «la propiedad de una cosa y de un derecho» pertenece pro indiviso a varias personas, entiende que no hay propiedad de derechos, ya que, para su criterio, la propiedad recae siempre sobre cosas corporales. La comunidad supone el género, ya que puede recaer sobre toda clases de derechos, mientras que la copropiedad es la especie que sólo puede recaer sobre cosas específicas y determinadas. En el estudio que sobre la última figura se destaca su preocupación de diferenciar la misma del fenómeno societario. Alcanza al comentario de la Ley sobre Propiedad Horizontal de 1939 y con gran visión destaca el «criterio racional y decisivo» que la misma adopta al distinguir entre la propiedad privada singular y el condominio indivisible sobre los elementos comunes del edificio.

E) SERVIDUMBRE, USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

Aquí CASTÁN agrupa el estudio de estas materias en un solo capítulo, siguiendo en el fondo la tesis justineana, aunque no la comparte, pues explica cómo el Código Civil se aparta de aquella construcción y separa las figuras del usufructo, uso y habitación, estudiándolas como derechos distintos, aunque conserve la distinción entre servidumbres reales y personales, incluyendo entre estas últimas las constituidas por aprovechamientos parciales y determinados que se establecen en consideración a una persona (independientemente de que tenga o no la posesión de un predio) o que no exigen un fundo dominante, como las de pastos, leñas, etc. Critica, sin embargo, la posición del Código al admitir como tales las servidumbres *in faciendo* en el artículo 533, ya que, según su opinión, las obligaciones de hacer tienen en la servidumbre carácter de prestaciones accesorias (agregadas para hacer posible la servidumbre o facilitar su ejercicio), y es muy difícil concebir una servidumbre en la que la obligación de cumplir la prestación positiva apareciese como la principal. En esa diferenciación estudia:

— *Las servidumbres*, a las que atribuye los caracteres de ser Derechos Reales, recaer sobre cosa de otro, ser derogaciones al derecho común de propiedad y constituir (al menos las propiamente reales o prediales) una relación entre predios. Se trata de participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro. Completa el estudio en capítulos de las servidumbres voluntarias y legales.

— *El usufructo*, cuya definición legal no la considera correcta, ya que, por una parte, es *incompleta* (faltan los caracteres de ser un derecho vitalicio y de ser derecho real) y, otra, es *poco consecuente* al haber introducido en su última parte (introducción de la edición reformada y no en la exposición de motivos) la salvedad de que la ley o la voluntad de los particulares puedan modificar el principio legal de la no alteración de la forma y la sustancia, lo cual echa por tierra el principio *salva rerum sustancia*. A pesar de esta crítica, entiende que el Código acierta al configurar al usufructo como un derecho real y una limitación del dominio, sin admitir, como lo hacía la base 12 —que pueda considerársele como una división del dominio «aunque muchas veces se le califique en este sentido».

Con ello podríamos dar por finalizado el estudio de la figura tal y como la hace CASTÁN, pero, aparte de señalar el contenido, la constitución y la extinción del derecho, se fija y plantea los problemas que surgen en los usufructos sobre predios en que existan minas (hoy sujeto a la legislación especial), el carácter de la fianza que ha de prestar el usufructuario, la problemática de los usufructos sucesivos y su limitación del artículo 781, la discordancia del Código Civil y la Ley Hipotecaria en orden a la enajenación y constitución de hipoteca sobre dichos derechos (que luego fue solucionada por la Ley Hipotecaria de 1909), usufructo de acciones, de cosas consumibles, de cosa hipotecada (art. 509 del Código Civil o el art. 1.158 del mismo), etc.

— *Uso y habitación*. En este punto, CASTÁN se limita a exponer la configuración de estos derechos como independientes y precisar su contenido, sin entrar en una crítica positiva o negativa. Únicamente recoge la opinión de VALVERDE que critica a la legislación hipotecaria al entender que no cabe la hipoteca de estos derechos al ser *intransferible* (aunque del art. 523 parece admitirse que el *título* constitutivo diga otra cosa: transmisión a persona determinada o que no aumente el contenido de tales derechos).

F) EL DERECHO REAL DE CENSO

Alterando la sistemática o método que el Código Civil utiliza para la regulación de este derecho, considerándolo como un *contrato*, CASTÁN tiene que trasladar todo ello para destacar el carácter de derecho real que late en la regulación legal, como lo demuestra la cita que hace del artículo 1.623 (producen acción real sobre la finca gravada). Es de alabar el estudio que hace de la figura en general y de las diferentes clases (enfitéutico, reservativo y consignativo), pues no sólo la denominación, sino el fenómeno de la redención, traen consigo un recuerdo medieval de la institución que produce auténtica desgana para afrontar su estudio. Al opositor esos temas eran de los que había que rezar para que no le tocasen en «mala suerte». Quizá por eso el estudio sistemático y perfecto que de la materia

hace sea digno de elogio, ya que facilita lo que de por sí es complicado y difícil. Encuentro que sería difícil contestar a una pregunta en la que alguien nos exigiese la diferenciación entre las tres clases de los censos. CASTÁN, en general, los considera como Derechos Reales, sobre inmuebles, perpetuos o indefinido, pero redimibles, transmisibles, indivisibles y prescriptibles.

Al lado de estas figuras también estudia los foros y el subforo y así como el censo vitalicio, el derecho de superficie, la *rabassa morta* y las cédulas de planturía.

Resalta en toda esta regulación —como en las diferentes figuras que hemos ido viendo— la opinión personal que el autor ostenta sobre las mismas, sin que su criterio sea el que normalmente se le atribuye de eclecticismo. Destaco, por ejemplo, como al enfocar el problema de la naturaleza de la enfiteusis y aceptar la concepción de propiedad dividida, entiende que el Código no desenvuelve su sistema con rigor, pues el 1.633 autoriza a disponer al enfiteuta no de su «dominio útil», sino de la cosa entera, y el artículo 1.631, al legitimar al enfiteuta para cobrar la indemnización por expropiación demuestran que el llamado «dominio útil» es el verdadero dominio. Lo mismo cabe decir del censo consignativo cuando al tratar de su naturaleza y rechazar la tesis de que se trata de un «préstamo a interés garantizado por hipoteca» dice: no hay préstamo donde falta la obligación de devolver el capital, no hay interés, lo que no es cantidad que se deba además del capital, ni hay hipoteca cuando no hay obligación personal que garantizar con ella. Es, pues, el censo una institución de caracteres propios y peculiares.

G) DERECHOS REALES DE PRENDA, HIPOTECA Y ANTICRESIS

Al estar incluidas las citadas figuras en el Código Civil dentro de la materia de las obligaciones y contratos, vincula a CASTÁN la exigencia de los programas que repetían la materia obligando a un estudio de las figuras como Derechos Reales y otra como figuras contractuales de garantía. Lo que sucede es que CASTÁN desarrolla más el estudio desde el punto de vista real que del obligacional y, dentro del mismo, dedica la mayor parte de sus comentarios a la prenda y la hipoteca, para resumir brevemente lo referente a la anticresis, que en el fondo no era más que un pacto añadido para la percepción de frutos por parte del acreedor.

El estudio es perfecto, pues —aceptando la postura del Código— destaca las analogías y diferencias entre prenda y anticresis, señalando como notas comunes (la accesoriedad, la indivisibilidad, capacidad, efectos y realización) y diferenciales (el objeto, los efectos y la forma de constitu-

ción). En la exposición de la prenda —ajustada a la evolución histórica, naturaleza, caracteres, elementos, contenido y extinción— destaca las prendas sobre derechos y sobre valores. En la hipoteca —que sigue la misma sistemática— se afirma la solemnidad constitutiva de la inscripción y ofreciendo los conceptos de las figuras alemanas de la deuda inmobiliaria o territorial, la deuda de renta y la hipoteca de propietario, que aún subsisten en los programas de oposición.

IV. SUS RELACIONES CON LA FUNCION CALIFICADORA

He querido dejar para esta última parte de mi comentario, en honor del Profesor CASTÁN, lo que él dice en diversos pasajes de su obra y que ha servido de ayuda en esa constante actividad a que nos obliga la función calificadora para abrir la puerta de la publicidad a solamente aquellos que sea válido conforme a las leyes y tenga trascendencia real. Dicho así, parece fácil la cosa, pero adentrándose en ese mundo vario de los negocios jurídicos y teniendo en cuenta ese cúmulo de disposiciones legales que permiten, prohíben, condicionan, etc., la voluntad de los particulares, la labor es ingente, sorprendente, casi milagrosa.

Si en nuestra labor jurídica, diaria y constante, se caracterizan las tres fases de interpretación, calificación y establecimiento de consecuencias jurídicas, es claro que CASTÁN contribuye con su aportación a una ayuda en su desarrollo. Piénsese en la maestría de la teoría de la interpretación de la norma que el Profesor CASTÁN ofrece en su parte general (cosa que margino por no invadir el campo que corresponde a ABELARDO GIL MARQUÉS en su lote de comentarios) y la precisión y agudeza que demuestra al desarrollar la misma. Si la calificación en el caso normal del documento notarial debe comprender la validez de los actos dispositivos, la capacidad de las partes y los obstáculos que surjan del Registro, hay que descender para precisar la aportación «castaniana» a toda esta materia, aparte que CASTÁN toca unos puntos clave en su Tratado referentes a la diferenciación entre los Derechos Reales y los obligacionales, la famosa teoría del *numerus apertus*, las relaciones que el Código Civil ofrece con la legislación hipotecaria, etc. Lo único —y esto puede significar un «arrastre de cargas»— que CASTÁN, muy en la línea de autores precedentes (incluso S. ROMÁN, que «desguaza» la cuestión), margina el comentario de los artículos 605 a 608 del Código y solamente se limita a hacer alguna referencia a los mismos. Bien es verdad que si lo hubiera hecho, habría invadido campos que salen del programa de oposiciones, que en la parte de la legislación hipotecaria estudiaba los mismos en su esencia y en su remisión.

Por todo ello, y con ánimo de simplificación, vamos a esquematizar el tema distinguiendo estos puntos:

A) LA DIFERENCIACIÓN ENTRE DERECHOS REALES Y OBLIGACIONALES

He dicho, y lo vuelvo a repetir ahora, que la postura de CASTÁN en este punto es la de ser testigo más que Juez, ya que, sin perjuicio de exponer las diferentes doctrinas y teorías sobre la diferenciación de ambos derechos, se limita a dar testimonio, pero no llega a pronunciarse por una o por otra y nos deja a los que íbamos para Registradores con esa falta de apoyo doctrinal para decidir a la hora «de la verdad» si aquello que se nos presentaba era real u obligacional. La verdad es que el tema es peliagudo y de difícil solución, y nada me extraña que CASTÁN se olvidase de su condición de Juez y diese sólo testimonio.

Yo hubiera hecho igual. Nos da unas claves que diferencian a unos y otros y alla cada cual en su caso particular. Pero no sólo se contenta con dar unas claves, sino que las matiza, sacando una serie de consecuencias que permiten construcciones paralelas. Las claves son éstas:

- Por razón de las *personas* que intervienen en la relación jurídica. La persona o sujeto activo de la relación jurídica real es un sujeto individualmente determinado, aunque lo puede ser «medianamente» haciendo surgir los derechos subjetivamente reales.

- Por razón del *objeto*, parece claro que ha de tratarse de una cosa corporal, específica y determinada (a diferencia de la prestación obligacional), pero al admitirse la «subhipoteca» y los derechos sobre bienes inmateriales, la precisión no es tan segura.

- Por razón del *poder* que atribuyen el derecho real se caracteriza por el que se ejerce sobre la cosa directamente y sin ningún intermediario, aunque luego se interfiere el concepto de «intervención pasiva», lo cual obliga a matizar: sin ningún intermediario personalmente obligado.

- Por su *eficacia*. Los derechos reales son absolutos, otorgando un derecho de persecución y otro de preferencia.

- Por la distinta intervención que la *voluntad o la ley* tienen en su otorgamiento. Según su criterio los derechos reales toman su consideración de la ley y obedecen en lo esencial al principio de orden público. Todo ello, sin perjuicio, de la teoría del *numerus apertus*.

Mientras los derechos de obligación se generan por contratos o títulos, los derechos reales exigen el cumplimiento del «modo de adquirir» la tradición.

- Por su *duración*, los derechos reales suelen ser de naturaleza perpetua y los obligacionales tienen naturaleza transitoria.

Este esquema era, y es importante, pero exige proyectarlo sobre cada caso concreto que se nos presenta. El esquema es distinto del método

dogmático de inversión utilizado por la escuela alemana donde se daban una serie de caracteres que matizaban al derecho real, frente al obligatorio y todo ello suponía que frente a un derecho si reunían ciertos caracteres de uno u otro grupo, cabía incluirlo sin problema en cada uno de dichos campos. Lo que sucede es que la aparición de figuras intermedias como el *ius ad rem*, el *ius in re*, la *obligatio*, etc., destruyeron la teoría al no poder encuadrar estas figuras intermedias.

CASTÁN bastante hace con la enumeración y clasificación de los que a su juicio —y conforme a la regulación legal— deben ser tenidos como derechos reales (dominio, posesión, usufructo, uso y habitación, servidumbres, los censos, la prenda y la hipoteca, la anticresis y el derecho de retracto). Dudosos: retención, tanteo, derecho hereditario y arrendamiento.

B) LA TEORÍA DEL «NUMERUS APERTUS»

Las referencias que la legislación hipotecaria hacía en su frase «y cualesquiera otros reales» (art. 2) y los artículos 7 y 9 del Registro Mercantil inclinan a la doctrina a considerar que el sistema español es el del *numerus apertus*, facultando a la voluntad de los particulares la creación de otras figuras semejantes o coincidentes con los derechos reales. CASTÁN se limitaba, por aquel entonces, a señalar la conocida Resolución de 11 de abril de 1930, seguida de la de 23 de noviembre de 1934, donde se condicionaba la creación de nuevos derechos reales a la reunión de los requisitos exigidos para la inscripción. Luego se ha reiterado esta doctrina en sucesivas Resoluciones posteriores (22 de febrero de 1943, 27 de marzo de 1943, 31 de abril de 1951 y 1 de julio de 1959, etc.). Y es que, como apuntó GONZÁLEZ PALOMINO (8), falta poder e imaginación para crear nuevos derechos..., aun así han surgido varios.

Esta teoría que también nos deja «solos ante el peligro» está, sin embargo, complementada, por aquellas frases que CASTÁN dedicaba a la labor creativa de los Notarios y Registradores. Al abordar el tema de las fuentes del Derecho se refiere, en general, a la labor «legitimadora, autenticadora y constitutiva» de los derechos, no «creando» los mismos, pero «colaborando» en su formación. Entiende CASTÁN que las calificaciones reiteradas y aceptadas generalmente pueden llegar a tener un valor normativo y ser la base de costumbres jurídicas o usos jurisprudenciales.

Como vemos, CASTÁN intuyó —con esa visión de futuro que tienen los

(8) GONZÁLEZ PALOMINO, J.: *Estudios jurídicos de arte menor*. Pamplona, 1964

grandes hombres y los finos juristas— que en esa labor constructiva o en esa «organización del Derecho privado» era fundamental la doble intervención de Notarios y Registradores: formando y elaborando la voluntad de los particulares unos y dando valor proyectivo frente a todos lo así elaborado. En este entramado que significa la seguridad del tráfico son importantísimas esas dos piezas, pues si la primera *previene*, la segunda *confirma* la seguridad. Si esto no fuera así, el principio se vendría abajo y la seguridad jurídica se habría volatizado.

C) LA VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS

Sin perjuicio de que los mismos deban reunir las formas adecuadas y señaladas en cada caso por el legislador, es preciso que el acto sea considerado como válido por la legislación vigente, pues el acto no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido, y esta frase dicha por NÚÑEZ LAGOS (9) supone toda la condensación de la doble actuación notarial y registral. ¿Qué requisitos debe reunir el acto para que sea válido? Es preciso que reúna todos y cada uno de los requisitos que a cada derecho inscribible se le marcan para su existencia, eficacia y validez, y en esto CASTÁN, con su sistemática precisa y ajustada a la norma, nos lo brinda con una generosidad inusitada en cada uno de los estudios que dedica a la materia.

Si conforme al Código Civil no existe contrato —en su aceptación de título inscribible—, si en el mismo no concurren el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1.261 Código Civil), tendríamos que adentrarnos en ese campo de la parte general del Derecho, donde CASTÁN va examinando la voluntad, su manifestación, los vicios que puedan afectarla y las formas en que se manifiesta. A ello hay que unir el tremendo campo de la capacidad y la legitimación, donde CASTÁN ofrece un mosaico inigualable, concentrando en cada acto las situaciones para las que las personas tienen capacidad. He dicho que en estos supuestos CASTÁN hace o hizo los oficios que hoy puede lograr una «computadora», aunque ésta se puede confundir, y CASTÁN no lo hizo nunca.

Lo mismo que hemos dicho para el consentimiento y la capacidad de las personas, podríamos apuntar respecto a la teoría general del objeto, donde CASTÁN, en su parte general, desarrolla la materia, desde el objeto hasta la cosa, pasando por la diferenciación de muebles e inmuebles y llegando a la clasificación de bienes registrables y no registrables.

(9) NÚÑEZ LAGOS. R.: «Registro de la Propiedad español». *RCDI*. 1949.

D) OBSTÁCULOS QUE SURJAN DEL REGISTRO

La verdad es que en este punto CASTÁN no puede decirse que aportara notas, datos o precisiones, ya que él no estudió el Derecho hipotecario, sino que en su *Derecho civil común y foral* se limitó a estudiar ciertos contactos que la institución registral tenía con la creación, modificación y extinción de los derechos reales. Afloran, sin embargo, ciertos puntos que van ligados a la teoría del título y el modo, el principio de prioridad, el problema de la doble venta, etc.

Y es preciso terminar estas notas que, como testimonio humilde de gratitud por las enseñanzas recibidas, brindo al que fue Maestro de juristas y auxilio de opositores. En mi despacho tengo una foto dedicada por su hijo en la que aparece CASTÁN con su Toga de Magistrado, y si la «toga», como dijo OSORIO GALLARDO (10), no es más que un trozo de paño negro sin bolsillos, yo quiero rendir tributo a quien desde su toga me enseñó gratuitamente algo que no hubiera podido aprender en otros libros. ÁLVARO D'ORS (11), muy aficionado a distinguir la «autoritas» y la «potestas», me va a permitir utilizar ambos términos para encuadrar la obra de CASTÁN. Si las *autoritas* la da el conocimiento, es innegable que éste hay que reconocérselo a CASTÁN en forma plena, ya que sin ese dominio de la materia no hubiese podido escribir lo que él brindó al mundo jurídico. Si la *potestas* viene o emana de abajo arriba, ahí estamos los juristas que atribuimos a CASTÁN la «autoritas» de su magisterio. La lectura de un buen libro —y no digamos su estudio—, como apuntó MAUROIS, es un diálogo incesante: en que el libro habla y el alma contesta.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

(10) OSORIO GALLARDO, A.: *El alma de la toga*. Madrid 1929.

(11) ÁLVARO D'ORS *Una introducción al estudio del Derecho*. RIALP, Madrid, 1977

Panorama del derecho de obligaciones y contratos en Castán Tobeñas

SUMARIO. I. DELIMITACION DE SU OBRA: A) TEORÍA GENERAL DE LA OBLIGACIÓN DESDE SU NATURALEZA A SU EXTINCIÓN B) TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO DESDE SU NOCIÓN A INEFICACIA DEL MISMO C) LOS DIVERSOS CONTRATOS. SUS TIPOS D) LOS CONTRATOS ATÍPICOS E) LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES —II. SU APORTACION Y SIGNIFICADO: A) ACTUALIDAD DE SU SISTEMÁTICA B) VALORACIÓN CRÍTICA

I. DELIMITACION DE SU OBRA

A) TEORÍA GENERAL DE LA OBLIGACIÓN

Parte CASTÁN de justificar la posición sistemática del Código Civil español al hacer a las obligaciones y contratos objeto de un libro especial, el Libro IV, *De las obligaciones y contratos*, aunque la crítica por darle un contenido demasiado amplio, por incluir en el mismo materias (como v.gr., la prueba) que no son específicamente propias de dicho tratado. Y en seguida, después de apuntar la influencia de la historia del Derecho (fundamentalmente del Derecho romano) en el Derecho de obligaciones, se detiene en su noción.

Y señala, a nuestro juicio con razón, cómo en las definiciones modernas palpita el mismo concepto romano: *iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, lo que sucede es que la generalidad de la doctrina moderna ha sustituido la palabra «vínculo» por la de relación. Así, hoy día, se habla de relación jurídica obligatoria. Sencillamente, una relación constituida entre dos o más personas, por la cual una —acreedor— puede exigir de la otra —el deudor— lo que por éste es debido, y todo ello garantizado con el patrimonio del obligado.

Precisamente, es la problemática del «vínculo» que liga al acreedor y al deudor la esencia de la naturaleza de la relación obligacional. Y aquí, CASTÁN hace un buen resumen de las distintas teorías que han tratado de penetrar en la naturaleza jurídica de la obligación. Desde la teoría de SAVIGNY de la sujeción del deudor al acreedor, pasando por las fases de patrimonialización de la obligación (POLACCO), el derecho del acreedor no frente al deudor, sino frente a los órganos judiciales del Estado (BRUNETTI), la de CARNELUTTI, al tolerar el deudor (*pati*), sufrir la acción del acreedor, para extenderse en la teoría del débito y la responsabilidad.

En períodos de la Historia funcionaron separadamente débito y responsabilidad. Se podía deber sin ser responsable o ser responsable sin deber, como matizan Díez-PICAZO y GULLÓN. Hoy, sin embargo, son dos elementos plenamente entrelazados de la institución de la obligación. De todas maneras, ha habido autores que han tratado de ver hipótesis de deuda sin responsabilidad (obligaciones naturales), de responsabilidad sin deuda (la fianza; CASTÁN entiende, no obstante, que es un estadio «precedente» a la responsabilidad, y así el artículo 1.822 del Código habla de que «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste»), e incluso de deuda con responsabilidad limitada (v.gr., el art. 140 de la Ley Hipotecaria).

En definitiva, haciéndose eco de la posición de ROCA y PUIG BRUTAU, o sea, combinando los dos elementos (débito-responsabilidad, arts. 1.088 y 1.911 del Código Civil), da CASTÁN el siguiente concepto de obligación que plasma perfectamente su actual naturaleza jurídica. «Derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa, garantizando con todo el activo patrimonial del obligado» («Concepto del derecho de crédito», en el vol. *Estudios de Derecho privado*, tomo I, pág. 167).

Fuentes de las obligaciones

Dejando a un lado la estructura de la obligación: sujetos, objeto y vínculo (el elemento más «propriadamente jurídico», el vínculo ha quedado ya examinado), se adentra CASTÁN en la cuestión espinosa de las fuentes de las obligaciones. Damos en este punto por conocido el artículo 1.089 del Código Civil, básico en la materia y fruto de un devenir histórico que se inicia en GAYO, atraviesa por la Paráfrasis de Teófilo, sigue con POTHIER y termina con el Código de Napoleón. La temática surge pronto. ¿Son posibles otras fuentes de las obligaciones además de las mencionadas en dicho precepto? Para CASTÁN, siguiendo en este punto a HERNÁNDEZ-

GIL, rotundamente sí, puesto que la enumeración que hace el 1.089 es meramente ejemplificativa.

¿Puede, en definitiva, hablarse de otras fuentes? Se enfrenta CASTÁN con la voluntad unilateral como fuente, adopta una posición moderada pero progresiva, al indicar que no se registran obstáculos insuperables en nuestro ordenamiento jurídico para su construcción técnica. Cita a PUIG BRUTAU «Lo declarado unilateralmente puede haber influido en la conducta ajena, y en la medida que haya sucedido así, puede ser necesario proteger la confianza depositada en la apariencia. En análogo sentido BÉRGAMO LLABRÉS, y nuestra jurisprudencia, sobre todo a partir de la conocida Sentencia de 21 de marzo de 1957. Hoy estas tesis tienen incluso consagración por parte del legislador. Pensemos en la Ley 521 de la Compilación Navarra.

Clasificación

De ofrecer un buen cuadro sistemático de las clases de obligaciones se desentiende un buen sector de la doctrina. Es curioso, pero ello suele pasar con otras categorías jurídicas. Así, v.gr., muchos autores (salvando a HERNÁNDEZ-GIL y pocos más) se desentienden de la institución de la conservación de la posesión, institución cuyo examen es luego pedido, por temarios del prestigio de los Programas de Registros o Notarías. Pero volviendo con la clasificación de las obligaciones, nos ofrece una vez más el maestro CASTÁN una clasificación amplia y llena de claridad. Es el siguiente:

- Por el origen: legales, contractuales, cuasicontractuales y procedentes de hechos ilícitos.
- Por la legislación (estamos, claro, dentro del Derecho privado): civiles y mercantiles.
- Por el vínculo: 1) por la eficacia del mismo: imperfectas (dentro de las cuales están las obligaciones naturales y las meramente civiles o anulables) y perfectas; 2) por la unidad o pluralidad de vínculos: unilaterales y bilaterales o recíprocas; 3) por las modalidades: puras, condicionales y a plazo.
- Por los sujetos: unipersonales o pluripersonales (mancomunadas y solidarias estas últimas).
- Finalmente, por el objeto: en atención a sus particularidades, la clasificación es muy completa; pueden ser: positivas y negativas, personales y reales, de tracto único y de tracto sucesivo, posibles o imposibles, específicas y genéricas, divisibles e indivisibles, principales y accesorias.

Y en atención a la pluralidad de objeto: únicas y múltiples, a saber éstas: conjuntivas, alternativas y facultativas.

Después de este cuadro sinóptico, empieza CASTÁN lo que la sistemática más moderna llama el estudio de las relaciones obligatorias en particular. Su estudio no puede ser más completo. Así, yendo nosotros a vuelapluma, podríamos apuntar:

a) Con relación a las obligaciones unilaterales y recíprocas: trata a fondo la exégesis del artículo 1.124 del Código Civil, y resume adecuadamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo para su aplicación.

b) Respecto a las obligaciones mancomunadas y solidarias (aquellas en que se debe el *solidum*, «el entero» podríamos decir de la obligación), destaca adecuadamente su contenido complejo, distinguiendo el aspecto interno y el externo de la relación a los sujetos activos y pasivos.

c) Referente a las obligaciones únicas y múltiples, se ocupa además de las alternativas, del estudio de las facultativas (*una res in obligatione, plures in facultate solutionis*), admitiéndolas, porque aunque el Código Civil no regule esta modalidad, caben al amparo del dogma de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255, y de preceptos aislados de nuestro primer cuerpo legal civil, como el artículo 1.153 (véanse además Sentencias del Tribunal Supremo como la de 28 de febrero de 1961).

d) Y, en fin, lo mismo puede decirse de las positivas y negativas, si bien con relación a éstas no distingue entre obligaciones de abstención pura y simple y obligaciones de tolerancia; ni tampoco la intervención de un tercero en el incumplimiento de la obligación (piénsese, por ejemplo, en un contrato de exclusiva).

e) Con relación a las obligaciones específicas y genéricas, aparte del estudio clásico de las mismas, no olvida la cuestión de las obligaciones de género limitado, defendida por la doctrina alemana (VON THUR) e introducida entre nosotros por autores como PÉREZ Y ALGUER, PUIG PEÑA o ESPÍN. Tampoco la referencia a las obligaciones pecuniarias o deudas de valor.

f) Expone lo más claramente posible la «maraña» de las obligaciones divisibles e indivisibles; se detiene en las obligaciones accesorias, en el estudio de la cláusula penal, y termina antes de llegar a los efectos de la obligación, con el examen de las obligaciones puras, condicionales, y a plazo.

Para el final hemos dejado el tratamiento que da a la *obligación natural*.

En el Derecho romano eran conceptuadas como aquéllas (obligaciones), que sin estar sancionadas por una acción, pueden ser objeto de un pago válido (Juliano). Los civilistas modernos, señala CASTÁN, definen la

obligación natural como una obligación desprovista de sanción, y señalan como rasgo característico de ella el de ser susceptible de cumplimiento voluntario, pero no de coacción por medios legales.

Los efectos principales que en el Derecho romano producían dicho tipo de obligaciones eran: 1.º No poder repetirse lo pagado en virtud de ellas (*soluti retentio*); 2.º ser susceptibles de novación, compensación, reconocimiento y de garantía (fianza, prenda o hipoteca); 3.º poder hacerlas valer por medio de excepciones. De todos estos efectos, sólo ha pasado a la actualidad y por lo que se refiere al Derecho patrio, la *soluti retentio*.

Así, v.gr., no pueden ser novadas, podemos apuntar nosotros, porque no habría nexo causal entre las obligaciones novadas, sino una obligación nueva y distinta; no pueden ser compensadas, porque conforma al artículo 1.196, número 4, del Código Civil, la compensación exige que las deudas sean líquidas y exigibles, y la obligación natural por petición de principio, carece de exigibilidad; la posibilidad de garantizar su cumplimiento tampoco cabe, ya que la exigibilidad de la garantía requiere la exigibilidad de la obligación principal, etc.

Después de poner algunos ejemplos de posibles casos de obligaciones naturales en el Código Civil: 1.756, pago de intereses sin estar estipulados (MANRESA señalaba que no hay tal obligación natural, sino un pacto tácito de pagarlos); el artículo 1.798, en relación con el artículo 1.801, deuda en juego ilícito DÍAZ-PAIRÓ anota que se trata de un supuesto de ilicitud de la causa, por lo que el 1.798 es aplicación del 1.306 que también priva de acción al acreedor, y establece la irrepetibilidad); el artículo 1.935, deuda prescrita y pagada voluntariamente, y, sobre todo, el del pago no debido, pero «hecho a título de liberalidad o por otra justa causa» del artículo 1.901 del Código Civil, y a pesar de que algunos autores, como NÚÑEZ LAGOS, quisieron ver en este precepto un sentido exclusivamente procesal, ya que está concediendo al demandado una excepción personal para oponerse a la reclamación-devolución (la cual en principio le viene impuesta por el art. 1.895), *concluye* CASTÁN, a nuestro juicio con acierto, que «si esta justa causa no implica una causa jurídica de deber ni una causa *donandi* (ánimo de liberalidad), parece lógico que haga referencia a una obligación natural...». En idéntico sentido, DE BUEN, PÉREZ Y ALGUER, LACRUZ, o Díez-PICAZO, quien ya sostenía en sus *Lecciones de Derecho civil* (Universidad de Valencia), que la esencia de la obligación natural es ser «una justa causa de atribución patrimonial».

*Los efectos directos de la obligación:
su cumplimiento e incumplimiento*

Cumplir, en términos generales, significa llevar a la realidad lo que uno debe a otro. El cumplimiento de la obligación —dice, pues, CASTÁN— supone la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor. Pues bien, para este cumplimiento la doctrina tradicionalmente ha reservado los términos de pago o *solutio*. Pero ¿qué es el pago? La naturaleza jurídica del mismo siempre ha sido materia controvertida.

Se plantea CASTÁN si el pago tiene el carácter de un simple hecho o de un negocio jurídico. Y en principio se adhiere a la teoría de que el pago no es más que la realización del contenido de la obligación por el deudor, y que en cuanto tal no tiene el carácter de negocio; no es una reglamentación autónoma de intereses, que diría BETTI. Pero no emplea en última instancia la terminología del pago como «acto debido».

Hemos de reconocer que por el camino del «acto debido», según terminología de CARNELUTTI, se mueven los autores modernos DíEZ-PICAZO, GULLÓN, el mismo ALBALADEJO, aunque con limitaciones. De todas formas, la cuestión es tan controvertida, que hay posiciones que nosotros podríamos denominar por exceso o por defecto. Efectivamente, dentro de las primeras, encontramos, v.gr., a GREGORIO ORTEGA («El pago como negocio abstracto», artículo que recoge el mismo CASTÁN, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*), o mucho más claramente NART, para quien el pago en nuestro ordenamiento jurídico es un fenómeno que consistiría en un «hecho» positivo o negativo, por ejemplo, en las prestaciones negativas o de no hacer, en «un negocio jurídico unilateral», v.gr., en las obligaciones del mandatario corrientemente, o en un negocio jurídico «bilateral» cuando requiera la colaboración del acreedor. Dentro de las segundas se encuentra BELTRÁN DE HEREDIA, para el que el cumplimiento es un simple acto jurídico (*El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956).

Trata luego CASTÁN, como en verdad lo hace la generalidad de la doctrina con más o menos variantes, del esquema general de la teoría del pago, esto es, de los requisitos subjetivos: el *solvens* y el *accipiens*, su legitimación y capacidad; de los requisitos objetivos: identidad, integridad, indivisibilidad, esta última con sus excepciones, pensemos, v.gr., en el artículo 1.592, así como de las circunstancias que podríamos denominar «colaterales» del pago: tiempo, lugar, gastos y prueba. Su estructura (que aprovecha además para examinar los problemas especiales que suscitan los pagos de deudas dinerarias) conserva su vigencia (quizá las apreciaciones sobre cláusulas de estabilización, a las que podríamos añadir las cláusulas de interés variable en préstamos hipotecarios —magistralmen-

te estudiadas por GARCÍA GARCÍA—, han quedado anticuadas.) Véase, v.gr., a este respecto GARCÍA GARCÍA, en *BCNRP*: «La calificación registral de una cláusula de interés variable de hipoteca», septiembre de 1988, págs. 1657 y sigs.

Su estudio de *las formas especiales del pago*, también obedece a los moldes clásicos, la imputación (arts. 1.172-1.174 Código Civil), el pago por cesión de bienes (art. 1.175 Código Civil), el pago por consignación (arts. 1.176-1.181 Código Civil), ocupándose también con suficiente amplitud de la dación en pago y el pago con subrogación. Y en cuanto a *la pérdida de la cosa debida* (arts. 1.182-1.186 Código Civil), toca la interesante cuestión de si la «dificultad extraordinaria» de la realización de la prestación, puede ser causa de extinción de la obligación (la llamada por ENNECCERUS prestación exorbitante). Y aquí, si bien reconoce que el Tribunal Supremo (en Sentencias antiguas como la de 4 de junio de 1902) ha declarado que el Código Civil es taxativo al respecto, ya que sólo habla de pérdida o destrucción (art. 1.182), y de imposibilidad legal o física (art. 1.184), por lo que dificultad no es imposibilidad, cita a PUIG BRUTAU, para quien nuestro Derecho ofrece base suficiente (principio de la buena fe) a la acogida de esa dificultad extraordinaria en casos concretos. Pensemos en los actuales artículos 3 ó 7 del título preliminar del Código Civil, o en el 1.258 del mismo cuerpo legal.

De la condonación (arts. 1.187-1.191), confusión (arts. 1.192-1.194), compensación civil (de la importancia de esta institución, «pago abreviado» en Derecho mercantil no es procedente que tratara; arts. 1.195-1.202 Código Civil), y de la novación (arts. 1.203-1.213), como causas de extinción de las obligaciones en el sentido del 1.156, pocos podrán hablar con más amplitud.

El incumplimiento

En realidad habría que distinguir entre el «mal cumplimiento», que CASTÁN denomina incumplimiento impropio o relativo, y el incumplimiento propiamente tal. Del primer caso, el ejemplo más importante es la mora. Del segundo, según haya justificantes o no al «comportamiento» debido, se habla de caso fortuito, fuerza mayor, culpa (negligencia) o dolo.

En punto a *la mora*, la del deudor (art. 1.100 Código Civil), no le plantea al maestro mayores problemas. Y ¿cabe en nuestro Derecho la mora *accipiendi* o del acreedor? Frente a autores que lo niegan como MUCIUS, entiende CASTÁN que si bien el Código Civil no regula la mora del acreedor sistemáticamente, no la desconoce (arts. 1.185, 1.452, 3.º;

1.505, 1.589...), admitiendo además la posibilidad de liberarse el deudor, mediante la consignación.

Por lo que se refiere a la *culpa*, hace notar que combinando los artículos 1.103 y 1.104, se puede llegar a la conclusión de que el Código se adscribe a los más modernos y progresivos, pues si bien parte de la conducta muchas veces del *diligens pater familias* (criterio coincidente con el del hombre razonable del Derecho inglés, como significa PUIG BRUTAU), no es menos cierto que los Tribunales pueden moderar, atemperar, esta responsabilidad.

Del *caso fortuito* y la *fuerza mayor*, más que la aplicación práctica, más que sus efectos, lo que ha preocupado a la doctrina ha sido si son o no distinguibles, y, en su caso, cuál sea el criterio de distinción. Expone CASTÁN las dos teorías: 1) la subjetiva (defendida por los romanistas, y moderadamente por GOLDSCHMIDT), que encuentra la diferenciación en que mientras que en el caso fortuito, si el acontecimiento se hubiera previsto, pudiera haber sido evitado, nunca se podría evitar en la hipótesis de la fuerza mayor (*cui humana infirmitas resistere non potest*), y 2) la objetiva (EXNER, JOSSEERAND...), que alude a la procedencia interna o externa del obstáculo que impide el cumplimiento de la obligación.

Encuentra CASTÁN ejemplos de esta segunda teoría en nuestro Código Civil (arts. 1.784 ó 1.905, v.gr.) sin necesidad de acudir a leyes especiales, y se adhiere a ella.

El cumplimiento forzoso en sus dos formas: forzoso en forma específica, y por equivalencia.

Cuando el incumplimiento de la obligación no tiene justificación por parte del deudor, la Ley determina el cumplimiento forzoso, que en algunos casos puede lograrse *en forma específica*.

Distingue CASTÁN a este respecto, después de ponderar sus dificultades, lo siguiente: *a)* Obligaciones de dar; si es cosa determinada (artículos 1.096, 3.º, Código Civil y 926 LEC), el acreedor puede compeler al deudor a que realice la entrega; si es cosa genérica (1.096, 2.º), puede pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor.

b) Obligaciones de hacer; aquí tradicionalmente se ha topado con la dificultad del aforismo *nemo praecise cogi potest ad factum*, pero las tendencias modernas son favorables a la ejecución forzosa, sobre todo si el hacer no es personalísimo, pues en este caso habrá que estar a la indemnización de daños y perjuicios.

c) Obligaciones de no hacer; conforme al 1.099 del Código Civil, se mandará deshacer lo mal hecho, o estar a la indemnización (925 LEC).

Examina luego la segunda posibilidad en caso de incumplimiento, esto es, el *resarcimiento*, que no es una obligación nueva (SAVIGNY), sino la

entrada en juego del otro elemento de la obligación, la responsabilidad (art. 1.911 Código Civil). El principio general se encuentra en el artículo 1.101 del Código, que analiza muy detenidamente en cuanto a sus requisitos, extensión, prueba, etc., manifestándose partidario de la indemnización del daño moral. Esta última cuestión hoy no ofrece dudas tras la Ley de 5 de mayo de 1982 (véase la edición de Legislación sobre el honor, intimidad, etc., preparada por J. SERRA y L. PUENTE SEGURA del año 1988).

En aras de una mayor claridad en esta vista panorámica, hemos dejado para el final sus ideas acerca de la protección del crédito y su transmisibilidad.

Protección

La idea general de protección del crédito la articula CASTÁN estudiando: el principio de responsabilidad patrimonial universal, las garantías específicas, las medidas conservativas y los medios últimos o de ejecución.

Del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 Código Civil), lo entiende no como un «derecho de prenda general», sino como la esencia de la garantía general del derecho de crédito. Podríamos decir que por este principio, los acreedores sólo tienen derecho a una solvencia del patrimonio del deudor, concediéndoseles por el ordenamiento las acciones tendientes a este fin. Por tanto, son caracteres generales de esta responsabilidad:

1. Se extiende a todos los bienes presentes y futuros.
2. Pero no a los que en el momento de la reclamación «no están» en el patrimonio del deudor. Respecto de éstos sólo se les conceden a los acreedores las acciones dirigidas a que vuelvan al patrimonio los bienes fraudulentamente enajenados, o a evitar que salgan otros bienes o derechos por la inactividad del titular (acciones revocatoria o pauliana, y subrogatoria, art. 1.111 Código Civil).
3. No se extiende a los derechos personalísimos (también 1.111).
4. No recae sobre bienes concretos, sino que es una responsabilidad genérica. Por excepción se permite el deslinde de responsabilidad (v.gr., en los patrimonios separados), la preferencia de determinados créditos, o la inembargabilidad de determinados bienes (art. 1.449 LEC).

Por supuesto, señala CASTÁN, que el principio de responsabilidad patrimonial universal es el fruto de una progresiva suavización de la condición del deudor que se inicia con la *Lex Poetelia* y termina con la supresión de la prisión por deudas, admitiendo, por otra parte, modifica-

ciones legales (art. 1.203, 1.º, Código Civil, herencia aceptada a beneficio de inventario) o convencionales (art. 1.807 Código Civil o art. 140 LH).

Empieza su examen de las *garantías del crédito* citando a TUGGIERO en sus *Instituciones*: Son aquellos medios encaminados a reforzar el vínculo obligatorio, y las clasifica en legales (privilegios, derecho de retención) y convencionales; y clasificación de más importancia y utilidad: personales (la fianza, la cláusula penal, el aval...) y reales (prenda, hipoteca y anticresis, el embargo preventivo...), deteniéndose (lógicamente las otras formas tienen más amplio tratamiento sistemático en otras partes de su obra) en el derecho de retención.

Es curiosa la polémica surgida en torno a esta institución tanto en el derecho extranjero como en el nacional. En concreto, y por lo que se refiere a nuestro Código Civil, lo cierto es que esta figura aparece en múltiples pasajes de su articulado. Así, v.gr., artículos 453 (posesión), 502 (usufructo), 1.600 (contrato de obra en cosa mueble), 1.730 (mandato), 1.780 (depósito) o 1.892 (gestión de negocios). Aparece también en el Código de Comercio: artículos 276 (comisión) o el 868 (liquidación de averías gruesas). ¿Cuál es su naturaleza? Ya en el año 1922, en la *Revista de Derecho Privado* («El derecho de retención»), VIÑAS MEY lo configuraba como un auténtico y completo derecho real de garantía; no es esta la opinión de CASTÁN, quien considera al llamado derecho de retención más que como un derecho autónomo, como una facultad derivada de otra situación jurídica principal, algunas de ellas de carácter personal. Parece, pues, lógico admitir que dicha facultad (o medio de tutela) no podrá tener naturaleza distinta del derecho principal. En el mismo sentido se mueve la más moderna doctrina como Díez-PICAZO o GULLÓN

Las medidas conservativas del patrimonio de deudor

Sigue CASTÁN con el estudio de tres tipos de acciones que tradicionalmente tienden a la conservación del patrimonio del deudor evitando que pueda burlarse el principio del artículo 1.911 Código Civil.

Dos de ellas, *la subrogatoria* y *la pauliana* o revocatoria, aparecen reguladas en el artículo 1.111. La primera define, como el recurso que la Ley concede al acreedor (que no tenga otro medio de hacer efectivo su crédito), para ejercitar los derechos y acciones no utilizados por el deudor, cuando no sean inherentes a la persona de éste. La configura, a nuestro entender con acierto, como un caso de sustitución procesal (por eso se la conoce también con el nombre de indirecta u oblicua). La segunda es una acción de impugnación, de carácter personal, y que en nuestro ordenamiento es catalogada como una acción de rescisión (art. 1.291, 3.º, Código

Civil). De acción de carácter rescisorio la califica también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo a partir de la conocida Sentencia de 29 de diciembre de 1941.

La tercera es la conocida con el nombre de *acción directa*. La define CASTÁN como aquella que corresponde en ciertos casos a los acreedores para reclamar, *en su propio nombre*, del deudor de su deudor, lo que importa a la satisfacción de su crédito. No la regula el Código Civil de una manera ordenada y sistemática, pero no la desconoce, pudiendo citarse como ejemplos los artículos: el 1.552 (arrendador contra subarrendatario), el 1.597 (los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzamente por el contratista, contra el dueño de la obra, hasta la cantidad que éste adeuda a aquél; este artículo, por otra parte, es modernamente comentado de un modo exhaustivo por RICARDO DE ÁNGEL. *Los créditos derivados del contrato de obra*, Tecnos, Madrid, 1969), el 1.650 (que permite a los acreedores del enfiteuta librarse del comiso redimiendo el censo), o el 1.937, que permite a los acreedores y a cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, el utilizarla, a pesar de la renuncia expresa o tácita (1.935 Código Civil) del deudor o propietario.

En relación a *los medios de ejecución*, se ocupa CASTÁN tal y como lo hacen la generalidad de los autores, de la disciplina del concurso y sus efectos, así como de la clasificación y prelación de los créditos. Decir que esta última materia se ha visto afectada por nuevas leyes, como el reciente Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, piénsese en artículos tan importantes como el 32; recientemente véase a este respecto: «Examen de la preferencia concedida a los créditos salariales por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, y su repercusión en el Registro de la Propiedad», de FRANCISCO SENA, artículo publicado en el *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*.

La transmisibilidad de las obligaciones

Razón tiene CASTÁN cuando dice que la transmisibilidad de las obligaciones es una idea moderna. En efecto, en el Derecho romano más puro, la obligación no se transmitía ni activa (del lado del acreedor), ni pasivamente (del lado del deudor), si no era «novada». Poco a poco, la idea favorable a la transmisibilidad de las obligaciones, incluso en el propio Derecho romano (quizá a través de la figura del *procurator in rem suam*, como hace notar SCHULTZ) se va abriendo camino. Hoy no se discute la llamada «cesión del crédito» (arts. 1.526 y sigs. Código Civil), y el maestro le dedica un amplio estudio que culmina con las cesiones especiales.

Pero su tarea más plausible es que se inclina favorablemente por la

asunción de deuda (SCHULDÜBERNAHME), a pesar de que nuestro Código Civil, como señalan Díez-Picazo y Gullón, es «extremadamente parco» (nosotros podríamos calificar de reacio) en esta materia. Cita CASTÁN la obra del profesor DE DIEGO *La transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid, 1912, en apoyo de su tesis, y sobre todo la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1950, «a cuyo tenor no aparece en el Código Civil precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea, el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente constituyéndose en deudor, y liberando al deudor primitivo».

Y no se queda CASTÁN ahí. En lo que denomina «orientaciones novísimas», se muestra partidario de la cesión de contrato. A «Don José Beltrán de Heredia, amigo y maestro», dedica Manuel García-Amigó su obra *Cesión de contratos en el Derecho español*, Madrid, 1964, Ed. Revista Derecho Privado.

B) TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO DESDE LA NOCIÓN A INEFICACIA DEL MISMO

Arranca CASTÁN en su estudio de la parte general del contrato, de la idea comúnmente admitida que supone en los ordenamientos primitivos la no equivalencia de los términos contrato y convención. Así, por ejemplo, en el Derecho romano, como hace notar SHULTZ, la voz *contratus* fue usada literal y metafóricamente, sobre todo en su verbo *contrahere*. Usado metafóricamente *contrahere* significó *realizar*, perpetrar o concitar, pero no (primariamente) celebrar un contrato. Es en las *Instituciones*, de GAYO, donde aparece, quizá por primera vez el contrato como fuente de obligaciones: *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Hoy, no cabe la menor duda de la equivalencia entre los términos contrato y pacto o convención. Y ello fundamentalmente ha sido fruto de tres corrientes: los canonistas, que establecieron el *pacta sunt servanda*; el voluntarismo jurídico de la escolástica tardía, el *solus consensus obligat*, y el iusnaturalismo racionalista y pensamiento de la Ilustración. Según CASTÁN, el concepto moderno de contrato está caracterizado por dos notas básicamente: a) constituir una categoría abstracta, y b) tener su base en la convención o pacto.

En efecto, en la actualidad, el contrato se ha convertido en un «supra-concepto» (*oberbegriff*), que se aplica no sólo en Derecho privado, sino también en Derecho público (tratados o acuerdos), e inclusive al Derecho de familia (contrato matrimonial, capítulos matrimoniales...), pero lo que no es menos cierto es que, en sentido restringido y técnico, sólo se aplica

al Derecho patrimonial: negocio jurídico bilateral que incide sobre relaciones patrimoniales, creándolas, modificándolas, transformándolas o extinguiéndolas. Y en este tenor, el artículo 1.254 Código Civil, al declarar el momento de perfección (CASTÁN) del contrato.

La autonomía de la voluntad

Si hay un reino del señorío de la voluntad, de todas formas palpable, es el reino de la contratación. El dogma de la autonomía de la voluntad, pues, rector de la concepción tradicional del contrato, tiene diversas manifestaciones que podemos reconducir a dos: la «autodecisión» y la «autorregulación».

— La autodecisión implica que la celebración del contrato es enteramente libre. Así, se habla de consensualismo (art. 1.258 Código Civil), el contrato se perfecciona por el mero consentimiento, y espiritualismo (art. 1.278 Código Civil), en principio no hace falta ninguna forma especial para su eficacia. Y el propio legislador civil asegura este principio de libertad, mediante la exigencia de una cierta capacidad contractual (art. 1.263 Código Civil), y la sanción de los vicios del consentimiento (art. 1.265 Código Civil).

— La autonormación se plasma en el artículo 1.255 del propio Código Civil. Las normas que regulan el contrato son en su mayor parte dispositivas, y no imperativas. Y no se olvide que el contrato obliga, no por el *votum* o juramento (art. 1.260 Código Civil), sin oporque la Ley (art. 1.089, 1.091...) quiere que así sea.

Ahora bien, en nuestros días, la autonomía de la voluntad no tiene un valor absoluto, y por eso aparecen limitaciones. Y estas limitaciones las analiza CASTÁN, no sólo partiendo de las que ya aparecen en el propio Código Civil (escasas porque es hijo del espíritu del siglo), como v.gr., 1.102, renuncia a la responsabilidad por dolo o malicia; 1.116, condiciones contra las buenas costumbres; el propio 1.255 o el 1.275, nulidad de la causa opuesta a la moral, sino deteniéndose en lo que denomina nuevas figuras contractuales: contratos de adhesión, normativos, colectivos..., incluso cita a Díez-Picazo y su tesis en relación a los contratos forzosos o impuestos. Y previene contra el posible abuso en estas figuras por el lado de la parte contratante más fuerte. «Por fortuna —dice textualmente—, tratándose de nuestro Derecho, hay una base en el Código Civil para aplicar a los contratos de que se trata (los de adhesión): un criterio especial de interpretación. Como habrá sido la empresa que dictó las condiciones del contrato la que ha dado lugar a la imprecisión o vaguedad

que se observe en las cláusulas del mismo, ha de ser ella la que debe sufrir las consecuencias, conforme al artículo 1.288 del Código Civil.» —*Vide*, modernas leyes en esta misma dirección, como la nueva Ley de Seguros de 8 de octubre de 1980—.

Pasando por alto su estudio de la clasificación de los contratos (tan amplio o más que el cuadro que veíamos de clasificación de las obligaciones), de sus elementos (art. 1.261 Código Civil) y de las especialidades en el Derecho foral en punto a las obligaciones y contratos en general, se detiene en los problemas que suscita la interpretación de los mismos.

La interpretación del contrato

En general, en materia contractual, «interpretar» es aquella actividad del intelecto dirigida a precisar el sentido y alcance de una declaración de voluntad. En este orden de ideas hay que diferenciar la interpretación de otras figuras conexas: la calificación y la integración del contrato. La calificación determina qué contrato han querido las partes celebrar (no qué es lo que se ha querido por los contratantes en el contrato en cuestión); la integración, o interpretación integradora en frase feliz de algún autor, sirve para añadir cuestiones que han de considerarse incluidas en el negocio junto a las cláusulas expresamente consignadas.

Y al pronto, en materia de interpretación, la doctrina se plantea principalmente dos temas: ¿Debe haber normas? ¿Qué criterios deben presidirlas? ¿Deben los Códigos dictar reglas en materia de interpretación? La solución es más que problemática, la interpretación no puede reconducirse a criterios apriorísticos, vagos, imprecisos, que poco o nada van a resolver. Así lo han entendido modernos Códigos (el alemán o el suizo, v.gr.), que se limitan a hacer referencias generales a la buena fe, intención de los contratantes o los usos o costumbres. Sin embargo, los Códigos de tipo latino dictan normas en materia de interpretación. El nuestro, en concreto, los artículos 1.281 a 1.289, que siguiendo a CASTÁN, podemos sistematizar del modo siguiente: *a)* Términos claros. El artículo 1.281, 1.º, dice: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus palabras». Basándose en este precepto, el Tribunal Supremo ha sostenido el falso axioma *in claris non fit interpretatio*, dado que determinar cuando una cuestión es o no clara, ya es interpretar.

b) Términos impropios. Se ocupa de ellos el párrafo segundo del artículo 1.281, al disponer: «Si las palabras aparecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Como declaró el Centro Directivo ya en Resolución de 22 de junio de 1950, la intención ha de ser común a las partes y resultar evidenciada.

También los artículos 1.282 y 1.283. El primero señala que «para juzgar la intención de los contratantes, se atenderá principalmente a los actos de estos coetáneos y posteriores al contrato». Al decir principalmente, no quiere decir que se excluyan los actos anteriores, pues en estos actos preparatorios, como establece el Tribunal Supremo, se encuentra a menudo el mejor índice de la voluntad de los contratantes. El segundo declara de un modo terminante que «cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendido en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los contratantes se propusieron contratar». No es más que una consecuencia de los preceptos anteriores, y del principio subjetivista.

c) Cláusulas dudosas. Aquí el legislador combina varios criterios: criterio lógico y sistemático; artículo 1.285, «deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas». Lo complementan los artículos 1.284 y 1.286. El elemento consuetudinario, que aparece en el artículo 1.287. Y por último, los criterios que el maestro denomina (arts. 1.288 y 1.289) técnico-jurídicos y de equidad contractual. Como vemos, sigue nuestro Código Civil la corriente subjetivista, pero de un modo moderado, pues no descuida el significado «usual» de las palabras (tesis objetivas).

La vida del contrato

Podríamos decir que el contrato, como institución viva, se desarrolla en el tiempo, *ex intervallo temporis*, y aunque en rigor comprenda dos fases (la consumación son sus efectos), suele hablarse de tres estadios. la generación, su perfección y la consumación.

Generación

Después de poner de relieve CASTÁN cómo el consentimiento de los contratantes no surge por generación espontánea, sino que es fruto de los llamados tratos o conversaciones preliminares, se plantea al igual que la generalidad de la doctrina, en esta fase contractual, dos problemas: la posible fuerza vinculante de la oferta y el de la llamada *culpa in contrahendo* u obligaciones precontractuales. Al primer asunto ya se aludió anteriormente. ¿Cuál es la postura de CASTÁN respecto del segundo?

Dice: «Aun cuando nuestro Código Civil no reconoce expresamente esta especie de responsabilidad, creen, con razón, algunos modernos escritores (MENÉNDEZ-PIDAL, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, BLANCO, ESPÍN.

BONET, etc.) que podría ser construida aquélla sobre la base de los principios generales del Derecho, extraídos de algunos preceptos fragmentarios de dicho cuerpo legal, como los artículos 1.725, 1.270, apartado segundo; 1.486, apartado segundo, y especialmente el 1.902».

Podemos añadir nosotros que si bien nuestro Código Civil no contiene un artículo que se refiera concretamente a la materia, como sucede con el Código Civil italiano (art. 1.337, que impone a las partes, en la fase precontractual, la obligación de un comportamiento de buena fe), tras la reforma del título preliminar, puede afirmarse la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados en esta fase de generación, en base al principio general de la buena fe del artículo 7, apartado primero (que, por otra parte, despliega una fuerza específica en la materia de obligaciones y contra; véase el 1.258 *in fine* del Código Civil).

Perfección

Dando por sentado (arts. 1.258 y 1.262 Código Civil) que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, el cual se manifiesta por el concurso de la oferta y aceptación, así como los requisitos de modo y tiempo de dicha oferta y aceptación, se detiene CASTÁN en el problema clásico que plantea esta etapa contractual, esto es, la contratación entre ausentes.

Existen al respecto varias teorías:

- la de la emisión: se perfecciona desde que se emite o declara la aceptación;
- la del conocimiento: se perfecciona desde que esa aceptación es conocida por el oferente, y
- Teorías intermedias como la de la expedición (desde que se expide la aceptación, así cuando se deposita la carta en Correos) o la de la recepción (desde que llega a poder del oferente, aunque no abra la carta en ese instante).

Nuestro ordenamiento jurídico-privado se divide. El Código de Comercio sigue en su artículo 54 la teoría de la emisión («...desde que se conteste aceptando la propuesta...»), en cambio el Código Civil sigue la del conocimiento (recientemente aludía a la misma la DGRN en resolución de 19 de enero de 1989), en el artículo 1.262, párrafo segundo: «La aceptación hecha por carta (y la misma regla —dice CASTÁN— habrá que aplicar a la que se haga por telegrama o telefonema, se podría apostillar, etc., télex, telefax) no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. En tal caso, el contrato se presume celebrado en el lugar de la oferta».

Y termina CASTÁN analizando, entre otros muchos problemas, dos que parecen clave: 1) ¿Puede el aceptante revocar la aceptación utilizando un medio más rápido? Parece inclinarse por la tesis de PUIG BRUTAU, que entiende que sí, porque aún no ha llegado a conocimiento del oferente. 2) ¿Quid si el oferente retrasa maliciosamente el conocimiento de la aceptación? (por ejemplo, dejando sin abrir la carta). Entienden autores —anota— como PÉREZ Y ALGUER, o ALBERTO BLANCO, que en estos casos es más lógico entender que el contrato se perfeccione desde que razonablemente se pudo tener conocimiento de la aceptación, o bien presumir dicho conocimiento por la simple recepción, ya que así lo exige el principio de la buena fe contractual. Por nuestra parte, pensamos que en esta cuestión también puede tener aplicación la doctrina del silencio como declaración de voluntad, siempre que el que calle, pueda y esté «razonablemente» obligado a contestar o hablar.

Consumación

La consumación del contrato se produce cuando éste despliega sus efectos. Estos efectos pueden ser comunes a todos los contratos (su obligatoriedad) y especiales de cada figura contractual, que no es el caso aquí a examinar. Respecto de los primeros, aparte del artículo 1.091, ya examinado, el Código Civil les dedica los artículos 1.254 a 1.260, que, salvo el 1.256 («la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», pero sí al arbitrio de un tercero, véase, v.gr., la llamada *venta quanti T.rem aestimaverit* del artículo 1.447 Código Civil) y 1.257 (principio de la relatividad del contrato) han sido suficientemente comentados.

El efecto esencial del contrato es, pues, su *obligatoriedad* para las partes contratantes, lo cual trae como consecuencia su irrevocabilidad por voluntad unilateral (1.256 Código Civil. Esto, no obstante, dice CASTÁN, tiene sus excepciones como, v.gr., el desistimiento unilateral que se admite en ciertos contratos (mandato, sociedad...). Pero sobre todo le preocupan las modernas «Teorías sobre la revisión judicial del contrato». Efectivamente, en ocasiones se produce una alteración de circunstancias que hace excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato para una de las partes, lo cual tiene importancia máxima en los contratos de tracto sucesivo o de larga duración. Se ofrecen tres tipos de soluciones: 1) Legales, las llamadas leyes de emergencia; 2) contractuales: como, por ejemplo, las cláusulas de estabilización; 3) y judiciales, surgiendo aquí las distintas tesis que tratan de fundamentar la posible revisión judicial de los contratos. CASTÁN apunta las siguientes:

— Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*.—Formulada por autores como STAMMLER, en su *Filosofía del Derecho*, y entre nosotros por CANDIL o ATTARD (*En torno a la cláusula «rebus sic stantibus»*, Valencia, 1956), con base en el Derecho romano (Africanus). Fundamenta la revisión en circunstancias subjetivas, entendiendo que existe en todo contrato una cláusula implícita, mediante la cual las partes consienten en obligarse recíprocamente *rebus sic...*, mientras el estado de cosas continúe así.

Hoy está en decadencia, pues sobre todo (DÍEZ-PICAZO) adolece de vaguedad. No precisa qué circunstancias hayan de mantenerse inalteradas a fin de que el contrato siga vigente.

— Teoría de la base del negocio.—Seguida por OERTMANN, a quien cita el maestro, resumiendo un doble fundamento: subjetivo, representación mental de las partes en orden a determinadas circunstancias, cuya «subsistencia» se presupone, y objetivo, el estado general de cosas «necesario» para que el vínculo contractual tenga sentido.

— Teoría del riesgo imprevisible.—La recoge principalmente la doctrina (HAURIOU) y jurisprudencia francesa, que atienden principalmente a la idea de imprevisibilidad, para postular la posición de revisión judicial.

— Finalmente, añadiríamos la teoría de la excesiva onerosidad del Código italiano (CASTÁN la examina en otro lugar de su obra) y que se plasma en su artículo 1.467.

Hay que poner de relieve cómo nuestro Tribunal Supremo (Sentencia de 17 de mayo de 1957 ó 6 de junio de 1959) «insiste en el carácter excepcional» (CASTÁN) de la revisión contractual por pugnar con el dogma de la obligatoriedad del contrato.

La Compilación Navarra, en su Ley 493, dispone: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta *solicitar la revisión judicial* para que se modifique la obligación en términos de *equidad* o se declare su resolución». Y no se olvide que la equidad como principio general del que esta materia quizás sea aplicación, aparece consagrado tras la reforma operada por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que desarrolla la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, en el artículo 3 del título preliminar de nuestro Código Civil.

Y después de analizar el artículo 1.257 y en concreto las estipulaciones en favor de tercero (hoy incluso podría decirse que hay contratos celebrados en interés de tercero, *vide*, v.gr., la figura del beneficiario en el seguro de vida, arts. 83 y sigs. Ley de Seguros de 8 de octubre de 1980), termina

CASTÁN su estudio que lo podríamos denominar parte general del contrato, con el problema de su ineficacia.

La ineficacia contractual

Tienen razón PICAZO y GULLÓN cuando determinan que la ineficacia es, ante todo, una sanción. Una reacción del ordenamiento jurídico ante una infracción negocial. Nuestro Código Civil, según CASTÁN, regula (si bien de modo un tanto confuso) la nulidad, la anulabilidad, la rescisión y la inexistencia. Es más, hay veces que la sanción a la ineficacia es meramente indemnizatoria, así el dolo incidental, sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios, cfr. al artículo 1.270 *in fine* Código Civil.

— *Inexistencia*. Contrato inexistente es aquel que carece de alguno de sus elementos esenciales y, por tanto (no es), no nace a la vida jurídica. Coinciden la generalidad de los autores en que el concepto de «inexistencia» es una construcción artificiosa de la dogmática francesa para salvar el principio *pas de nullité sans lois*. En nuestro Código Civil parece referirse a la inexistencia el artículo 1.261, al exigir («no hay» —señala) el consentimiento, objeto y causa, para que el contrato exista. Pero dado lo dificultoso de la distinción, otras veces (como en el art. 1.275) equipara los conceptos de inexistencia y nulidad. Este —dice CASTÁN— es el criterio seguido por la *communis opinio* y por la jurisprudencia.

— *Nulidad*. Emplea CASTÁN el adjetivo «radical», y la define como «aquella imperfección del contrato que impide a éste, *ipso iure*, producir sus efectos propios», por, v.gr., ausencia de los elementos esenciales (art. 1.261), violación de una norma prohibitiva, ausencia de formalidades cuando la forma sea exigida como requisito esencial..., etc. Se produce *ipso iure* (pero si el negocio nulo ha creado una apariencia de validez, habrá de destruirse mediante la acción de nulidad, que puede ejercitarse por cualquiera); es absoluta, no produce efecto alguno. Pero puede producir efectos indirectos (como lo permite el art. 6, 3.º, del título preliminar; así, por ejemplo, el art. 715, en sede de testamentos, permite la validez del testamento cerrado como ológrafo, si todo él estuviere escrito y firmado por el testador, y tuviere las demás condiciones propias de este testamento); por ser perpetua, la acción declarativa de nulidad es imprescriptible; no puede ser objeto de confirmación o sanación (art. 1.310), y finalmente, si en todo o en parte se hubiera ejecutado el negocio, procederá la reposición (art. 1.303).

La anulabilidad. «Es aquella imperfección, menos enérgica —derivada sobre todo de determinados vicios de capacidad o de voluntad—, que da lugar a una acción de impugnación, la cual, si es ejercitada con éxito,

produce la destrucción del acto con fuerza retroactiva». Y añade con acierto CASTÁN que esta especie de ineficia es la regulada (arts. 1.300 y sigs.) en el capítulo VI, título II, libro IV, del Código Civil.

— Y en capítulo aparte, estudia finalmente, *la rescisión*.—Artículos 1.290 y siguientes.

Acude primero CASTÁN a la historia del Derecho para tratar de enmarcar esta difusa institución. Para algún autor —MIRABELLI— la rescisión no se sabe si existe, ni qué es, ni para qué sirve. Históricamente, en el Derecho romano, se la configuró como un remedio extraordinario (*extraordinarium auxilium*) para evitar las consecuencias injustas de un acto, que en sí y según el *ius civile*, era válido. Se basaba, pues, en el Derecho honorario (la *restitutio in integrum* y el *interdictum fraudatorium*) y en el Derecho imperial (la lesión *ultradimidium*, que aparece en sendas constituciones de Diocleciano y Maximiano).

Pero cuando aparece la rescisión nítidamente diferenciada de la anulabilidad, es en el Derecho de las Costumbres francesas: *action en rescision* (nulidad relativa que tenía su causa en el Derecho romano) y *action en nullité* (en las ordenanzas y costumbres).

Hoy día, y en lo que hace referencia a nuestro Código Civil, podemos decir que son dos, las notas que tipifican la rescisión: *a)* que supone un contrato válido, como se deduce del artículo 1.290, y que *b)* es un remedio subsidiario que concede el ordenamiento para paliar un perjuicio o fraude, o lo que es lo mismo un agravio jurídico-económico (arts. 1.291, 1.292 y 1.294 Código Civil).

Nada decimos, porque se ajusta CASTÁN a los moldes clásicos, en cuanto a sus causas, efectos, plazo para el ejercicio de la acción (que parece más de caducidad que de prescripción, «dura cuatro años», dice el art. 1.299) y sus relaciones con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria. No se detiene en cambio en la idea de «reparación».

Si la anulabilidad supone esencialmente un vicio contractual, la rescisión supone, como hemos visto, un perjuicio o fraude, un agravio jurídico-económico que decíamos. En este sentido, lo primordial es su reparación. Por eso, el ejercicio de la acción de rescisión puede ser detenido mediante el abono del perjuicio causado. No desconoce nuestro Código Civil estas ideas; y así, el artículo 1.077, a propósito de la partición, dice: «El heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición».

Decir por último que se han suprimido en nuestro Código Civil una serie de consideraciones subjetivas que tradicionalmente desde el punto de vista histórico daban lugar a la rescisión: como la situación angustiosa, inexperiencia, o lo limitado de las facultades mentales de alguno de los

contratantes, quizá porque adolecían de cierta vaguedad y sobre todo tendían a la confusión con los vicios del consentimiento. Pero totalmente no ha querido el legislador patrio que desaparezcan de nuestro ordenamiento. Y así, estas circunstancias se recogen en la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, que en su artículo 1 preceptúa: «Son nulos: 1.º Los préstamos en que se estipula un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condicionales tales que resulten leoninos, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario o causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales...».

C) LOS DIVERSOS CONTRATOS: SUS TIPOS

Aquí, en un Manual «típico» de CASTÁN TOBEÑAS, es donde más se nota el paso del tiempo y la aparición de nuevas leyes. En definitiva, la evolución del Derecho. Como dice HEINRICH HENKEL, «el sumo valor directriz del Derecho sólo puede ser una meta social: la perfección en las relaciones interhumanas en tanto en cuanto éstas caigan dentro del sector de regulación del mismo».

Así, en los que CASTÁN llama «contratos traslativos de dominio», permanecen más o menos, la compraventa (apuntaríamos la Ley de 1965, 17 de julio, de venta de bienes muebles a plazo) y la donación. Igual puede decirse del contrato de permuta (anota el mismo CASTÁN la Ley de 11 de mayo de 1959, en cuanto a las permutas forzosas, para solucionar el problema de los enclaves de fincas, actualmente, véanse los arts. 261 y siguientes de la Ley de Reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973) y cesión de créditos.

Si bien, con respecto a la cesión, apuntábamos las novísimas ideas de la cesión del contrato. Mas, ¿quid, con relación a las otras figuras contractuales? Sigue siendo válido el esquema para su análisis, pero precisa de actualización su contenido sobre todo desde el punto de vista legal. Vamos a echar una ojeada.

— Contratos traslativos del uso o disfrute. El capítulo dedicado al arrendamiento, en general, perdura. Sin embargo, los arrendamientos, sujetos a leyes especiales, han sufrido importantísimas modificaciones. En punto a los arrendamientos urbanos, destacaríamos el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, el cual entró en vigor el 9 de mayo de dicho año, y que como cuestión más importante en relación con nuestra materia, dispone en su artículo 9 la supresión de la prórroga forzosa en los contratos de arrendamientos urbanos, al decir: «Los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en

vigor del presente Real Decreto-ley tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la LAU, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil».

De otro lado, los arrendamientos rústicos han sido objeto de una legislación nueva: la Ley de 31 de diciembre de 1980.

- Contratos de trabajo y gestión. Aquí aparece, v.gr., el Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980. Es francamente aprovechable el estudio que hace CASTÁN del contrato de ejecución de obra o del mandato, planteándose respecto de este último la cuestión del mandato irrevocable.
- Respecto a los contratos de gestión colectivo (sociedad) y de custodia (depósito), predicar también su aprovechabilidad, sin perjuicio de la remisión en cuanto a sociedades al Derecho mercantil, y por lo que se refiere al contrato de hospedaje a las muy numerosas normas de carácter administrativo sobre la materia.
- Los contratos aleatorios han quedado trastocados con la aparición de la Ley de Seguros de 8 de octubre de 1980, y la autorización del juego en España. Y otro tanto puede decirse de las instituciones conexas con el arbitraje, tras la Ley de 5 de diciembre de 1988. Mantienen su actualidad, con más o menos limitaciones, los que CASTÁN denomina contratos de garantía (fianza, etc.). Obligada es la remisión a la legislación hipotecaria, y a la de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

Vamos, pues, en esta visión panorámica de la obra de CASTÁN, a detenernos en algunos aspectos de la compraventa y de la donación.

Compraventa

La idea de «cambio» es tan antigua como la humanidad misma. El trueque al principio fue de cosa por cosa: permuta. Cuando aparece el dinero como medio de pago, la permuta queda rezagada y surge la compraventa. De los tipos de compraventa: real, manual o natural; consensual y productora de obligaciones, y consensual y traslativa de dominio, el Código Civil español sigue el molde de la compraventa romana, o sea, consensual y generadora de obligaciones.

Es por eso certero CASTÁN, cuando caracteriza a la compraventa en nuestro ordenamiento, como un contrato consensual (arts. 1.445 y 1.450),

bilateral, oneroso, generalmente conmutativo (cabe la compraventa de cosas futuras) y traslativo de dominio. Pero traslativo de dominio, añadiríamos, en el sentido del artículo 609 del Código Civil, sirve de título para las transmisiones de dominio, pero necesita de la tradición (arts. 1.462 y sigs. Código Civil).

Por ello, al organizarse la compraventa en nuestro Código Civil bajo el prisma del sistema romano, caben figuras como el pacto de reserva de dominio, e incluso la venta de cosa ajena. Con respecto al primero se distingue entre bienes muebles e inmuebles. Por citar autores representativos y como adenda al CASTÁN, RODRIGO BERCOVITZ, en punto a los muebles, considera que dicho pacto constituye un derecho de prenda sobre la cosa vendida, y en el fondo, somete la tradición de la cosa a una condición resolutoria. Y con referencia a los inmuebles, AMORÓS GUARDIOLA, considera que se trata de un acto sujeto a la condición suspensiva referida al efecto de la transmisión del dominio y no a la totalidad del contrato (después se detiene a justificar su inscripción en el Registro).

La venta de cosa ajena —CASTÁN— es válida en nuestro Derecho, dado que la propiedad no se transmite por el simple contrato, sino por el contrato unido a la tradición. Y añade: «El sistema contrario tiene su representación en el Derecho francés, donde impera como regla general el principio del artículo 1.599 del Código de Napoleón, según el cual la venta de cosa ajena es nula».

Del amplio estudio que hace de la compraventa, en este trabajo vamos a analizar la teoría de los riesgos. Nadie duda que la principal obligación del vendedor es la de entregar la cosa vendida; pero ¿si perfecta la venta, la cosa objeto del contrato perece o se destruye, quién ha de soportar la pérdida?

Desde luego si la cosa perece por causas subjetivas imputables al vendedor (dolo, culpa o mora), será él quien soporte esa pérdida (artículos 1.096, 1.182, etc., Código Civil). El problema se plantea cuando no hay culpa del vendedor. A este problema se han ofrecido soluciones que dependen de distintas teorías o sistemas:

a) Sistema romano. El riesgo lo soportaba el comprador una vez perfecta la venta (*periculum est emptoris*). La obligación de comprador y vendedor eran independientes: la *emptio* y la *venditio*, por lo que aunque uno no pudiera cumplir, el otro debía hacerlo.

b) Sistema francés. El riesgo es para el dueño de la cosa (*res perit domino*). La compraventa transmite el dominio por el solo consentimiento. Así la cosa sigue pereciendo para el comprador, pero por ser dueño de ella.

c) Sistema alemán. Es el opuesto al sistema romano: el riesgo lo

soporta el vendedor hasta que realice la entrega; una vez realizada la entrega, los riesgos son del comprador.

d) Sistema español. Señala CASTÁN que nuestro Código Civil contiene una regla general y una excepción. Así, los dos primeros párrafos del artículo 1.452, disponen: párrafo primero, «El daño o provecho de la cosa vendida después de perfeccionado el contrato se regirá por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182». En estas líneas, el Código Civil no da solución al problema, ya que sólo aclara que el vendedor no responde cuando la pérdida se produce por caso fortuito, y si si hay culpa por su parte; mas no soluciona si el comprador ha de pagar el precio. «Esta regla, dice el párrafo segundo, se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.»

Y la excepción, párrafo tercero: «Rige para las cosas fungibles que se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, en las cuales no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado y medido, a no ser que éste se haya constituido en mora».

Deduce, pues, CASTÁN que nuestro Código Civil acepta implícitamente el principio *periculum est emptoris* del Derecho romano, tesis que siguen la mayoría de nuestros comentaristas. Moderadamente, y de un modo contundente, ALONSO PÉREZ establece que la contraposición del último párrafo del artículo 1.452 con los anteriores, muestra que nuestro Código Civil se pronuncia por el sistema romano:

- porque si en este último caso se le imputa el riesgo al comprador «solo» cuando las cosas se hayan pesado, medido, o contado, es evidente que cuando no se precisen esas operaciones (así en la venta de cosas no fungibles, o de cosas fungibles sin relación al peso, número o medida), el riesgo recaerá sobre el comprador de modo directo;
- porque el Código Civil sigue el sistema romano al liberar al vendedor de la obligación de entregar, liberación que sería ilusoria si además de la cosa perdiera el precio;
- porque la fórmula «daño y provecho» se refiere a los términos latinos *periculum et commodum*, que se atribuían al comprador. El *commodum* o ventajas se le atribuyen al comprador en varios pasajes de su articulado: artículos 1.095 y 1.468 (frutos) o 1.186: «Extinguida la obligación por pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». El *periculum* es lógico que corra, pues, de su cuenta, y no solamente el *periculum rei*, sino el *periculum pretii*.

La donación: el problema de su naturaleza.

Ante esta problemática CASTÁN se manifiesta tajante: «Siguiendo la tradición de las Instituciones de Justiniano, la considera el Código Civil como un modo de adquirir la propiedad (art. 609) y la regula en su Libro III. Pero —dice— este criterio es erróneo..., la donación es un simple título traslativo, que necesita de la tradición para que el dominio quede trasladado de un modo efectivo al donatario».

La donación para él es, pues, un contrato, como lo prueba dentro del Código Civil: 1) La exigencia de la aceptación del donatario (arts. 618 y 629). 2) La circunstancia de haber de regirse las donaciones entre vivos (que son las más típicas) por las disposiciones generales de obligaciones y contratos, en todo lo no previsto en el título dedicado a la donación (art. 621). En análogo sentido, el Tribunal Supremo, en conocida Sentencia de 7 de diciembre de 1948 (y curiosamente la estructura del actual Programa de Oposiciones al Notariado).

Sin embargo, para otros autores la donación por lo que concierne al Código Civil español, no es un contrato, sino más bien un modo de adquirir y negocio traslativo. En este sentido, CALVO SORIANO («Tradición y donación», en los *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, 1946), SÁNCHEZ BLANCO («Sobre la naturaleza y forma de la donación», en *Información Jurídica*, 1952), o PUIG BRUTAU en sus *Fundamentos*.

CALVO SORIANO, v.gr., fundamenta su posición en diversas razones: a) las expresiones legislativas «acto» y «disponer» (art. 618); b) de la dicción del propio artículo 609, y, en definitiva, del plan y sistema reflejado en el epígrafe del Libro III. Resulta para este autor evidente la calificación legal de la donación como «modo» de adquirir, puesto que la contrapone claramente a los contratos; c) el artículo 634 prohíbe la donación de cosa futura, en cambio el artículo 1.271 permite los contratos sobre cosas futuras; y d) el artículo 624, que exige para otorgar la donación, no sólo la capacidad necesaria para contratar, sino también la capacidad de disponer (curiosamente también este es el criterio del Programa de Registros, que disciplina la donación al final del Tratado de Sucesiones).

Hoy, recientes leyes parecen seguir el último de los precitados criterios. Así, el concepto amplio de transmisión patrimonial se sujeta a la Ley de Transmisiones Patrimoniales, texto refundido de 30 de diciembre de 1980, en tanto que las donaciones a la Ley de Sucesiones (la sucesión-modo) y Donaciones de 18 de diciembre de 1987.

Desde un punto de vista exclusivamente civil, quizá tenga razón PUIG BRUTAU, al pensar que la donación es un acto dispositivo y no un contrato, sobre todo a la vista de los artículos 609 y 618 de nuestro Código Civil,

siempre que se excluyan las otras dos posibles formas de donación: la donación obligacional y la donación liberatoria. Pensemos en los artículos 632 y 1.187 y sigs. del propio Código.

D) LOS CONTRATOS ATÍPICOS

Hemos alterado en aras de la claridad, y permítasenos, la sistemática de CASTÁN, y después de ofrecer una visión resumida y fragmentaria propia de un panorama, de los llamados contratos puramente típicos o nominados, examinaremos como aborda la cuestión de los llamados innominados o atípicos. Distíngue aquí dos agrupaciones: *a)* los llamados contratos mixtos, que suelen combinar diferentes tipos contractuales, y *b)* los totalmente atípicos.

Los mencionados en segundo lugar serán casos muy raros (*res nova*), y hay autores que hacen notar que sería muy difícil representarse tales negocios. El verdadero problema lo plantean los llamados contratos mixtos. Dos teorías contrapuestas menciona CASTÁN en esta materia, la tradicional o de la «absorción» (hay que buscar el elemento principal que domine la totalidad del negocio y aplicarle sus reglas), y la de la «combinación» (en los contratos mixtos las prestaciones corresponden a diversos contratos típicos, y deben combinarse las normas de esos diferentes contratos).

Cita a FUBINI, para quien el problema de estos contratos, se reduce a un problema de interpretación de la voluntad de las partes. Y una vez determinada la voluntad de las partes, deberá acudir a la analogía, siempre que ello sea posible. Y luego, a ENNECCERUS en su *Tratado*: «La solución compete siempre en última instancia al arbitrio judicial, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, especialmente inspirándose en el fin económico y en los legítimos intereses de las partes».

El Código Civil ha previsto —dice— casos de estas figuras contractuales:

- la donación onerosa (art. 622);
- la permuta con compensación en dinero (art. 1.446);
- el contrato de obra con suministro de materiales (art. 1.588), etc.

Y la doctrina señala otros casos:

- arrendamiento de cajas de seguridad;
- el contrato de garaje;
- el contrato de suministro;
- el contrato de educación;
- el contrato de exposición;

- el contrato de corretaje;
- el contrato de edición, etc.

Matizaríamos que en la vida actual del ordenamiento muchas de estas figuras han sido objeto de interesantísimas y completas monografías, como botón de muestra vaya nuestro recuerdo a MANUEL SANPONS, *El contrato de corretaje* (Editorial Montecorvo, Madrid, 1965, publicada ya fallecido), o se ha ocupado el legislador de las mismas, v.gr., el contrato de edición, al que dedica el capítulo II (arts. 58 y sigs.) la reciente Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, que vino a sustituir a la venerable de 10 de enero de 1879, regulándolo de un modo bastante completo.

E) LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

Termina CASTÁN su tratado (porque así puede calificarse) de obligaciones y contratos, con dos apartados bajo esta rúbrica general. El primero lo dedica a los cuasicontratos; el segundo, a las obligaciones derivadas del acto ilícito. Es lo que el Código titula «De las obligaciones que se contraen sin convenio».

Los cuasicontratos

Atina una vez más CASTÁN cuando pone de relieve la «artificiosidad» de esta institución. En efecto, el cuasicontrato aparece mencionado en el artículo 1.089 del Código Civil al enumerar las fuentes de las obligaciones. Pero para perfilar su concepto hay que acudir a sus orígenes, pues esta figura se debe a una confusión de los intérpretes del Derecho romano.

GAYO, observando que había obligaciones que no nacían ni del contrato, ni del delito, añadió una clasificación a su doctrina de las fuentes de las obligaciones, aquéllas que nacían *ex variis causarum figuris* (de variadas figuras de causas), e incluyó las que nacían *quasi ex contractu* (como de contrato), y *quasi ex delicto* (como de delito). Por la Paráfrasis de Teófilo, se produce la transmutación de términos, *ex quasi contractu*, apareciendo así la figura del cuasicontrato.

En esta misma línea se mueve DÍEZ-PICAZO, para el que de estos orígenes resulta la vacuidad de la institución. Por eso, de las especies de cuasicontratos que recogía Justiniano: la *communio incidens*, *tutelae vel curae gestio*, *hereditatis adiutio*, *negotiorum gestio* y *solutio indebiti* (luego, para algunos autores, se añadió la *litis contestatio*), sólo la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido han pasado al Código Civil.

Incluso, ¿cabe hoy calificar de cuasicontratos a estas dos especies? A

pesar que autores como VINNIO o WOLFF intentaron justificar el cuasicontrato en la idea del consentimiento tácito o presunto, en la actualidad, o son obligaciones *ex Lege*, o caben de las relaciones de gestión, o son aplicaciones de la teoría del enriquecimiento injusto. Creemos que la «voluntariedad» de que al definirlos habla el artículo 1.887 Código Civil («hechos lícitos y puramente voluntarios...») y la obligatoriedad consiguiente («de los que resulte obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados»), no son sino consecuencia de ese principio general del Derecho de que nadie debe enriquecerse a costa de otro, principio que cualquier ordenamiento contiene más o menos explícitamente, porque, como decía TRUDEL, es una máxima de equidad universal.

A estas ideas no es ajeno del todo nuestro legislador, y así el artículo 10, apartado 9, de nuestro actual título preliminar del Código Civil previene: «Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven. La gestión de negocios se regulará por la ley del lugar donde el gestor realice la principal actividad. En el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecimiento».

Nada decimos del estudio que luego hace CASTÁN de la gestión de negocios ajenos y del pago o cobro de lo indebido. Ahí está, todavía, pleno y presente. Incluso se plantea la posibilidad, que admite, de la existencia de cuasicontratos atípicos, y trae a colación una Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1909, no por antigua menos actual, que admitió el reintegro de los gastos, daños y perjuicios, en un caso de permanencia de un enfermo en casa ajena, donde murió, no habiendo existido una verdadera relación contractual de arrendamiento de servicios, por entrañar un cuasicontrato innominado o atípico, «de los definidos genéricamente» en el artículo 1.887 del Código Civil. De todas formas, previene contra su desmesurada extensión.

Las obligaciones derivadas del acto ilícito

Sigue aquí CASTÁN la opinión mayoritaria entre los autores, que han venido distinguiendo entre el ilícito penal (art. 1.092 Código Civil) y el ilícito civil (art. 1.093). Y, lógicamente, dedica más atención a las obligaciones nacidas de culpa o negligencia, a la llamada responsabilidad aquiliana. El principio general está formulado en el artículo 1.902 del Código Civil: «El que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Y sigue la pauta de la Sentencia de 13 de junio de 1942 (clave en la materia) en su exposición de los artículos 1.902 y sigs. del Código Civil. En resumen, para que pueda ser estimada la referida responsabilidad extracontractual, es necesaria la concurrencia de diversos requisitos o supuestos, integrados por la acción u omisión, la lesión o daño, la antijuridicidad o ilicitud, la culpa del agente, y la relación de causalidad entre el daño y la falta.

Por tanto, de los dos criterios que tradicionalmente se ha usado, para fundamentar esta responsabilidad, el de la responsabilidad subjetiva o por culpa (liga la obligación de indemnización a la culpa o negligencia del actor); o el de la responsabilidad objetiva o por riesgo, es el primero —dice— el propio del Derecho romano y de nuestro Código. Esto no significa —añade— que haya casos en el propio Código Civil, y fuera de él, de responsabilidad objetiva. Se muestra, de todas formas (en el terreno del Derecho civil puro), muy refractario a ella, aunque reconoce el giro fundamental que da incluso el Tribunal Supremo, en esta materia, sobre todo a partir de la Sentencia de 17 de julio de 1943.

Lo cierto es que el principio de responsabilidad objetiva se abre paso por múltiples factores, que van desde la industrialización y el maquinismo hasta las construcciones de la doctrina, por poner ejemplos, pensemos en SALEILLES, en Francia; UNGER, en Alemania; COVIELLO, en Italia, y en España, penalistas como JIMÉNEZASÚA o civilistas como OSSORIO y GALLARDO. Y nuestro querido Código tampoco desconoce la responsabilidad objetiva o por riesgo: artículos 1.602 (responsabilidad del transportista), 1.784 (responsabilidad de fondistas y mesoneros), 1.905 (responsabilidad del poseedor de un animal o el que se sirve de él) o el 1.910.

En la legislación posterior y especial, donde se desarrolla este criterio (expropiación forzosa, navegación aérea, riesgos nucleares, automóvil, caza, combustibles gaseosos, transportes...), que a pesar de lo que algún sector de la doctrina se esfuerce, no es incompatible con la responsabilidad por culpa, sino otra vertiente y posiblemente complementaria, porque en definitiva (recordamos a RICARDO DE ÁNGEL) no es más que imponer responsabilidad, a aquellas personas físicas o jurídicas, que independientemente de la bondad de su conducta, pueden crear un riesgo social.

Digamos, para finalizar, que el sistema de responsabilidad objetiva ha de complementarse con una conciencia social de asumir esos riesgos por parte de los poderes públicos (seguros obligatorios, etc.), pero también de la sociedad en general. O, lo que es lo mismo, no puede desconocerse en la actualidad la tendencia a la socialización del riesgo.

II. SU APORTACION Y SIGNIFICADO

A) ACTUALIDAD DE SU SISTEMÁTICA

Si hay una cualidad, indispensable para cualquier jurista, que manifiesta la actualidad de la obra de CASTÁN TOBEÑAS, es su objetividad. En todo momento de su obra trata no sólo de que el lector aprehenda su mensaje, sino de que lo contraste con el de los demás autores. Facilita al estudioso, curioso, o profesional del Derecho, la mayor cantidad de datos en punto a doctrina, jurisprudencia, Derecho positivo nacional o comparado, bibliografía, etc., a fin de que *secundum scientiam*, se llegue a la comprensión de la materia, en este caso, la obligación, el contrato, y sus aplicaciones concretas.

De ahí su utilidad y mérito didáctico. Porque aunque, por el paso del tiempo, algunas de sus tesis o configuraciones doctrinales hayan quedado anticuadas, eso es lo maravilloso del Derecho civil de CASTÁN, que resiste (a lo que él nunca se opuso) a las novedades y nuevas construcciones jurídicas, o a nuevas soluciones jurisprudenciales o legislativas.

Así, varias de las sentencias, por poner ejemplo, que se incluyen en su obra, tuvieron en su día trascendencia no solamente en los medios jurídicos, sino en la sociedad, por ser representativas de preocupaciones que estaban palpables. *Vide*, v.gr., y por lo que se refiere a nuestra materia (obligaciones y contratos), las de 6 de diciembre de 1912, en cuanto a indemnización de daños morales; la de 22 de mayo de 1942, referida a la problemática del mandato irrevocable; la de 14 de febrero de 1944, en relación al abuso del derecho, o la de 2 de diciembre de 1953, en lo que atañe a mora del comprador y riesgo en el contrato de compraventa, etc.

Pero si su obra puede situarse por derecho propio entre lo más relevante de la ciencia jurídica española, también es por la bibliografía que acompaña. Pocos tratados habrá en este caso tan exhaustivos, y con tanto rigor. Hemos elegido, al azar, una materia científica para corroborar nuestro aserto: los cuasicontratos. Pues bien, recoge más de cincuenta autores (compárese con otros manuales).

Y dejamos para el final, y no por ello menos importante, la claridad de su estilo. Un autor puede tener un enorme rigor en sus razonamientos, pero si su estilo es oscuro, difícilmente se hace asimilable. CASTÁN, aparte de razonar y fundamentar con intensidad las instituciones, goza de una ejemplar claridad expositiva.

B) VALORACIÓN CRÍTICA

La dogmática y los profesionales del Derecho españoles están acostumbrados a las obras de CASTÁN TOBEÑAS. Valorarlo, ya lo han hecho

(y muy positivamente) generaciones de los mismos. Se ha transformado con el paso de los años, para el científico, para el técnico, para el abogado en ejercicio, para el juzgador, para el opositor (persona muy querida por nosotros)..., en «clásico» del Derecho civil. Este es su mejor legado. Pero no queremos obviar una crítica. Se le ha acusado de «eclectico». Para nosotros fue mesurado. Habría que hacer notar su cargo de presidente del Tribunal Supremo en época controvertida de nuestra Historia reciente, en la que la medida, modestia y equidad fueron su lema.

Y cerramos esta vista panorámica de CASTÁN (obligaciones y contratos) con un rendido homenaje a cualificados autores: CALVILLO, DE LOS MOZOS, GARCÍA CANTERO. CASTÁN VÁZQUEZ, que revisaron su obra, poniéndola a disposición de los futuros juristas.

ANTONIO MANUEL OLIVA RODRÍGUEZ
Registrador de la Propiedad
Notario excedente

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO M.: *Derecho civil II* «Derecho de obligaciones. Parte general». Bosch, Barcelona, 1970.
- ALONSO PÉREZ, M.: *El riesgo en el contrato de compraventa*. E. Montecorvo, 1972.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles» *RCDI*, 1972.
- BERCOVITZ, R.: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre la naturaleza jurídica de la compraventa a plazos*. Madrid, 1971.
- BÉRGAMO, A.: *Protección y apariencia jurídica en el Derecho español*. Conferencia Colegio Notarial de Valencia, 1945.
- BETTI, E.: *Teoría del negocio jurídico*. Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1959.
- CARNELUTTI, F.: «Appunti sulle obbligazioni». *Rev. Dir. Comm.*, 1915.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho de obligaciones*. Tomo III, «La obligación y el contrato en general»; tomo IV, «Las particulares relaciones obligatorias». Reus, S. A., Madrid, 1961.
- DÍAZ-PAIRO: *Teoría general de las obligaciones*. 2.^a ed. La Habana, 1945-47.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*. Volumen III, Tecnos, Madrid, 1976.
- HERNÁNDEZ-GIL, A.: *Derechos de obligaciones*. Madrid, 1960.
- MIRABELLI: *La rescissione del contratto*. Napoli, 1951.
- NART, I.: «Pago por consignación». *Rev. Derecho Privado*, 1951.
- PUIG-BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*. Volumen II. Bosch, Barcelona, 1956.
- SCHULTZ, F.: *Derecho romano clásico*. Bosch, Barcelona, 1960.

Castán y el Derecho de Familia

SUMARIO. I. INTRODUCCION —II. ESTUDIOS MONOGRAFICOS SOBRE TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA. A) LA REPUDIACIÓN DE LOS GANANCIALES B) INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LA FAMILIA Y DE SU PROPIEDAD. C) PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL —III. EL «TRATADO DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMÚN Y FORAL» Y EL DERECHO DE FAMILIA.—IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El interés especial de CASTÁN por los temas de Derecho de Familia se pone de manifiesto por el hecho de que su tesis doctoral esté dedicada a uno de ellos. Se titula «La crisis del matrimonio» y fue publicada en 1914 por Hijos de Reus, Editores, como primer volumen de la colección *Sociología del Derecho privado*, tras haber sido distinguida con el premio extraordinario del doctorado. La dedicó al «Doctor don Felipe Clemente de Diego, civilista eximio y querido maestro». En ella se revelan dos características que van a estar presentes en toda su obra: una enorme erudición —según VALLADARES LANZA (1) cita 530 autores— armonizada con una sorprendente capacidad de síntesis y una facilidad sistematizadora fuera de lo común. El equilibrio de ambas da lugar a una exposición sumamente clara y fácilmente asimilable por el lector.

Aborda el tema de la crisis del matrimonio no sólo desde una óptica puramente jurídica, sino también sociológica. Expone y valora críticamente los acontecimientos que actúan en la realidad social como disuasorios del matrimonio. D. QUINTILIANO SALDAÑA, en el prólogo de la obra, nos dice al respecto, tras apostillar que se trata de la «primera obra seria que se escribe en España sobre un tema tan popular como difícil», que «el señor CASTÁN es un sociólogo y antropólogo del Derecho civil, primera mentalidad formada científicamente, para el estudio de una ciencia hoy

(1) *Las ideas jurídicas de Castán*. Editorial RDP.

suplantada por la rutina en los dominios de la exégesis académica y la práctica jurisprudencial».

Expone las diversas teorías formuladas, sistematizándolas de forma magistral y valorándolas críticamente, pero sin recurrir a parangonarlas con la doctrina tradicional. Y ello, «en primer lugar —nos dice— (2), porque esta labor es tan fácil que puede hacerla el lector y además porque, partiendo unas y otras de premisas diferentes, sería completamente ineficaz. Nuestra investigación —sigue diciendo— debe proponerse averiguar: primero, qué son esas doctrinas y cuáles son sus matices y modalidades; de dónde vienen, su filiación, cuáles son sus bases, fundamentos científicos».

El autor divide la obra en dos partes que él mismo denomina de «las ideas» y «los hechos». En la primera expone de forma pormenorizada y con exhaustiva aportación de citas, las diferentes corrientes filosóficas o doctrinales que llevan implícito un germen que atenta contra la estabilidad de la institución familiar o que, cuando menos, son contrarias a la unión conyugal, tales como el antigamismo (de la que el Malthusianismo es una de sus manifestaciones), el liberalismo sexual, el comunismo sexual, el feminismo familiar y el eugenismo o seleccionismo, del que fueron defensores GALTON y NIETZSCHE siguiendo bases darwinianas y que tan trágicas consecuencias tendría años más tarde al llevarse a la práctica en Alemania bajo el régimen nacionalsocialista.

En la segunda parte aborda el problema de la crisis social del matrimonio. Tras estudiar su influencia sobre determinados fenómenos sociales (la salud, la delincuencia, la economía o la actividad intelectual y política), a la que considera sumamente positiva, no se conforma con enumerar los factores que restringen la nupcialidad (desequilibrio numérico de sexos o causas socioeconómicas) o que contrarían la misma esencia del matrimonio (matrimonios tardíos, morbosos o interesados) o que, por último, inducen a la inestabilidad familiar, si no se busca las posibles soluciones, ya sean de índole legislativa o puramente social.

II. ESTUDIOS MONOGRAFICOS SOBRE TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA

Su más ingente aportación al estudio del Derecho de Familia se encuentra recogida en los volúmenes correspondientes de su *Tratado de Derecho civil español, común y foral*, pero ésta no es la única. En 1946 anotó el tomo IV, dedicado precisamente al Derecho de Familia, de la

(2) *La crisis del matrimonio*. Hijos de Reus Editores, pág. 20.

edición española del tratado del Derecho civil de ENNECCERUS, KIPP y WOLF.

Años antes, en 1933, había visto la luz su obra titulada *Hacia un nuevo Derecho civil*, en la que a lo largo de sus tres tomos dedica una atención muy considerable a los temas familiares. Expone los principios que, según él, deben inspirar las orientaciones del Derecho civil, tras la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1931, así como las reformas concretas que necesitaba nuestro Código Civil para adaptarse a la nueva realidad social imperante tras medio siglo de vida. Algunas de ellas (supresión de la dote, patria potestad, elevación de la edad para contraer matrimonio, tutela judicial, etc.) han necesitado otros cincuenta años para verse reflejadas en las páginas del *Boletín Oficial del Estado*; otras corrieron mejor suerte y encontraron reflejo en reformas anteriores. PLUTARCO MARSA (3) resume los posibles principios fijados por CASTÁN como orientadores de la futura legislación en el ámbito del Derecho de Familia: 1) Que el matrimonio debe seguir siendo la base de la familia; 2) que se han de tener en cuenta las uniones libres, no para favorecerlas, sino para proteger a la mujer y a los hijos; 3) que aun admitiendo el divorcio, por imperativo constitucional, aquél debe basarse en causas objetivas; 4) que abolida la autoridad marital, ha de fundarse el matrimonio sobre la igualdad y asistencia recíproca; 5) debe cambiar el carácter de las relaciones paternofiliales, para que el padre sea, más que un jefe, un protector, y la llamada patria potestad, más que un derecho, un deber, cuyo ejercicio ha de estar controlado por el Estado. Dichos principios estarán presentes en sus obras a lo largo del tiempo como inspiradores de aplicación e interpretación de las normas vigentes y como desiderátum a alcanzar por medio de las oportunas reformas legislativas.

En el ámbito de los estudios monográficos, dejando a un lado los dedicados a la situación jurídica de la mujer casada (4), tema que siempre le preocupó, pero que él mismo encuadró en la parte general y no en el campo del Derecho de Familia, aparte de su tesis doctoral, hay que citar los siguientes:

(3) *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas* Tomo II, pág. 430.

(4) *La condición jurídica de la mujer*. Madrid, Reus, 1955, y «Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer española» En el *Libro-homenaje al Profesor SERRANO* y en *RGLJ* de 1963

A) DOGMÁTICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES.
EFECTOS A LOS GANANCIALES EFECTUADA POR UNO DE LOS
CÓNYUGES O SUS HEREDEROS (5)

Se trata de un estudio polémico de indudable finalidad práctica, pero sustentado en sólidos fundamentos doctrinales. LEZÓN (6) había sostenido que la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los esposos o sus herederos, sin hacerlo a favor de persona determinada, implicaba que la porción del repudiante pasase a sus herederos por aplicación del artículo 986 del Código Civil, al entender que la mitad de los gananciales formaba parte de su herencia. CASTÁN niega esta última aseveración. Sostiene que los cónyuges no reciben los gananciales por título hereditario, sino por el de liquidación del acervo común, operación cronológicamente anterior a la partición hereditaria. Es principio general que la renuncia de uno de los partícipes en una comunidad produce el acrecimiento de su cuota en los restantes.

Por ello, la repudiación pura y simple de gananciales origina un acrecimiento a favor del otro cónyuge o de sus herederos.

La Resolución de 2 de febrero de 1960 puso fin a esta polémica, aceptando plenamente la tesis de CASTÁN y en base a sus propios argumentos.

B) LAS INSTITUCIONES PROTECTORAS DE LA FAMILIA
Y SU PROPIEDAD (7)

A diferencia de la anterior, constituye un estudio eminentemente teórico. Se trata de un discurso pronunciado el 15 de septiembre de 1955 con motivo de la solemne Apertura de los Tribunales. CASTÁN considera que la institución familiar es en todo tiempo, pero en especial la familia moderna, «que implica fundamentalmente una creación del cristianismo, que infundiendo un alto sentido ético le imprimió, de acuerdo con sus bases naturales, la estructura definitiva y más perfecta que pudiera alcanzar», ha sido un elemento de interés individual y social. Individual, en tanto constituye el ámbito en el que el individuo puede desarrollar plenamente las

(5) En *RGLJ*, 1929.

(6) «La renuncia a los gananciales por los herederos del cónyuge premuerto». *Revista de los Tribunales* de 1929.

(7) *Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*. Discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1955.

potencialidades de su personalidad. Social, por ser un «factor primordialísimo de la vida social toda y también de la vida política, porque sólo quien ha vivido sometido a la disciplina de un hogar, dice, citando a SCHMOLLER (8), sabe someterse a la disciplina del Estado»; por otra parte, la familia tiene una importancia capital como elemento de conservación y transmisión de la civilización, ya que ésta «está subordinada a la conservación de sentimientos, ideas y tradiciones que sólo la familia conserva y transmite».

Por ello no es extraño que el autor vuelva a sentir preocupación ante los factores de índole económica, moral o social que redundan en la crisis de la familia, tales como el debilitamiento de las ideas religiosas, la gran anarquía de las concepciones filosóficas, la dispersión geográfica de los miembros de la familia, la escasez y carestía de la vivienda, la inestabilidad económica, y se preocupe del estudio de las instituciones jurídicas que pudieran ponerle freno. Nos dice: «Si la familia es un elemento de cohesión social; si la comunidad política ha de tener los sentimientos de solidaridad y altruismo que le proporciona la familia, ¿qué duda cabe que el Estado y el Derecho han de orientarse decididamente en defensa de la institución familiar?»

Considera que son medidas favorecedoras de la familia las que tienden a favorecer la nupcialidad, tales como la supresión de formalidades, la dote social y los préstamos nupciales; en materia de vivienda, la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos, las viviendas de protección oficial o, incluso, la propiedad horizontal, a la que califica como el «mejor medio y el más difundido para facilitar el acceso a la propiedad privada urbana»; o, finalmente, medidas de tipo social, salario justo, seguridad social o un trato tributario equitativo. A esto último dedica las siguientes palabras que hoy todavía gozan de plena autoridad: «El Derecho fiscal durante mucho tiempo ha ignorado a la familia. No se ha cuidado de proteger ni de compensar la situación desventajosa en que la familia se encuentra respecto al impuesto». Concluye afirmando que la legislación tributaria debería contener desgravaciones por razón de las cargas familiares.

En lo que se refiere a la familia rural, entiende que para su estabilidad es fundamental la existencia de una «propiedad familiar» que le proporcione medios de subsistencia. Se declara partidario del restablecimiento de la propiedad comunal; lamenta que el Código Civil, pese a regular instituciones que claramente se orientan a la defensa de la familia (prodigalidad, dote, gananciales, legítima, deuda alimentaria, etc.), no contenga un reconocimiento claro de la idea de «propiedad familiar», pues su concep-

(8) *Principes de economie politique*. Paris, 1905, pág. 61.

ción del dominio es puramente individualista como corresponde a su filiación decimonónica. Reconoce, por el contrario, la existencia en Derecho foral de instituciones que suponen una clara vinculación de la propiedad a la familia, las cuales sería conveniente exportar al Código Civil, como el retracto gentilicio, el fideicomiso familiar, el consorcio foral, la sociedad familiar, la libertad de testar, los heredamientos, el petrucio o la casa. Concluye pensando que en el Derecho agrario, rama en clara fase de expansión, se hallan las soluciones para subsanar las deficiencias de que adolece nuestro primer cuerpo sustantivo, en especial mediante la creación de un patrimonio inembargable e inalienable como el configurado por la Ley de 15 de julio de 1952.

C) LOS PROBLEMAS DE LA LLAMADA «INSEMINACION ARTIFICIALIS»
EN LOS SERES HUMANOS (9)

Siempre atento a la repercusión que los más modernos fenómenos puedan tener en el mundo del Derecho, CASTÁN es uno de los primeros autores españoles que estudia, desde un punto de vista jurídico, lo que hoy se denominan técnicas de reproducción asistida. Su valoración moral del nuevo fenómeno es francamente negativa, como corresponde a una mentalidad de su época. Lo considera —en especial a la inseminación artificial cuando está al servicio del eugenismo— como algo que destruye las bases en que se funda la familia y desconoce las elementales exigencias de la dignidad y moral humana. Pero ello no implica que por un momento piense que el Derecho deba cerrar los ojos ante la nueva realidad, consecuencia del progreso de las ciencias biológicas; así, por ejemplo, piensa que el nacido deberá reputarse como hijo legítimo, cuando la fecundación se ha llevado a efecto con el consentimiento de la mujer y de su esposo; como vemos, es la misma solución adoptada por la novísima Ley reguladora de la materia de 22 de noviembre de 1988.

III. EL TRATADO DE DERECHO CIVIL COMUN Y FORAL Y EL DERECHO DE FAMILIA

Con todo, sus más importantes aportaciones al Derecho de Familia y, sin duda, las que más trascendencias han tenido, se hallan contenidas en el *Tratado de Derecho común español, civil y foral*, donde dedica a tal

(9) *Libro-homenaje a D. Juan Moneva y Puyol*. Consejo de Estudios de Derecho Aragonés. Zaragoza, 1954.

tema el tomo V que a partir de la edición de 1960 está dividido en dos volúmenes, dedicado el primero a la exposición de las relaciones matrimoniales y el segundo a la filiación.

Define el Derecho de Familia siguiendo a FERRARA, «como el que regula las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de una familia entre sí y respecto a terceros». Al abordar el problema de su naturaleza expone la tesis del que fue profesor de Bolonia, ANTONIO CICU, que lo sistematizó sobre bases autónomas, con perfecta separación del Derecho privado y con construcción afín al Derecho público. Pero aun reconociendo que en el Derecho de Familia se dan rasgos caracterizadores que no son comunes en otras ramas del Derecho civil (escaso ámbito de la autonomía de la voluntad, relaciones que a la vez son derechos y deberes, facultades que no se ejercen en beneficio propio y que resultan inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables), piensa que no son suficientemente consistentes para encuadrarlo en la órbita del Derecho público, pues, a mayores de la tradición histórica, es evidente que la familia moderna no constituye un colectivo dotado de *imperium* que es la nota que debe tipificar al Derecho público.

A) CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Sistematiza la exposición de esta rama del Derecho civil, atiende a las diferentes esferas en que puede desenvolverse, distinguiendo: 1) Relaciones matrimoniales, donde incluye las estrictamente personales (derecho de familia puro, en la terminología de SAVIGNY), como las de carácter patrimonial; 2) relaciones paternofiliales; 3) relaciones parentales, donde incluye la obligación de alimentos entre parientes, y 4) relaciones cuasi familiares que comprende la tutela.

No se muestra conforme con la postura que los Códigos decimonónicos adoptan respecto a la familia ilegítima: la indiferencia. Pese a que por sus convicciones considera a la familia legítima como modelo ideal, cree que las relaciones extramatrimoniales deben ser regulada por el Derecho con una intensidad superior a la de las leyes de la época, protegiendo el derecho de la prole extramatrimonial al reconocimiento y reglamentando las consecuencias económicas que de la relación familiar deban derivarse.

B) EL MATRIMONIO Y SUS FINES

Rechaza la tesis de la naturaleza contractual del matrimonio, pese a concebirlo como un negocio jurídico bilateral. Se trata de una convención

que implica, dice citando a GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, que implica la adhesión a una institución: el matrimonio como estado.

Repasa las diversas teorías formuladas sobre los fines de la institución matrimonial, haciendo especial hincapié en la recogida en el *Corpus Juris Canonici* (canon 1.013), el cual ejerce, sin duda, una considerable influencia sobre su propio pensamiento. El mismo distingue entre fin remoto la conservación de la especie humana y, próximo, la constitución de una comunidad plena entre personas de distinto sexo.

C) SISTEMAS MATRIMONIALES

Como no podía por menos, dada la época en que escribe, aborda el problema del carácter subsidiario del matrimonio civil respecto del canónico, propio del Derecho español de la posguerra. Haciendo gala de su talante liberal, sostiene con FUENMAYOR, frente a la opinión de un importante sector doctrinal integrado fundamentalmente por canonistas (DEL AMO, REGATILLO, MALDONADO), que el Concordato de 1953 no supuso para el Estado la obligación de recibir en el ámbito de su derecho interno la norma contenida en el canon 1.099 del Código de 1917 que imponía a todos los bautizados, incluso a los que hubieran apostatado, la necesidad de contraer matrimonio en forma eclesiástica. Sin embargo, las ulteriores reformas legales y reglamentarias (la de 24 de abril de 1958 del Código Civil y los Decretos de 26 de octubre de 1956 y 14 de noviembre de 1958, que reformaron el Reglamento del Registro Civil) han recogido de forma inequívoca la tesis canonista.

Tampoco le convence el sistema de matrimonio en forma civil con carácter obligatorio. Considera que en una materia que no tiene exclusivamente carácter jurídico, sino fundamentalmente ético y religioso, sería lógico, aunque el Estado no fuera confesional, permitir a los contrayentes optar entre una forma civil o religiosa; máxime en un país como el nuestro, donde existe una gran masa de católicos que sentiría repugnancia ante un matrimonio en forma exclusivamente civil, y, donde el matrimonio civil carece de arraigo histórico, pues sólo estuvo vigente bajo los breves períodos de vigencia de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y la republicana de 28 de junio de 1932.

D) EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO

Piensa CASTÁN que la cobertura que el Derecho puede proporcionar a las relaciones personales entre los esposos es muy escasa. A diferencia de

las patrimoniales o económicas que son de marcado carácter jurídico, las personales tienen fundamentalmente carácter moral, por lo que sólo son incorporadas al Derecho en la limitada medida en que es posible lograr su sanción y efectividad por medios legales.

Se muestra conforme con el sistema existente en su época, hoy modificado sustancialmente por las diversas leyes reformadoras del Código Civil, pero es partidaria de una interpretación progresista y adaptada a los nuevos tiempos. Así, por ejemplo, justifica la existencia de la autoridad marital en la necesidad de que toda sociedad tenga una autoridad que la dirija; pero la autoridad marital no debe llegar al extremo de que el marido pueda fiscalizar la correspondencia y relaciones personales de su mujer, máxime cuando ésta puede ejercer una profesión que, a su vez, puede implicar el deber de guardar secreto profesional.

E) SISTEMAS ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Crítica la absurda sistemática del Código Civil que regula el régimen económico del matrimonio en el libro IV, dedicado a las obligacionales y contratos.

A continuación expone los diversos sistemas económicos matrimoniales existentes en Derecho comparado. Y, aunque reconoce que es difícil hacer en abstracto una crítica de los mismos, muestra su simpatía por los de comunidad limitada, tipo nuestra sociedad de gananciales. En ellos se armoniza la propiedad particular de cada cónyuge con el patrimonio común, respeto de la personalidad de cada esposo con el reconocimiento de la mancomunidad creada por el matrimonio. Por ello resulta loable el régimen de gananciales adoptado por el Código Civil, siguiendo la tradición histórica del Derecho castellano; si bien serían convenientes algunos retoques, tales como la posibilidad de comunidad conyugal continuada, o de bienes reservados y una mayor intervención de la mujer. El régimen de separación de bienes, por el contrario, sólo favorece a la esposa cuando tiene un patrimonio considerable o ejerce una profesión equiparable a la de su cónyuge.

F) CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Pese a carecer de tradición en Derecho castellano, piensa que está justificada su introducción en el Código Civil, pues con ello se acerca a los Códigos modernos y a los Derechos forales, a la vez que puede ser útil para determinadas personas.

Califica su naturaleza de «acto reglamentario», ya que su finalidad es la de instituir un estatuto que habrá de regir las relaciones económicas de cónyuges, entre sí y respecto a terceros. Dentro de su contenido, distingue entre «las convenciones económico matrimoniales propiamente dichas», que son lo que años más tarde LACRUZ (10) va a llamar «estipulación capitular», de aquellas otras estipulaciones (donación de bienes futuros, mejoras, heredamientos, etc.) que pueden constar en el mismo documento, pero que pertenecen a una esfera jurídica ajena al régimen económico del matrimonio. Al estudiar el límite que el antiguo artículo 1.316 establecía al contenido de las capitulaciones, en el sentido de que no podían contener nada que fuera depresivo de la autoridad, que, respectivamente, corresponda en la familia a los futuros cónyuges, dice que es lícito transferir a la mujer la administración de los bienes matrimoniales, pero no es el pacto por el que se encomienda aquélla a un tercero. Considera que el fundamento de la prohibición contenida en el primitivo artículo 1.317, no radicaba, como sostuvo DURÁN Y BAS, en una malquerencia a los Derechos forales, sino en la necesidad de dar certeza al régimen económico en un momento histórico en el que el Derecho foral no estaba codificado.

Por lo que se refiere a la publicidad de los capítulos, echa de menos la existencia de un Registro especial de regímenes matrimoniales, dada la trascendencia que tienen para terceros, pues la figura de las «indicaciones» a la que se refiere el artículo 77 de la Ley de Registro Civil, es un sistema insuficiente. Realza el importante papel que los Registros de la Propiedad y Mercantil juegan, cuando las capitulaciones afectan a inmuebles o a comerciantes, como instrumentos para hacer oponible a terceros su contenido.

G) GANANCIALES

Cabe a CASTÁN el mérito de haber sido uno de los primeros en formular la teoría de la titularidad compartida del marido y la mujer sobre los bienes que integran el acervo de la sociedad de gananciales, la cual goza hoy de la máxima difusión en la doctrina y en la jurisprudencia. Antiguamente predominaba el criterio de que los gananciales eran propiedad del marido, en quien radicaban las facultades dispositivas y de administración, mientras que la mujer tan sólo era titular de un derecho de crédito que se materializaba en bienes concretos al liquidarse la sociedad. Esta teoría todavía fue recogida por el Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de diciembre de 1974 y 28 de febrero de 1975.

(10) *Los regímenes económicos del matrimonio y la publicidad registral.*

Por el contrario, CASTÁN piensa que la naturaleza de los gananciales consiste en una comunidad de tipo germánico al carecer de cuotas negociables, cuya titularidad es común a ambos cónyuges, si bien las facultades de administración correspondían al marido (art. 1.412), aunque para ciertos actos se requiera la intervención de la esposa, como ocurría con las donaciones (art. 1.415), o con ciertos actos dispositivos (art. 1.413, tras la reforma de 24 de abril de 1958).

Critica la confusión en que incurría el Código (versión originaria) entre renuncia a la sociedad de gananciales y renuncia a los gananciales obtenidos. La primera no se permitía durante el matrimonio como consecuencia del principio de inmutabilidad del régimen económico del matrimonio; la segunda sólo era admisible tras la disolución del matrimonio (art. 1.394). Con la precisión que le caracteriza enuncia los tres principios que inspiran la determinación de los bienes que han de integrar la masa activa de la sociedad de gananciales: *a)* El derivado de la propia naturaleza de la sociedad de gananciales (dado que se trata de una comunidad de adquisiciones deberán ser comunes los frutos de todo tipo de bienes y los rendimientos del trabajo o industria de cualquiera de los cónyuges; *b)* el principio de subrogación real, y *c)* la presunción favorable a la ganancialidad. Al estudiar la prueba en contrario pone de relieve la distinta naturaleza que tiene la efectuada ante el Registrador, a efectos del antiguo artículo 95 del Reglamento Hipotecario, donde no hay contienda entre partes y el resultado trasciende a terceros, de la que se desarrolla ante los Tribunales de Justicia con motivo de una contienda civil. Por eso encuentra justificado el hecho de que la doctrina de la Sentencia de 2 de febrero de 1952, que dio validez a la confesión del cónyuge perjudicado, no haya sido recibida en el ámbito registral.

Al estudiar el tema de las cargas pone, una vez más, de manifiesto su concepción funcional de la familia en el sentido de entender que las facultades de sus miembros (fundamentalmente el marido o el padre), no son absolutas ni pueden ser ejercidas en beneficio propio, si no en interés del conjunto familiar. Por ello encuentra injusto el artículo 1.411 que hacía recaer en el patrimonio ganancial lo perdido y pagado por uno de los cónyuges en los juegos ilícitos. En el mismo orden de ideas, siguiendo a ISABAL, interpreta el párrafo primero del derogado artículo 1.408, entendiendo que el marido, a pesar de la generalidad de su enunciado, sólo obliga los bienes gananciales por deudas contraídas en interés de la familia. El Tribunal Supremo ha recogido esta teoría en Sentencias de 13 de mayo de 1971 y 22 de abril de 1972.

En lo que se refiere a la enajenación de los bienes gananciales, se muestra satisfecho con la reforma llevada a cabo por la Ley de 24 de abril de 1958, cuyos resultados tantas veces había reclamado. Por eso lamenta

la crítica negativa que un sector de la doctrina dedicó al nuevo artículo 1.413. Se muestra partidario, por su parte, de interpretar el nuevo precepto legal de la forma que resulte más favorable para la mujer: piensa que la nueva disposición debe aplicarse a todos los actos celebrados tras su entrada en vigor aunque el matrimonio sea de fecha anterior; considera que los actos contrarios al 1.413 como ineficaces, por lo que la misma esposa o sus herederos podrían promover su impugnación y sólo en el caso de que ésta no tuviera éxito, procedería la colación al liquidar la sociedad, de conformidad con el artículo 1.419. Opinión esta última no seguida por la jurisprudencia que se adaptó a soluciones más conservadoras.

H) RÉGIMENES DE SEPARACIÓN Y DOTE

A CASTÁN le parecía absurda la existencia de un régimen de separación previsto con carácter sancionador para los casos tipificados en el primitivo artículo 45 del Código Civil, «porque en vez de recaer el castigo sobre el culpable y únicamente sobre él, sucederá muchas veces que la separación supondrá un beneficio para el cónyuge que actuó en contra de lo dispuesto en la Ley y un perjuicio para el que no cometió falta alguna». El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 1970, hubo de enfrentarse con uno de tales supuestos, y repugnándole, como a CASTÁN, la aplicación de la sanción, recurrió al subterfugio de considerar que los esposos habían vivido sometidos «de hecho» al régimen de gananciales, por lo que no procedía aplicar el de separación al separarse los cónyuges.

El régimen de separación convencional se hallaba huérfano de regulación legal. Para llenar el vacío, CASTÁN pensaba que en ausencia de pacto, habría que aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 50, pero sólo en cuanto regula el régimen, no en su parte restrictiva o de penalidad.

Consideraba, siguiendo a DE DIEGO y BURÓN, que no era precisa la licencia marital para la validez de los actos de la mujer y que fueren necesarios para la administración de sus bienes: por el contrario, sí sería precisa para enajenarlos o gravarlos, por analogía con el sistema de parafinales y lo que disponía el artículo 1.444.

A propósito de este último, hay que resaltar su famosa interpretación a base de cuatro criterios (gramatical, histórico, lógico y práctico), para sostener que la esposa en las situaciones anormales del matrimonio que el precepto contemplaba, podía realizar por sí sola, sin licencia de ningún tipo, actos de enajenación y gravamen sobre bienes muebles.

Se muestra, en principio, partidario de la «dote», por tratarse de una institución basada en un principio de justicia («cual es repartir por igual

las cargas del matrimonio entre los cónyuges») y que «reporta una clara utilidad social: mejorar la condición de la mujer». Por ello considera que la figura debe subsistir, pero sometiéndola a una profunda remodelación, eliminando las excesivas complicaciones de que adolecía su reglamentación, que eran la causa de la crisis que le afectaba. La reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 ha prescindido de ella; sin embargo, ulteriores reformas de compilaciones forales la han respetado.

Le parecen muy acertadas las Sentencias (30 de diciembre de 1897 y 19 de enero de 1960) y Resolución (20 de diciembre de 1899), que consideraron que los bienes pertenecientes a la mujer se presumían parafernales y no dotales, ya que tal solución es más beneficiosa para la mujer, ya que conserva más derechos sobre este tipo de bienes.

I) DONACIONES POR RAZÓN DEL MATRIMONIO

Distingue entre donaciones con ocasión del matrimonio y donaciones entre cónyuges, pese a que el Código regulaba ambas instituciones englobadas bajo una misma rúbrica («donaciones por razón del matrimonio»), en el capítulo II del capítulo III, del libro IV. Piensa que las primeras consisten en donaciones sometidas a una *conditio iuris* (el matrimonio) y que el artículo 1.331 recogía un supuesto de sucesión contractual, como tuvieron ocasión de reconocer la Sentencia de 20 de octubre de 1908 y la Resolución de 24 de noviembre de 1925. La segunda era una figura prohibida por los artículos 1.334 y 1.335, según CASTÁN, sin que existieran motivos justificados para ello. La reforma de 13 de mayo de 1981, una vez más, ha elevado al rango legal una de sus aspiraciones, al hacer desaparecer toda prohibición al respecto.

J) BIENES PARAFERNALES

La categoría de los bienes parafernales que estuvo a punto de no ser recogida en el Código Civil (los proyectos de 1851 y 1882 la omitieron) ha merecido la crítica adversa de una gran parte de la doctrina más caracterizada, tanto por lo que se refiere a su utilidad (la dote inestimada cumplía la misma función, decían), como a su regulación, a la que tachan de precitada, insuficiente y fragmentaria. Sin embargo, CASTÁN, fiel como siempre a una mentalidad liberal y progresista, pese a reconocer que su regulación dejaba mucho que desear, consideró que los parafernales «pueden representar dentro de otros regímenes como el de comunidad o el dotal, un elemento de independencia patrimonial de la mujer».

Como ocurre en todo el Derecho de Familia, la interpretación que CASTÁN propone de los preceptos ambiguos o las soluciones que da a las cuestiones discutibles, es siempre la más adecuada para lograr el mayor grado posible de autonomía jurídica en la mujer. Así, por ejemplo, piensa que la esposa podría en cualquier momento pedir al marido la restitución de la administración de los bienes que formal o tácitamente le hubiere encomendado, salvo que lo hubiere hecho en capitulaciones, ya que éstas eran inalterables a tenor de lo que disponía el artículo 1.320; que la esposa no necesitaba licencia marital para realizar los actos requeridos por la administración de estos bienes; posibilidad de licencia judicial supletoria para enajenar o gravar los parafernales, por analogía con el 1.387; que los frutos de los parafernales no tuvieran la consideración de gananciales en los casos de separación de hecho, pues, como el Tribunal Supremo ha puesto de relieve en muchas ocasiones, en tal caso no hay cargas que levantar.

K) FILIACIÓN

CASTÁN se muestra muy crítico con la regulación que el Código Civil dedica a la filiación; mucho más que respecto al régimen instuido para cualquier institución de derecho matrimonial, sea puro o aplicado a los bienes. Comienza poniendo en tela de juicio los términos «legítimo» e «ilegítimo», expresiones que en los Códigos modernos (siempre el Derecho comparado ha sido para él una fuente de inspiración crítica) se sustituyen por los de «hijos matrimoniales» y «extramatrimoniales».

La presunción de legitimidad, propia de los Códigos del siglo XIX, que encerraba el desaparecido artículo 108, se basaba, a su vez, en otras dos presunciones: la de que los hijos nacidos en ciertos plazos han sido engendrados durante el matrimonio y la de que lo han sido por el marido de la madre (*pater est quam nuptiae demonstrat*). Ambas presunciones eran lógicas atendiendo a los conocimientos de la ciencia médica en la época de la redacción del Código Civil que recoge en este punto una tradición que parte de Hipócrates y llega a los Códigos decimonónicos, pasando por los juriconsultos romanos y las Partidas. Pero lo que no convence a CASTÁN es el excesivo rigor con que los artículos 108 y 109 las reflejaban, ya que ello puede dar lugar a consecuencias absurdas e injustas. Por eso mismo, siguiendo a CASTRO PÉREZ (11), con un criterio acorde a los avances de la ciencia, considera adecuado recurrir a pruebas de carácter biológico (de

(11) "La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas". *RGLJ*, 1944, pág. 163.

grupos sanguíneos), posibilidad que el Tribunal Supremo ha venido rechazando de forma reiterada hasta la reciente reforma de 13 de mayo de 1981; crec del mismo modo que la contraprueba de la imposibilidad física de acceso a la mujer durante el período en que se presume la concepción, debe sustituirse por la más exacta de «imposibilidad de procreación», acudiendo una vez más, si fuere preciso, a criterios biológicos; finalmente, piensa que un amplio arbitrio judicial puede ser mucho más justo y eficaz que un sistema de presunciones y pruebas tasadas.

Como en él era de imaginar, interpreta los preceptos legales de la forma que resulte más favorable para el hijo, pero siempre de un modo racional que evite soluciones injustas. Así, por ejemplo, se inclina por considerar ilegítimo, en principio, al hijo nacido dentro de los ciento veinte días siguientes a la celebración del matrimonio sin que concurriese alguno de los supuestos del antiguo artículo 110, o después de los trescientos días siguientes a su disolución, ya que lo más normal es que la concepción no haya tenido lugar durante el matrimonio, pero sin cerrar la posibilidad de probar por cualquier medio lo contrario; en caso de conflicto de presunciones (los nacidos durante los ciento veinte días siguientes a la celebración de un segundo matrimonio, pero antes de transcurrir trescientos desde la disolución del primero), remite la solución al arbitrio judicial, pues cualquier criterio apriorístico, no sería adecuado para conocer la verdad y conducirla, por tanto, a soluciones inadecuadas.

Al estudiar la filiación ilegítima muestra un criterio tendente a lograr la posibilidad de reconocimiento en el mayor número posible de casos. Para ello interpreta la frase que «al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella» empleada por el artículo 119, limitando su significado a la libertad de los padres para contraer matrimonio, pero sin incluir la posible existencia de vicios en el consentimiento; admite que los hijos adulterinos puedan ser reconocidos unilateralmente por el progenitor soltero y que los que en el Derecho antiguo se denominaba «sacrílegos», pudieran serlo en forma plena, dado que los ordenados *in sacris*, conforme al artículo 83-4.º, podían contraer matrimonio civil con la oportuna dispensa. Alaba la tendencia de los Códigos modernos a limar las consecuencias de la distinción entre hijos matrimoniales y los habidos fuera del matrimonio y, por lo que a España se refiere, las medidas contenidas en los artículos 52 y 51 de la Ley de Registro Civil de 1957 que prohíben, fuera del ámbito familiar, la desigualdad de los españoles por razón de su filiación y la publicidad de cualquier dato que revele la condición de ilegítimo.

De *lege ferenda*, es totalmente partidario de la posibilidad de investigar la paternidad, pues las razones tradicionalmente invocadas en contra (tranquilidad de las familias, fomento de las relaciones ilícitas y dificultades de

prueba), le parecen viejos prejuicios carentes de consistencia suficiente para privar a un hijo del derecho natural de conocer a su padre y de exigirle que cumpla las obligaciones propias de toda relación paterno-filial. De *lege data*, interpreta los preceptos legales de manera tendente a favorecer la posibilidad de reconocimiento, admitiendo la validez de la realizada por un menor de edad, siempre que la paternidad fuere verosímil (criterio recogido hoy por el art. 124); el de la mujer casada sin necesidad de licencia marital o la posibilidad del reconocimiento de póstumos (hoy, art. 126).

L) LA PATRIA POTESTAD

Concibe la patria potestad como un haz de facultades que el ordenamiento confiere al padre, pero que debe ejercer siempre en beneficio del hijo.

Pone de relieve el hecho de que las legislaciones más progresistas la atribuyan conjuntamente a ambos progenitores. Por ello interpreta los preceptos del Código Civil tendiendo a otorgar a la madre el mayor grado posible en su ejercicio. Así, defiende que cuando un hijo es reconocido por el padre después de haberlo hecho la madre, ésta no debería perder la patria potestad, pese al tenor literal del artículo 154; tal solución, aparte de constituir una injusticia, infringiría el artículo 167 que no incluía ese supuesto entre las causas de pérdida de la patria potestad. Considera un acierto del Código el hecho de extenderla a los hijos naturales reconocidos (cosa que la legislación anterior no hacía) y lamenta que no hiciera lo mismo con el resto de los hijos ilegítimos.

M) LA TUTELA

En los Derecho modernos la figura del tutor no es un ente que actúe en beneficio propio y sin control alguno, como ocurría en Derecho romano. Hoy existen órganos que fiscalizan su actuación y garantizan, al menos teóricamente, que redunde en beneficio del tutelado. Tales órganos pueden consistir en la intervención judicial en determinados actos (tutela de autoridad) o en la actuación de una asamblea de parientes (tutela de familia).

El Código Civil, siguiendo al napoleónico y separándose de la tradición histórica castellana, optó por el último sistema. Sin embargo, los resultados alcanzados no han sido muy alentadores. Cita CASTÁN a MORELL, al que califica de «tan conocedor de la realidad jurídica de nuestra Patria», que piensa que el consejo de familia nunca se constituiría en la práctica si

en los Registros de la Propiedad pudieran hacerse inscripciones a favor o en contra del tutelado, sin tal requisito. Palabras que ponen de manifiesto el escaso funcionamiento real de la institución.

Pero tampoco considera prudente volver al sistema anterior, donde los Jueces de Primera Instancia, al decir de PEDREGAL, tenían totalmente olvidadas sus funciones. Por ello propone que la tutela sea intervenida por un «Juez popular especial» que con carácter único vigile de forma continuada y responsable la conducta del tutor. Se trata de algo semejante a lo que en nuestros días debiera ser el juez de familia.

También es partidario de la reintroducción de la distinción entre tutela y curatela, reservando ésta para los que no se hallen totalmente incapacitados. La reciente y profunda reforma de la figura siguió sus directrices también en este punto.

IV. CONCLUSION

Las aportaciones de CASTÁN al Derecho de Familia contenidas en su Tratado han servido de base para la formación de varias generaciones de juristas durante más de cincuenta años. Pero, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del Derecho civil, el Derecho de Familia que estudió y enseñó CASTÁN ya no está vigente. Diversas reformas lo han sustituido por otro más acorde con la realidad social y con sus propias aspiraciones. Sus ideas fueron en gran medida los motores que impulsaron la transformación. Estas líneas sólo pueden ser unas torpes pinceladas de las mismas ante la imposibilidad de exponer en tan breve espacio una síntesis de su pensamiento.

JOSÉ MARÍA GÓMEZ VALLEDOR
Registrador de la Propiedad

El Derecho sucesorio en Castán

La vida de CASTÁN TOBEÑAS es verdaderamente extraordinaria. Fue, como consta en sus propios libros, Catedrático de Derecho Civil en el año 1918, nombrado en 1933 Magistrado del Tribunal Supremo, y en 1945 Presidente del mismo Tribunal. Desde 1964 hasta su muerte, en 1969, presidió la Real Academia de Jurisprudencia. Fue Académico de la Real de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, Doctor *honoris causa* de la Universidad de Puerto Rico, Presidente de la Comisión General de Codificación, Decano honorario del Colegio Notarial de Madrid, Colegiado de honor de los Colegios de Abogados de Madrid y Valencia e hijo predilecto de Zaragoza.

La obra científica es igualmente impresionante. Está integrada por más de un centenar de títulos que abarcan las más diversas materias, desde la Filosofía del Derecho hasta el Derecho social y laboral. En este amplio abanico de ramas jurídicas, destaca sobre todas, su *Derecho civil español, común y foral*. Concretamente en derecho de sucesiones se pueden citar, entre otros trabajos, los siguientes:

La concepción estructural de la herencia.

La dogmática de la herencia y su crisis actual.

El problema axiológico en la sucesión testamentaria.

El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines.

El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código Civil.

Sucesión intestada.

La sucesión abintestato del hijo adoptivo.

La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales.

Además de estos títulos es indispensable mencionar, en materia sucesoria, su tomo VI de la obra citada sobre Derecho civil español, dividido en tres volúmenes, que recogen todo el Derecho de sucesiones.

Ante una obra tan extensa cualquier curioso del Derecho se encuentra

con la sensación de que no es posible resumir, destacar o simplemente intentar confeccionar unas líneas sobre este autor sin que asalte la idea de que lo que se diga será siempre insignificante ante la magnitud de la doctrina vertida por CASTÁN. Por ello no vamos a pretender hacer un enfoque general de lo que escribió sobre Derecho sucesorio (sería un intento vano), sino que creemos más apropiado a la finalidad de estas líneas referirnos a los puntos básicos de esta rama del Derecho y apreciar en cada una de ellas cómo las ideas de CASTÁN han influido claramente en la doctrina moderna. No vamos a hacer cita de autores, pues las opiniones que se vierten a continuación creemos que han pasado ya a formar parte de la común doctrina española actual.

Las materias escogidas y sobre las que versan los siguientes párrafos son: los conceptos generales de la sucesión *mortis causa* relativos a las nociones de heredero y legatario y las consecuencias que frente a acreedores se derivan de una u otra situación; el llamamiento a la herencia del no concebido; concepto de la legítima como freno o limitación de la libertad de testar y como *pars bonorum*; partición practicada por los herederos.

A) CONCEPTOS GENERALES DE LA SUCESION «MORTIS CAUSA» (HEREDERO Y LEGATARIO)

En la doctrina española más moderna, recogiendo las ideas vertidas por CASTÁN, se mantiene que en la sucesión por causa de muerte se ha de partir del concepto genérico de sucesión, que no es otra cosa que colocarse una persona en lugar de otra en una relación jurídica que permanece inmutada en los demás elementos. Por tanto, suceder significa ocupar el lugar anteriormente ocupado por otra persona, y especialmente el entrar un heredero *in locum* o *in ius defuncti*. El sucesor subentra en bloque en los derecho y deberes del *de cuius*, en tanto éstos (derechos y deberes) sobreviven, no se extinguen, a la muerte del *de cuius*.

La sucesión supone subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma. No basta, pues, para que exista sucesión en sentido técnico jurídico, que una o más personas ocupen el puesto que antes ha tenido otra como titular de una relación jurídica activa o pasiva, o de un complejo de relaciones; es asimismo necesario que al cambio de sujeto no acompañe la extinción de la relación antigua y la creación de otra nueva; es decir, que no haya novación. Se entiende, lógicamente, que no haya novación propia o extintiva, ya que, por lo menos, en un sentido amplio puede hablarse de una novación subjetiva (impropia) o simplemente modificativa por la entrada del heredero en la relación o relaciones jurídicas del causante. Por

lo tanto, en la sucesión *mortis causa* no se produce, o no debe producirse, la novación propia o extintiva.

La sucesión en el sentido de universal supone, pues, el paso *uno ictu* (de un golpe), en bloque y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares, de una masa de cosas, derechos y deudas desde el patrimonio de una persona (causante) al de otra (heredero), cuya posición jurídica con respecto a cada una de las relaciones singulares ingresadas de esa forma en su patrimonio sigue siendo igual a la del *tradens*; y todo ello es así, pues, con la *successio ius*, se produce la subrogación del heredero en la situación jurídica del *de cuius*, es un tránsito de la situación jurídica del causante al heredero. La herencia como universalidad no es sino fruto de la consideración unitaria del fenómeno hereditario para determinadas relaciones y para fines jurídicos precisos; unidad que no existe con relación al difunto ni con relación al heredero, es decir, ni antes ni después de operado el fenómeno sucesorio, sino sólo al operarse.

De todo lo dicho se desprende que sucesión hereditaria es una sucesión universal de una o varias personas como herederos de un conjunto de derechos transmisibles por herencia y pertenecientes a un difunto, ocupando los herederos la misma situación jurídica del causante.

Por lo tanto, la muerte del causante es un hecho que no afecta a la relación entre crédito y deuda, de manera que ésta subsiste como era antes, pero subentrando el heredero en la misma posición jurídica que tenía en ella el causante. Es decir, si era acreedor, seguirá el heredero siendo acreedor; si era deudor, continuará el mismo siendo deudor. En este último caso la relación crédito-deuda subsiste, pues, con un nuevo deudor, el heredero, colocado en el mismo lugar que el anterior deudor (el causante).

Nuestro Derecho, fiel a la tradición romanista, consagra el principio de sucesión en el crédito y en las deudas del causante. No otra cosa significan los artículos 659 y 661 del Código Civil; artículo 659: «La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte»; artículo 661: «Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Del tenor de estos preceptos y de la opinión generalizada, podemos concluir que efectivamente en nuestro Derecho, el heredero sucede en las deudas del causante, de modo que deviene él mismo deudor (no se trata de responsabilidad por débito ajeno) y responderá, por lo tanto, como respondería en vida el causante, ilimitadamente (*ultra vires hereditatis*), como se desprende de lo dispuesto en los artículos 1.911 y 1.023 del Código Civil.

Lo expuesto hasta ahora nos lleva al punto de origen del Derecho sucesorio que, como nos enseña CASTÁN, está en la distinción de la sucesión *mortis causa* en universal y particular. La primera supone la sustitución en la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones; la segunda, sustitución en determinados bienes o derechos. El sucesor, a título universal, recibe en nuestro Derecho el nombre de heredero; el sucesor, a título particular, el de legatario (art. 660).

Heredero es, pues, alguien que sustituye de una manera general al difunto en la titularidad de sus bienes y deudas. Es la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones del *de cuius*, activas y pasivas, transmisibles *mortis causa*, salvo los bienes especialmente destinados (legados); que subentran de un golpe en el conjunto de esas relaciones, y cuya posición, dentro de ellas, es igual a la del difunto.

En su consecuencia, el heredero será aquel o aquellos sujetos de derecho que al fallecimiento de una persona se convierten en sujetos activos y pasivos de las relaciones jurídicas de que era titular el causante como consecuencia de pasar a ocupar su misma posición. Viene, pues, a identificarse la sucesión a título universal y la que se realiza a favor del heredero o herederos. La expresión sucesión hereditaria significa en Derecho español el fenómeno de subrogarse los herederos en todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su muerte (art. 661), por más que el Código Civil califica asimismo de sucesión, si bien a título particular, la adquisición que verifica el legatario (art. 660). En consecuencia, el heredero es el continuador de las relaciones jurídicas transmisibles (activas y pasivas) del causante, que está llamado a la totalidad de la herencia, recibiendo ésta como un conjunto indistinto, y quedando sujeto, al colocarse (subrogarse) en el lugar del fallecido, a una responsabilidad personal e ilimitada (*ultra vires*) por razón de las deudas del causante.

Por el contrario, será legatario el sucesor a título singular que adquiere sólo objetos particulares, concretos y determinados y que no responde del pasivo de la herencia, sino únicamente de las cargas u obligaciones que el testador le había especialmente impuesto, dentro de los límites de su legado. El legatario es, pues, sucesor en bienes, derechos o valores patrimoniales determinados.

En nuestro Derecho civil, de base romana, existe una profunda contraposición entre la sucesión a título universal y la sucesión a título particular. Frente a quien se subroga o coloca en el lugar del causante se sitúa quien tiene derecho a perder cosas concretas de la herencia o a realizar una adquisición a costa de la misma.

A diferencia del heredero, el sucesor particular *mortis causa* (legatario) es un puro perceptor de bienes; un sucesor en relaciones jurídicas concretas; y en relaciones cuya presencia (en el patrimonio o fuera del patrimonio

del causante) es *un prius*, al menos conceptualmente, pues para dar algo de presente, es preciso que ese algo exista. Mientras la herencia se produce forzosamente siempre que alguien muere, haya o no bienes o deudas, la sucesión particular no se produce por necesidad: es preciso el acto de voluntad del causante de ordenar el legado.

El legatario tiene un derecho que le sitúa en contraposición al conjunto de bienes y derechos del causante. El legatario es un adversario frente al patrimonio hereditario. Su adquisición se realiza a costa de la herencia, sea separando de ella un objeto determinado, sea a base de aumentar su pasivo.

El legatario, en definitiva, en cuanto a las deudas de la herencia, se distingue fundamentalmente del heredero en que no sucede en las obligaciones del causante (deudas y cargas de la herencia), pues sólo cabe que el testador le imponga alguna obligación que no exceda del valor que le atribuya.

Sentadas estas ideas, es conveniente precisar, además, que en todo proceso de liquidación patrimonial de una herencia, el orden de prelación de los que tienen derecho a ella es el siguiente:

- 1.º Acreedores del causante y de la herencia.
- 2.º Legitimarios (por legítima y su suplemento).
- 3.º Legatarios.
- 4.º Herederos voluntarios.
- 5.º Acreedores particulares de los herederos.

Por lo tanto, hay dos grupos de personas cuyo interés prevalece por encima del de los legatarios, como son los acreedores del causante y de la herencia y los legitimarios, es decir, los legados tienen como base de su eficacia la existencia de un saldo activo (una vez pagados los citados grupos) y subordinado a los derechos que la Ley concede preferentemente a los legitimarios sobre ese saldo líquido.

Los legatarios son, pues, titulares de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria, ya que pueden ver desaparecer o ver reducidos sus legados cuando el caudal relicto sea insuficiente para satisfacer las deudas del causante, cargas de la herencia o derechos de los legitimarios.

Ahora bien, fuera de este supuesto de insuficiencia del caudal relicto (en el que no responde, sino que se ve afectado), el legatario será destinatario de su legado y su responsabilidad por deudas o cargas de la herencia nunca excederá del valor del legado (párrafo segundo del art. 858), diferenciándose así radicalmente de la figura del heredero.

B) EL LLAMAMIENTO AL NO CONCEBIDO (CONCEPTURUS)

Para que una persona llamada a suceder *mortis causa* a otra, por testamento o abintestato, pueda llegar a serlo efectivamente se han de cumplir una serie de requisitos que son, además del primordial (el fallecimiento del causante), los siguientes:

- 1.º Ser persona, física o jurídica, esto es, ser sujeto de derecho.
- 2.º Sobrevivir al causante.
- 3.º Tener capacidad para suceder.

De entre los citados, merece especial mención el segundo: «Sobrevivir al causante». Esta necesidad responde a una razón evidente. No basta que una o varias personas aparezcan instituidas en testamento o estén designadas por la ley como herederas del causante. Es necesario, además, que la sobrevivan.

La supervivencia del causahabiente supone en realidad la existencia simultánea de causante y heredero para que éste suceda a aquél en el momento de su muerte. Esta exigencia tiene dos aspectos: uno, que no se discute, la necesidad de que el heredero exista todavía cuando muere el causante; otro, más controvertido, la precisión de que exista ya.

Si esto no ocurre, es evidente que causante y sucesor no llegan a coexistir, aunque sea brevemente, por lo que no parece que se cumpla esta circunstancia. Estas palabras nos llevan plantearnos la siguiente pregunta: ¿Pueden suceder al causante personas no existentes al tiempo de su muerte, si llegan después a adquirir personalidad?

Si este requisito se exigiera literal y estrictamente, la contestación ha de ser negativa, lo que nos llevaría a no aceptar supuestos que nos aparecen en la vida práctica diaria y admitidos normalmente en la doctrina moderna española, como son el del concebido aún no nacido al morir el causante, el de la persona física ni siquiera concebida y el de las personas normales que aún no han alcanzado personalidad jurídica.

De entre los citados merece especial consideración el supuesto de llamamiento a los no concebidos (*concepturus*). ¿Es posible que pueda suceder quien no está ni siquiera concebido al abrirse la sucesión? ¿Es válida la institución directa a favor de los *concepturus*?

Hay que partir en esta cuestión de lo siguiente. la ley en la sucesión abintestato no llama nunca a personas que no estén concebidas en el momento del fallecimiento del causante (apertura de la sucesión), por lo que se plantea la duda de si el testador puede llamar directamente a su herencia a un no concebido, o necesariamente ha de acudir, para que sea eficaz el llamamiento, a instituciones puente entre él y el no concebido, como, por ejemplo, entre otras, la sustitución fideicomisaria, el legado o la institución sujeta a condición suspensiva.

Este problema del llamamiento testamentario a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión ha sido extensamente discutido por la doctrina española, la cual ha evolucionado de posiciones restrictivas a posturas de clara y franca admisibilidad.

Para la doctrina tradicional no puede heredar directamente al causante quien no estuviese por lo menos concebido a su muerte, y ello porque uno de los requisitos que ha de cumplirse para suceder *mortis causa* es el de la sobrevivencia del heredero al causante, o sea, la coexistencia entre el causante y su causahabiente.

La tesis tradicional parte del clásico principio del Derecho sucesorio romano, según el cual no puede ser heredero quien no se halle al menos concebido al tiempo de morir el causante, o sea, para que sea eficaz una institución de heredero es preciso que recaiga en una persona que ya exista en el momento del fallecimiento del *de cuius*. Por lo tanto, son ineficaces las disposiciones hereditarias a favor de personas que no han sido concebidas al tiempo del fallecimiento del causante. Para poder adquirir a título sucesorio es requisito indispensable que la persona llamada a suceder exista al morir el *de cuius*, o al menos que entonces se halle concebida o engendrada; de lo contrario, el llamamiento es ineficaz o inoperante, debiéndose considerar como no hecho.

CASTAÑ, aun siendo seguidor de esta doctrina restrictiva, sin embargo, tuvo la intuición de admitir y atisbar que la regla general impeditiva tenía excepciones entre las que admite nominalmente la sustitución fideicomisaria, puesto que por medio de ella estando aceptada en nuestro Derecho hasta el segundo grado, puede el testador dar la condición de herederos a personas futuras, llamando como segundos herederos a los hijos o descendientes que los primeramente instituidos tuvieran al tiempo de su fallecimiento o pudieran engendrar con posterioridad.

Esta excepción de la sustitución fideicomisaria unida a la excepción de los legados y de la institución de heredero sujeta a condición suspensiva, esta última en el sentido de aceptar la sucesión del no concebido si el nacimiento futuro se pone como condición (*si nascuntur*), abre una brecha importante en esta tesis tradicional y facilita el camino y comprensión de la tesis moderna. Esta tesis que llamamos moderna viene a aceptar hoy el llamamiento a favor de los no concebidos, incluso recta vía, en el momento del fallecimiento del causante, si resultan plenamente identificados o identificables para cuando lleguen a existir.

Esta posibilidad del llamamiento incluso directo a favor de los no concebidos es admitida hoy, también, por la doctrina del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Como muestras pueden citarse, por su modernidad, las siguientes:

- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1986, que en *obiter dictum* indicó: «La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los *concepturi* sean declarados herederos, no ya sólo por la vía indirecta de la sustitución, sino, también, por la directa de la institución...».
- Resolución de 28 de enero de 1988, que en su tercer fundamento de derecho declaró: «... hay también llamamientos en favor de *nondum concepti*, los cuales, aunque por no revestir la forma prevista en el artículo 781, han de ser examinados con la máxima cautela, son posibles en nuestro ordenamiento conforme a los artículos 745-1.º, en relación con los artículos 29, 30, 758, 781 y 785 del Código Civil, siempre que los favorecidos sean, como ahora ocurre, identificables...».

Hoy en la actualidad puede citarse como Ley que viene a recoger nominalmente la posibilidad del llamamiento al no concebido, la de 22 de noviembre de 1988 (BOE de 24 de noviembre) sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El artículo 9.º de dicha Ley nos dice que: «1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas».

Por lo tanto, de conformidad con lo dispuesto en el reseñado artículo 9.º de esta Ley, uno de los medios para que el material reproductor del marido pueda ser utilizado para fecundar a su mujer es el consentimiento del mismo en testamento, el cual podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas de reproducción. En su consecuencia, parece lógico pensar que en dicho testamento el padre-testador realice a favor del posible hijo que se concebirá en el futuro las atribuciones

suficientes o necesarias para subvenir a sus necesidades y cubrir como mínimo sus derechos legitimarios.

Esta disposición testamentaria estará, por su propia naturaleza, sometida a la condición suspensiva del nacimiento del *concepturus*.

Además de esta forma se cumplirán las previsiones o especificaciones que suelen exigirse en los fallos jurisprudenciales de que los favorecidos, los *concepturus*, sean identificables, como por hipótesis está asegurado plenamente en los casos del artículo 9.º de la citada Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

C) LEGÍTIMAS

Es quizá en este apartado donde se aprecia de una forma más clara la gran influencia de CASTÁN sobre el resto de la doctrina moderna española.

Parte este autor de la consideración de que el Código Civil español adopta un sistema legitimario de tipo romanista caracterizado:

a) Por ser de reglamentación predominantemente negativa o de freno.

b) Por no requerir que el legitimario sea instituido heredero.

c) Por ser la legítima, normalmente, una *pars bonorum* y en ciertas circunstancias una *pars valoris bonorum*, citando en este último caso la antigua norma, derogada por Ley de 13 de mayo de 1981, de concurrencia de hijos naturales con hijos legítimos, que recogía el párrafo segundo del anterior artículo 840 del Código Civil.

Veamos por separado las letras a) y c) que acabamos de citar:

1. *Restricciones a la libertad de testar. Las legítimas*

Parte CASTÁN, y así aparece como rúbrica de la sección octava de su tomo VI, volumen II, de su *Derecho civil español común y foral*, al configurar la legítima como una «restricción a la libertad testamentaria». En efecto, la institución de heredero en testamento exige el cumplimiento de una serie de requisitos, que por lo que se refiere a la figura del instituyente, ha de tener capacidad para instituir heredero (arts. 662 y sigs. del Código Civil) y cumplir con las limitaciones impuestas por el sistema de legítimas.

Según el artículo 763 del Código Civil: «El que no tuviere herederos forzosos puede disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos.

El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo».

En efecto, de este artículo resulta que no habiendo herederos forzosos (que serán los enumerados en el artículo 807 del Código Civil), tiene el disponente absoluta libertad de testar; existiendo herederos forzosos, esa libertad de testar quedará limitada por el sistema de legítimas.

Aunque este artículo pudiera parecer superfluo e innecesario, por las reglas que recogen los artículos 806 y siguientes del Código Civil, tiene, no obstante, la virtud de dar unas normas claras y precisas sobre el problema de la libertad de testar.

En efecto, de este artículo 763 resulta que no habiendo herederos forzosos (que serán los enumerados en el art. 807 del Código Civil), tiene el disponente absoluta libertad de testar; existiendo herederos forzosos, esa libertad de testar quedará limitada por el sistema de legítimas (los citados arts. 806 y sigs.). Nuestro Código Civil, aun siguiendo, como veremos, un sistema legitimario de reglamentación negativa o freno, haciendo gala del estilo mesurado que le caracteriza, otorga al testador la posibilidad de disponer, aun habiendo herederos forzosos, de dos tercios de la herencia:

- Uno, el llamado de «libre disposición», que puede atribuirlo en todo o en parte, sin limitación subjetiva alguna, a favor de la persona que tuviere por conveniente.
- Y otro, el de «mejora», que aunque es también de libre atribución, está limitado en el ámbito subjetivo o personal a favor, necesariamente, de «hijos o descendientes».

De lo dicho resulta que nuestro Derecho común deja libertad absoluta al testador para poder nombrar heredero a la persona o personas que tenga por conveniente, sin más limitación, en cuanto a la cuantía de la disposición patrimonial, que el respeto a la legítima.

La voluntad del testador (derecho voluntario) debe ceder ante las normas que regulan las legítimas, ya que éstas son normas de carácter imperativo y necesario, que el causante no puede alterar. La protección a los legitimarios es el límite que el derecho pone al contenido patrimonial de la institución de heredero.

La Ley deja, pues, hacer y disponer al causante en cuanto éste cumpla voluntariamente el deber que le impone y no se salga de los límites que le señala para disponer con uno u otro destino, y sólo confiere al legitimario, en forma subsidiaria, derecho de impugnación, o bien el complemento, cuando en perjuicio suyo el testador o donante se hubiese excedido de las limitaciones señaladas en la Ley.

Es, en definitiva, el sistema legitimario español un sistema de reglamentación negativa o de freno a la voluntad del testador.

2. Configuración de la legítima como «*pars bonorum*»

Esta concepción de la legítima es la que considera la doctrina mayoritaria moderna recogida en la regulación del Código Civil, citando, entre otras, muchas disposiciones, el artículo 806 del Código Civil, que parece admitirla literalmente al decir que la legítima: «Es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos». Se cita también el artículo 808, al hablar que constituye la legítima de los hijos y descendientes «las dos terceras partes del haber hereditario».

En el tipo de legítima *pars bonorum*», el legitimario es considerado como cotitular de los bienes del activo hereditario, una vez deducidas las cargas. Es cotitular de la comunidad hereditaria durante el período de liquidación y partición de la herencia, en cuanto su legítima no haya quedado satisfecha.

Con otras palabras, se podría indicar que el legitimario no es un sucesor universal, o sea, un heredero, sino un destinatario legal o forzoso de bienes. Las legítimas *pars bonorum* atribuyen al legitimario una cuota de bienes o una parte alícuota de la herencia, con lo que vienen a reputarse condóminos, copropietarios o cotitulares de la misma, juntamente con los herederos del causante.

La cuota que corresponde al legitimario en los bienes está previamente fijada en la Ley. Los bienes del condominio serán los que queden después de la liquidación del pasivo que dejó el causante; concretada así la masa hereditaria, los bienes en que se satisfará la legítima se determinarán en la partición, salvo que el testador haya concretado los bienes que corresponderán al legitimario en pago de su derecho (el causante puede satisfacer la legítima por cualquier título, art. 815 Código Civil, y con cualquier bien, incluso anticipadamente mediante donación.)

Para el supuesto de que el testador no haya concretado previamente los bienes con los que ha de satisfacerse la legítima, podrá el heredero instituido pagarla vía particional con las cosas, dinero o derechos del caudal hereditario, pero necesitando en este caso, por aplicación del artículo 1.058 del Código Civil, en relación con los artículos 1.061 y 1.062, el acuerdo del legitimario, al ser éste cotitular o condómino de todos los bienes hereditarios, durante todo el período de liquidación hasta la partición de la herencia. Por eso, mientras la legítima no esté totalmente satisfecha, todos los bienes hereditarios están afectos a su pago, como resulta del artículo 806, pues la Ley reserva a favor de los legitimarios una cuota

del patrimonio hereditario líquido. El derecho a reclamar no les asiste *ad libitum*, pues la cuota está sólo reservada y no deferida legalmente, pero sí en tanto no les sean satisfechos los bienes que el testador ordenó, o en cuanto estos bienes fueren insuficientes.

Determinado que la legítima del Código Civil es, normalmente, una *pars bonorum*, no obstante en ciertas circunstancias puede considerarse como una *pars valoris bonorum*, traducida en dinero en el momento de efectuarse el pago (arts. 821, 829, párrafo segundo del art. 1.056), así como el supuesto que antes de la reforma de 1981 recogía nuestro Código Civil en el párrafo segundo del artículo 840 (supuesto de concurrencia de hijos legítimos con hijos naturales).

La doctrina moderna, siguiendo a CASTÁN, considera, con relación a los citados artículos 821, 829 y párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil, que son normas particulares que obedecen a una *ratio* singular que los desvía de la regla general del pago de la legítima *in natura*, pero que son tres excepciones que sumadas no excluyen la citada regla general, aunque reduzcan su aplicación.

Merece especial indicación, en este punto, aunque sea somera, ya que por razón de la época de la reforma, año 1981, no fueron tratados por CASTÁN, la nueva redacción de los artículos 841 y siguientes del Código Civil que parecen establecer una excepción amplísima a la regla general del pago de la legítima *in natura*.

La doctrina mayoritaria actual mantiene que las legítimas abonables en dinero en los supuestos previstos en estos artículos 841 y siguientes no parecen que no pierdan su calidad de *pars bonorum* en tanto no hayan sido totalmente satisfechas. Simplemente sufren el gravamen legal de la opción concedida para conmutarlas en dinero, sin perder su naturaleza mientras no se extinga la propia legítima con su pago. No hay, pues, derecho real de realización de valor, característico de las legítimas *pars valoris bonorum*. Es decir, el legitimario obligado a recibir su legítima en metálico no es un simple acreedor, su legítima no se ha transformado en *pars valoris* ni tampoco *pars valoris bonorum*, sino que, hasta el pago, tiene la consideración de cotitular del activo hereditario por razón de su porción reservada. Los principios generales que inspiran la regulación de la legítima en el Código Civil, y el propio artículo 844 permiten sostener que el legitimario, hasta que cobra, no pierde su derecho a la porción reservada.

Se ha indicado en relación a este interesante problema que es cierto que la reforma de 1981 establece una excepción amplia a la regla general del pago de la legítima *in natura*, pero no por amplia deja de ser excepcional. La citada regla general no ha sido suprimida tampoco (aunque haya

recortado su alcance), de tal manera que, junto a una intangibilidad global de la legítima que impide al testador apartar a todos los legitimarios de los bienes de la herencia y del pago *in natura*, cabe hablar de una especie de intangibilidad individual en cuanto que obliga al testador a atribuir tales bienes al menos a uno, al que paga su legítima también *in natura*, con la carga de cumplir en metálico la legítima de los demás; por eso, hay que entender que la excepción a la regla de satisfacción individual de los derechos legitimarios con bienes de la herencia ha llegado a ser, con el artículo 841, amplísima, pero sigue siendo una excepción.

D) PARTICIÓN PRACTICADA POR LOS HEREDEROS

Viene regulada este tipo de partición en los artículos 1.058, 1.059 y 1.060 del Código Civil, de los que podemos extraer como puntos más interesantes que nos brinda CASTAÑ, el problema del principio de unanimidad y el supuesto de que en la partición existan o no menores de edad o incapacitados, y en este último caso la cuestión de la necesidad o no de la aprobación judicial de la partición.

1. *Principio de unanimidad*

El principio de unanimidad se deduce de lo dispuesto en los artículos 1.058 y 1.059 del Código Civil que han merecido en general una crítica negativa, pues se ha expuesto, con razón, que este régimen es, o puede ser, gravemente perjudicial (perjuicios que puede provocar un heredero caprichoso, rebelde, con mala fe, etc.), ya que ante la negativa de uno solo de los coherederos, los demás, si están dispuestos a llevar a cabo la partición, se verán obligados a recurrir al juicio de testamentaria «con las dilaciones y gastos consiguientes a esos complicados e inacabables procedimientos judiciales». Por estas razones, la doctrina suele abogar por la sustitución del principio de unanimidad por el de mayoría o por alguna solución intermedia y práctica que permita dirimir el conflicto suscitado por la disidencia de alguno de los interesados.

A pesar de lo acertado y razonable de esta crítica, lo cierto es que el régimen de unanimidad se deduce claramente de las normas del Código Civil, aunque creemos que sería conveniente sustituirlo por el de mayoría, en una posible reforma futura del Código Civil.

Hoy en día este principio de unanimidad es exigido con tal rigorismo que el no consentimiento de algún heredero hace inexistente la partición sin que su falta pueda suplirse con aprobación judicial. La posibilidad que

quedará a los demás coherederos es acudir al camino que les deja abierto el artículo 1.059: la vía judicial; o bien acudir a la partición arbitral, en cualquiera de sus modalidades. Esta última posibilidad parece facilitada con la reforma de 1981 que ha introducido (párrafo segundo del artículo 1.057) una nueva opción a favor de los herederos para poder poner remedio al posible abuso de uno rebelde o caprichoso otorgando a favor de herederos y legatarios, cuando componen la mayoría de intereses en la sucesión, una nueva vía como es la de obtener del Juez que nombre un contador-partidor dativo que hará la partición con aprobación judicial.

2. *Partición practicada por los herederos cuando todos son mayores de edad y plenamente capaces*

Según el artículo 1.058 del Código Civil: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fuesen mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Como indica CASTÁN, los herederos mayores de edad gozan de libertad absoluta para hacer por sí la partición en el modo y con las condiciones que tengan por conveniente, o para designar uno o varios contadores, que la practiquen en su nombre. Mas para ello es preciso, de una parte, que el testador no la haya hecho en vida ni haya nombrado comisario, y, de otra, que todos los herederos estén de acuerdo, pues faltando el consentimiento de uno de ellos habría que acudir a la partición judicial (art. 1.059) o a la arbitral del nuevo párrafo segundo del artículo 1.057, sin que pueda ser suplida dicha falta de uno de los herederos, como ya se ha dicho, por la simple aprobación judicial de la partición (véase Resolución de 24 de diciembre de 1900).

En este punto se ha planteado la pregunta de si ¿pueden los coherederos mayores de edad y plenamente capaces partir como gusten o existen límites a esa libertad de pacto?

En una primera interpretación de las palabras del artículo 1.058: «... podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente» se mantuvo que la letra del Código no faculta a los interesados a título de partición convencional, para no ajustarse a lo dispuesto en el testamento o preceptuado por la ley; lo que sí podrán es, en base a las palabras de dicho artículo, modificar la disposición testamentaria, pero en tal caso no será a título de partición, como ejecución de aquélla, sino a título de novación o transacción por contrato especial y aparte de aquélla, aunque con su ocasión.

La doctrina moderna actual considera que cuando todos los coherede-

ros son mayores de edad y tienen la libre administración y disposición de sus bienes, la libertad de pacto es prácticamente ilimitada, como lo demuestra la expresión tajante del artículo 1.058, según la cual los coherederos podrán distribuir la herencia de la manera que gusten o tengan por conveniente.

La jurisprudencia ha seguido la misma evolución que en la doctrina, ya que partió de una interpretación restrictiva en una Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1915 que marcó como límite a la autonomía de la voluntad de los coherederos, la voluntad del testador, pues de no seguirla serían actos contrarios a la Ley y nacerían con un vicio originario de nulidad, sin posible convalidación.

Sin embargo, la jurisprudencia más moderna, manifestada en numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo y en resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sigue una orientación más liberal al indicar que los herederos pueden distribuir la herencia en la forma que estimen conveniente, ya que si bien deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo, prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas que puedan válidamente atacarla.

3. *Partición realizada cuando entre los coherederos hay menores de edad o incapacitados*

Vamos a estudiar en este apartado, por considerarlo de la mayor actualidad, el problema de si es o no necesario en estos casos la aprobación judicial.

El problema lo enunciaremos de la siguiente forma: Practicada la partición por los coherederos, existiendo entre estos menores emancipados o no, incapacitados sometidos a tutela, ¿será necesaria la aprobación judicial? La solución, lo adelantamos ya, es distinta según se trate de menores no emancipados representados por los padres o por defensor judicial y el supuesto de incapacitados o menores sometidos a tutela.

Esta cuestión viene expuesta en la nueva edición, que es la novena del volumen I del tomo VI del *Derecho civil español, común y foral* del año 1989, recogiendo la doctrina y resoluciones más modernas, de la siguiente forma, que aun no siendo de la pluma de CASTÁN no ha hecho perder a su obra la unidad general: «La modificación del artículo 1.060 planteó el problema (agudizado después con la reforma de la tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983) de si es necesaria la aprobación judicial de las particiones en que los menores o incapacitados son representados por el defen-

sor judicial. En la doctrina se dieron respuestas contradictorias a la cuestión, que ha sido afrontada por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986. A la vista de esta Resolución y de aquella Circular, se entiende que en la actualidad los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil deben interpretarse en el sentido de que la partición en la que el menor esté representado por el padre o madre o por el defensor judicial (éste en el supuesto de existir incompatibilidad de intereses entre el menor y sus representantes legales ordinarios) no requiere aprobación judicial; mientras que si la requiere la partición en la que el incapacitado esté representado por el tutor o por el defensor judicial que sustituye al tutor en caso de incompatibilidad de intereses».

Estas ideas pueden desarrollarse, para una mejor comprensión y explicación, de la siguiente manera:

a) Menores no emancipados representados por sus padres o por el padre con el que el menor no tuviese colisión de intereses.

No es necesaria la aprobación judicial de la partición por aplicación del artículo 1.060 del Código Civil, que dice. «Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial».

b) Menores no emancipados representados por defensor judicial nombrado éste al existir colisión de intereses entre el menor y el titular o titulares de la patria potestad.

Tampoco es necesaria la aprobación judicial de la partición, según la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986.

En dicha Resolución se planteó la cuestión de si es necesaria la aprobación judicial de una partición hereditaria en la que los hijos menores se encuentran representados por el defensor judicial designado al existir contraposición de intereses con su padre. Los argumentos fueron, fundamentalmente, los siguientes:

- El artículo 1.060 del Código Civil establece que no será necesaria la aprobación judicial siempre que los menores estén legalmente representados, lo que supone una ampliación de su contenido respecto a la situación anterior a la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, ya que hasta entonces el precepto se limitaba a enumerar exclusivamente a los padres del menor, mientras que ahora tiene lugar en todos los casos en que están debidamente representados.
- En consecuencia, al ostentar el defensor judicial el carácter de representante legal para la conclusión de un acto concreto (art. 163 del Código Civil), es claro que en la partición en que intervenga

representando al menor no debe seguir como presupuesto de eficacia la aprobación judicial, aparte de que no hubiese tenido razón de ser el modificar el artículo 1.060 por la citada Ley de 1981 si se hubiese querido mantener invariable su contenido. Considera la Resolución que la posterior reforma de la materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 no incide en lo anteriormente indicado, ya que la indudable antinomia que ahora se produce entre el artículo 271, número 4 y el artículo 1.060 hay que referirla exclusivamente al caso en que la herencia se encuentre interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre del menor.

c) Incapacitados representados por el tutor

Es indudable, conforme al citado artículo 271-4.º del Código Civil, y a la doctrina de la Resolución expuesta, la necesaria aprobación judicial de la partición.

d) Supuesto de nombramiento de defensor judicial en el caso de existir colisión de intereses entre el representado y el tutor.

En este caso sí es necesaria la aprobación judicial de la partición, como claramente se deduce de la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985, citada expresamente en la Resolución estudiada de 4 de abril de 1986 (1).

e) Supuesto de menores emancipados.

En este caso, no es necesaria la aprobación judicial de la partición, ya sea en los casos en que puede intervenir por sí solo, ya sea en los que se

(1) La Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 dice en este punto: «...el ámbito de la representación del defensor judicial no puede separarse del contenido y límites de la representación legal del tutor; de una parte, porque aun cuando el artículo 302 establece que el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, éstas no podrán exceder de las que la Ley confiere al tutor, por lo que la necesidad de aprobación judicial es un acto imperativo, no dispensable, y, de otra, porque en razón de su naturaleza, el defensor se configura como sustituto provisional del tutor en la representación para actos determinados (arts. 221-2.º, 299-1.º y 229-2.º) o en general (arts. 249 y 256) y lógicamente sus facultades no pueden exceder de las del transitoriamente sustituido».

Tal conclusión la juzgamos ajustada si atendemos, además, al fin inmediato de la norma y, sobre todo, al sistema tutelar adoptado por la Ley de 24 de octubre de 1983. Al haber pasado nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de tutela familiar a otro de autoridad, la figura del Juez adquiere un especial relieve en el plano del control vigilancia y organización de la tutela, por lo que bien puede decirse que constituye el órgano fundamental de la institución, lo que explica que el tutor —o quien le sustituya en la presentación legal para asuntos concretos— precise autorización judicial para realizar los actos más importantes que puedan afectar a la persona o al patrimonio del tutelado (arts. 271 y 272 del Código Civil), y que sea imperativa la audiencia del Ministerio Fiscal antes de que el Juez proceda a autorizar o a aprobar los actos concluidos por el representante legal del incapacitado.

requiere el complemento de capacidad de los padres o curador (arts. 323 del Código Civil) o del defensor judicial nombrado al existir conflicto de intereses con los anteriores (arts. 163 y 299 del Código Civil).

JUAN JOSÉ RIVAS MARTÍNEZ
Notario y Registrador de la Propiedad

«Cada provincia abunda en su peso, y por esto las leys e hordenanças quieren ser conformes a las provincias, y no pueden ser yguales ni disponer de una forma para todas las tierras.»

(*Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, publicadas por la Real Academia de la Historia, t. IV, Madrid, 1882, p. 225)

Castán y el Derecho foral

SUMARIO. I. CASTAN, FORALISTA ARAGONES.—II. VICISITUDES DEL DERECHO FORAL EN LA VIDA DE CASTAN.—III. EL DERECHO FORAL PARA CASTAN.—IV. CASTAN Y LAS INSTITUCIONES FORALES.—V. PROPUESTAS FORALISTAS DE CASTAN.

I. CASTAN, FORALISTA ARAGONES

Decía COSTA que si cada región española posee aptitudes especiales para un orden determinado de la vida y es, respecto de él, órgano especial de la nacionalidad, cabe considerar a la región aragonesa como órgano político (tomando la palabra «política» en su más amplio sentido) y como órgano jurídico: Aragón se define, a sus ojos, por el Derecho (1).

CASTÁN fue, de nacimiento, aragonés hasta la médula: nacido en Zaragoza de padre altoaragonés y madre del Bajo Aragón. Por ello no es extraño que además de un enorme jurista fuera un amante del derecho foral.

Tuvo CASTÁN grandes maestros aragoneses: RIPOLLÉS y BARANDA, SASERA SAMSON, GIL y GIL, LASALA LLANAS, MONEVA PUJOL, etc. (2). Y grandes civilistas ha seguido dando Aragón, probablemente iniciados

(1) COSTA, J.: *Tutela de pueblos en la historia*, Madrid, s/f., pág. 283.

(2) *Vid* en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN Tobeñas* el trabajo de FUENMAYOR CHAMPÍN, A., y SANCHO REBULLIDA, F. de A. «El maestro José CASTÁN TOBEÑAS», Pamplona, 1969, t. I, págs. XI y sigs.

en el CASTÁN: mi maestro SANCHO REBULLIDA, los profesores LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVARRÍA, los, tan admirados y queridos por CASTÁN, ALONSO LAMBÁN, BATALLA, LORENTE y un largo etcétera. Todos los citados son o ha sido amantes de sus fueros. CASTÁN no fue menos, y prueba de ello es uno de sus primeros trabajos: «La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales» (3), donde a lo largo de setenta y una páginas escribe con su gran método y especial profundidad el problema de la aplicación del artículo 952 del Código Civil en Aragón. Allí dice: “Descubrámonos, pues, ante estos pueblos que no quieren romper con su pasado y con su tradición; sus legislaciones no sólo tienen derecho a vivir, sino que merecen el más cariñoso respeto. Pero rejuvenezcámosla, abramos de par en par sus ventanales al viento vivificador del progreso. Misión de legisladores y juzgadores es devolverles la dinamicidad, encarnando en sus viejas tradiciones las exigencias económicas de nuestra sociedad y las culturales de la moderna técnica del derecho.»

Igualmente significativa es la obra *Aragón y su Derecho (reflexiones sobre la nueva compilación civil)* (5). En ella el maestro CASTÁN, sobre todo al hablar de Aragón y su fisonomía geográfica y política, lo hace con gran cariño y profundidad de conocimiento.

Para terminar esta introducción transcribo la bibliografía foral de don José, a la que habría de añadirse su clásico *Derecho civil, común y foral*, ya que nunca olvidó el profesor CASTÁN las llamadas entonces especialidades o peculiaridades forales de todas y cada una de las instituciones forales.

Obras forales de don José CASTÁN TOBEÑAS

- «La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, y ed. sep., Madrid, Reus, 1915.
- «El Derecho foral en Aragón: Observaciones al Proyecto de Apéndice», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, primer semestre de 1924.
- «Aragón y su Derecho (reflexiones ante la nueva compilación civil)», en la *Revista Zaragoza*, editada por la excelentísima Diputación Provincial, Zaragoza, 1967, y en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, con ed. sep., Madrid, Reus, 1967.

(3) *RGLJ*, 1914, págs. 267 y sigs., y 428 y sigs.; 1915, págs. 24 y sigs., y 246 y sigs.

(4) *Ob. cit.*, págs. 268 y 269.

(5) CASTÁN TOBEÑAS *Aragón y su Derecho (reflexiones sobre la nueva Compilación civil)*, Institución «Fernando el Católico» (CSIC), Zaragoza, 1968.

- «El Derecho foral de Galicia», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, segundo semestre de 1917.
- «La Compilación del Derecho civil especial de Galicia», en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, y ed. sep., Madrid, Reus, 1964.
- *Derecho civil foral*, 2.^a ed., Ed. Reus, Madrid, 1932 (6).

II. VICISITUDES DEL DERECHO FORAL EN LA VIDA DE CASTAN

Señala BONET RAMÓN (7). El simbolismo que encierra la coincidencia, en un mismo mes (julio 1889), de estos dos acontecimientos: la promulgación de nuestro Código Civil vigente, en su segunda edición, y el nacimiento «del que había de llegar a ver su comentarista y luego su Pontífice Máximo durante los últimos veinte años».

Se educa CASTÁN, por la época en que estudió, con un reciente Código Civil que pretende la unificación del Derecho español, «permitiendo» la subsistencia de algunas instituciones forales en apéndices. Como señala el propio profesor: «se acepta el régimen de variedad legislativa civil (bajo la forma de apéndices al Código que han de contener las especialidades de las legislaciones forales), salvo en ciertas materias en las que se sanciona el régimen de *unidad*» (8).

Con el advenimiento de la I República se produce el renacimiento de los órganos legislativos regionales, con lo que se da un evidente impulso a las legislaciones forales: las regiones autónomas producirían legislación civil. Se acabó en parte con el cegamiento de las fuentes de producción foral que nos trajo Felipe V.

No he localizado ningún estudio foral de don José en el período que va de la Constitución republicana al 1 de abril de 1939, por lo que no podré decir nada acerca de su visión del Estado de las regionalidades. Es una lástima, pues su parecer en este punto hubiera sido de gran utilidad para un análisis del artículo 149.1.8 de nuestra vigente Constitución.

Las dos únicas citas de CASTÁN que cabría hacer sobre este sistema de producción de Derecho foral son las siguientes:

(6) Es curioso que en la bibliografía de CASTÁN que se cita en el *Derecho civil, común y foral* se omite la obra citada en el texto *Derecho civil foral*. A mí un ejemplar de la 2.^a edición del texto en cuestión ha sido uno de los pocos libros que me han quedado de la biblioteca de mi padre cuando éste se jubiló como Notario de Zaragoza.

(7) BONET RAMÓN "Semblanza de ejemplar juriconsulto español: excelentísimo señor don José CASTÁN Tobeñas", en *RAP*, LII, 1968, pág. 3.

(8) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil foral*, 2.^a ed., Madrid, 1932, pág. 13.

«En la actualidad (se refiere al período de elaboración de la Constitución republicana), el movimiento a favor del regionalismo jurídico está, dentro de nuestra Patria, en avance, más bien que en retroceso. En la Constitución del Estado, que ahora se está elaborando en las Cortes, se admite que pueda concederse a las regiones autónomas la legislación civil, salvo en determinadas materias» (9). Y no vuelve ya a hablar sobre el tema.

Más crítico es don José en uno de sus primeros trabajos (10): «Creía PI i MARGALL que era un régimen federativo el exigido por las especiales condiciones de nuestra Patria y de nuestro Derecho civil, y que con él se había de avanzar hacia la unidad más que con el de ahora: “Devuelta la facultad de legislar a las provincias, se modificarán las leyes particulares por las últimas evoluciones del Derecho, y es fácil que se den hacia la unidad pasos más rápidos”».

Mas no va por este lado, a nuestro modo de ver, la solución del problema. No es lo esencial que los derechos forales tengan órganos políticos propios, sino órganos técnicos adecuados. Y ¿no lo es, por ejemplo, la Comisión —compuesta exclusivamente de catalanes— nombrada por el Real Decreto de 24 de abril de 1899 para redactar y proponer a las Cortes Generales el proyecto de apéndice para Cataluña? Asegúrese cuanto se quiera la competencia de las Comisiones que han de hacer y reformar periódicamente —una vez publicados— estos apéndices y la de los Tribunales que han de aplicarlos; facilítese, si se quiere, la renovación de los derechos forales por la costumbre regional y local; pero respétese siempre la unidad del Poder legislativo y sancionador. «La diversidad legislativa dentro de un Estado —dice un tratadista de Derecho foral— no puede servir de título para demandar el reconocimiento de naciones independientes que la historia no ha sancionado, ni para proteger la formación de Estados políticos distintos, cuya razón de existencia no está por otros esenciales factores debidamente justificada» (11). La federación supondría un retroceso en la constitución y en la historia de nuestra Patria española».

Con el advenimiento de la dictadura del general Franco vuelven a cegarse las fuentes de producción foral. CASTÁN vive el Congreso de Zaragoza de 1946, aplica el foral desde el TS y ve nacer las Compilaciones. La etapa del sistema compilador frente a los apéndices es observada por CASTÁN desde la Compilación aragonesa, la de sus raíces, en un discurso

(9) *Derecho civil foral*, cit., pág. 14.

(10) «La sucesión del cónyuge viudo...», cit.

(11) ANGULO *Derecho privado de Vizcaya*, Madrid, Hijos de Reus, 1903, pág. 23

leído como miembro del Colegio de Aragón, en la sesión académica de su XVIII Pleno, celebrada en Zaragoza el 23 de abril de 1968 (12).

Con su característica labor de síntesis, señala CASTÁN, en la citada conferencia, las dificultades que ofrecía la elaboración de la Compilación aragonesa. Esas dificultades, extrapolables al resto de los Derechos civiles forales, les veía así: «Hemos dicho muchas veces que la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 había intentado resolver el problema español de la variedad legislativa civil con un criterio ecléctico, de transición entre la tendencia uniformista y la antiuniformista, que, queriendo dar gusto a todos, no podía satisfacer a nadie y vulneraba los más elementales principios de la biología jurídica» (13).

Mucho antes (14) el profesor CASTÁN había escrito: «La biología del Derecho no sólo exige conservación de elementos tradicionales, sino renovación progresiva de los mismos. ¿Qué importa conservar ciertas instituciones que a veces no tienen otro valor que el histórico, si se ha quitado a las legislaciones forales la vitalidad y la lozanía? Si al *statu quo* en que vivimos se le diere consagración definitiva, las legislaciones forales continuarían, como dijo el señor Comas, petrificadas en sus viejos moldes, envueltas en sus tradicionales formas, ecos tan sólo de épocas pasadas, condenadas, en fin, por su perpetua inmovilidad, a ser silenciosos testigos de todos los adelantos y privilegios que produce el fecundo movimiento del Derecho moderno.»

En la citada conferencia (15) plasmó así el *iter* que va de los Apéndices a las Compilaciones: Fracasó la fórmula de los apéndices forales e ideó soluciones mejores al Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado a iniciativa de los juristas aragoneses, y cuyas conclusiones han tenido franca aceptación por parte de los poderes públicos.

Cambió mucho, con ello, el panorama de la Codificación civil española. Se ha dicho que la fase actual compiladora de los Derechos forales supone una innegable progresión no sólo por cuanto implica la supresión de los antiguos Derechos supletorios exóticos, de algunas regiones españolas, con el consiguiente avance unificador que esto representa, sino también porque la labor compiladora lleva consigo el dar nueva forma, más adecuada a nuestro tiempo, a los antiguos ordenamientos civiles, actualizándolos y revitalizándolos. Mas esta tarea de progresión codificadora, de actualización formal y técnica de las instituciones forales no es fácil de realizar. La realidad legal y social del momento sigue exigiendo,

(12) *Ob. cit.* en nota 5

(13) «Aragón y su Derecho...», *ob. cit.*, pág. 43.

(14) «La sucesión del cónyuge viudo...», *cit.*, t. CXXXVI, 1915, pág. 251.

(15) «Aragón y su Derecho...», *cit.*, págs. 44 y 45.

muchas veces, que las labores codificadoras sigan rutas, más que lógicas, transaccionales. La Compilación que acaba de ser promulgada había de tener características un poco indecisas. Ni podía ser un perfecto Código de Derecho civil aragonés ni tampoco una simple recopilación de textos forales.

Se explican así las dificultades que presentaba ahora la tarea compiladora, en relación con el cumplimiento del encargo conferido a las Comisiones de Derecho foral o especial. El mandato, de acuerdo con las conclusiones del Congreso Nacional de Zaragoza, estaba contenido en el Decreto de 23 de mayo de 1947, a cuyo tenor las Comisiones habían de «tomar como base los actuales proyectos de apéndice para llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades del momento presente...». Pues bien: la interpretación de esta norma no era sencilla ni segura. Había que armonizar exigencias tan variadas como la de tomar por base los proyectos de apéndices (o, tratándose de Aragón, el apéndice mismo): operar sólo sobre las instituciones históricas, pero tener en cuenta, de un lado, su vigencia, y de otro, su actualidad, o sea, su aplicabilidad en relación con las necesidades del momento presente.

No es extraño que hayan sido muy dispares las opiniones sustentadas en cuanto al carácter y el contenido de las Compilaciones de Derecho Foral que se habían de elaborar (16).

En su reflexión crítica sobre la Compilación aragonesa las últimas palabras de CASTÁN son las siguientes: «La nueva Compilación, en suma, no es ya un apéndice, ni siquiera una Recopilación más. Supone una reelaboración del Derecho civil aragonés, aunque hecha con sujeción a los límites impuestos por el respeto debido al estado actual del Derecho español y a la consiguiente vigencia del Código Civil y las leyes generales, que han mermado mucho las posibilidades de desarrollo y remozamiento del antiguo Derecho aragonés. Se inicia con la Compilación un nuevo período en la historia del Derecho aragonés. A diferencia del apéndice derogado, la Compilación ha logrado presentar las normas del Derecho civil de Aragón con aquella conexión y engranaje propios de todo sistema. Especialmente se ha hecho posible con ella la conservación y modernización relativa de sus instituciones y, en su día, la incorporación de ellas al soñado Código Civil general de la Patria española, que recoja, sin exclusivismos, las esencias más genuinas del Derecho nacional» (17).

(16) Puede verse, sobre estos aspectos, LACRUZ, J. L.: «La discusión actual en torno a los Derechos forales», separata de la revista *Arbor*, Madrid, 1948, págs. 406 y sigs.

(17) «Aragón y su Derecho. » *cit.*, pág. 47.

Como se ve, siempre pensó CASTÁN en un Código único al que se incorporaran las instituciones forales más dignas de respeto y las más genuinamente españolas. Tuvo CASTÁN siempre esa idea, por ello, como se verá, le desasosegaba el modelo napoleónico (al que malamente copió, según él, el Código Civil) y nunca aceptó como hábil el modelo castellano, en el que había muchos elementos e instituciones foráneas, como para extenderlo a todo el territorio nacional.

CASTÁN vivió por lo que se ha dicho tres diferentes sistemas o directrices forales: la del Código general con apéndices, la republicana con autonomías regionales (18). Y la tercera la de las Compilaciones basadas en las ideas del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza.

Su anhelo fue siempre un Código civil general, y prueba de ello son las palabras antes citadas a propósito de la Compilación aragonesa (1968), y estas otras referidas al Proyecto de Apéndice al Código Civil, aprobado por la Comisión especial del Derecho foral de Galicia de 1915: «Creemos debe este meritorio boceto legal ser atendido y mencionado, pero no para constituir el apéndice de una legislación foral que no existe, sino *para que sus instituciones, sus reglas sean incorporadas al Código Civil general, cuando llegue la anhelada hora de reformar el desdichado engendro que ahora nos rige*» (19).

Quiero terminar con palabras del propio CASTÁN su vida profesional en el campo del Derecho foral: «El profesor LACRUZ BERMEJO ha dicho en uno de sus trabajos, siempre tan meritorios, que “el Derecho aragonés es difícilísimo de conocer”. Ello es cierto, y debo confesaros que yo no lo conozco a fondo. Estudié, sí, en la Facultad de Zaragoza; he explicado en sus cátedra, brevísimo tiempo, como profesor auxiliar, y también por el año 1940 —en un paréntesis de mis dedicaciones judiciales—, como titular de Derecho civil; he escrito algún libro de Derecho foral de España y alguna monografía de específico Derecho aragonés. Pero casi toda mi vida de jurista se ha desarrollado fuera del ambiente de mi región. En las sesiones de la Comisión General de Codificación, sin aportar nada, me he aprovechado del saber jurídico de los compañeros aragoneses que integraban la Sección especial que ha ultimado la redacción de la Compilación,

(18) Quizá por la falta de aplicación práctica del sistema regional y la brevedad de su vigencia CASTÁN no se ocupó de él (o, al menos, yo no he encontrado nada sobre el particular). Insisto en que hoy, vigente la Constitución de 1978, nos hubiera sido de gran utilidad la opinión del maestro.

(19) CASTÁN, J.: «El Derecho foral de Galicia. Notas acerca del Proyecto de Apéndice redactado por la Comisión oficial, y Memoria de su presidente», *RGLJ*, 1917, pág. 398. Resulta curioso para un lector de hoy ver a CASTÁN firmando como Profesor Auxiliar.

y especialmente de la pasmosa *prudencia iuris* de mi admirado LORENTE SANZ. El que a buen árbol se arrima...» (20).

III. EL DERECHO FORAL PARA CASTÁN

Tiene CASTÁN en toda su obra una tensión centralista-foralista, y como muestra véanse dos escritos suyos:

En el año 1915 (21) exigía respeto a la unidad del Poder legislativo y sancionador, afirmando que «la federación supondría un retroceso en la constitución y en la historia política de nuestra Patria española».

Nueve años más tarde, escribe: «El problema del Derecho foral no admite más que dos soluciones lógicas: suprimir las legislaciones forales, realizando el ideal de la unificación del Derecho civil patrio, claro que no sobre la base del vigente Código (plagio defectuoso del napoleónico), sino sobre la de un Código que fuera verdaderamente nacional por su espíritu y principios, y científico por su estructura y método; o bien, respetar plenamente las legislaciones regionales, dotándoles de órganos de expresión y de renovación progresiva» (22).

Ante esa situación dice CASTÁN: «Pero no hay que pensar en estas soluciones radicales. La realidad legal y social del momento sólo daba opción entre el mantenimiento del *statu quo* en que hemos vivido, incumpliendo la ley, desde la publicación del Código Civil hasta el día, la confección de los apéndices forales» (23).

CASTÁN era un iusprivatista nato, por ello defendía el derecho foral a pesar de su afán integrador y de su deseo del Código general. Para el maestro, mientras el Derecho público ha de ser necesariamente unitario por ir destinado a la regulación del Estado, el Derecho privado se da *para la vida*, que es varia y compleja. Las relaciones de subordinación, máxime hoy, son ajenas al Derecho privado; en éste priman la libertad y la autonomía. Aquél es de *ius cogens* y en el Derecho privado el principio es el de disposición. Y más en nuestros Fueros, piénsese en el «paramiento a fuero vienze» o en el «staudum est chartae» aragonés o, más en romance, «hablen cartas, callen barbas». Por todas esas razones creo que pudo escribir CASTÁN: «Por eso las relaciones civiles difieren de comarca a comarca, de localidad a localidad y de individuo a individuo. Por eso se

(20) «Aragón y su Derecho...», *cit.*, pág. 7.

(21) «La sucesión del cónyuge viudo...», *cit.*, págs. 255 y 256.

(22) CASTÁN, J.: «El Derecho civil de Aragón. Observaciones al Proyecto de Apéndice», *RGLJ*, 1924.

(23) «El Derecho civil de Aragón...», *cit.*

puede concebir la existencia de un Estado no sólo con la variedad de leyes civiles, sino aun con ausencia casi total de ellas» (24).

Don JOAQUÍN COSTA, a quien leyó en profundidad don José, decía en el mismo sentido: «Podrían vivir ordenadamente los hombres en sociedad sin comercio apenas con las leyes; libres, por tanto, de la necesidad de conocerlas; y, sin que por ello, dicho se está, hubieran de chocarse entre sí las múltiples esferas individuales; ni dejaran de formar juntas, como antes y como siempre, municipio, nación, Estado» (25).

CASTÁN quería un Código Civil para toda España, pero no «el engendro» que él conoció, sino un Código que fuese reflejo de la variedad foral de nuestros distintos ordenamientos; por ello escribe: «¡Lástima que el Código Civil, en vez de ser el Derecho general y representar lo común de las legislaciones peninsulares, no refleje sino la de Castilla, a la que se han yuxtapuesto varias y aisladas disposiciones forales!; ¡lástima que en vez de haber recogido los progresos de la ciencia de su época sea un plagio del anticuado Código napoleónico!» (26).

Pero, a pesar de lo que puede desprenderse de los textos transcritos, CASTÁN no ignora la integridad y plenitud de los ordenamientos forales, lo que ocurre es que ante la Ley de Bases de 1888 no tiene más remedio que buscar la menos mala de las soluciones para mantener las instituciones forales. Como prueba de ello afirma en 1924: «... no se concibe ese régimen de reconocimiento incompleto de las legislaciones regionales que, a cambio de respetar instituciones aisladas o fragmentos de ella, ingiere en los mismos elementos del Derecho común, que no pueden menos de serles extraños y perturbadores, y sobre todo las somete a un verdadero estado de petrificación, al privarles de medios de desenvolvimiento» (27).

En la cita anterior están implícitas tres cuestiones capitales de Derecho foral, hoy también vigentes: la revitalización de las fuentes productoras de Derecho foral, el orden de prelación de fuentes en Derecho foral y la aplicación supletoria del Código Civil como Derecho común en las legislaciones forales. En pocas líneas, señala CASTÁN los problemas que todavía preocupan a los civilistas forales.

A la hora de dar respuesta a esos problemas, CASTÁN responde a todos.

Respecto a la revitalización de los órganos legislativos forales CASTÁN no les ve con muy buenos ojos. Era centralista y muy contrario a toda tesis

(24) «La sucesión del cónyuge...», *cit.*, 1915, pág. 259.

(25) COSTA, J. *El problema de la ignorancia del Derecho en sus relaciones con el estatus individual, el referéndum y la costumbre*, discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1901, pág. 27.

(26) «La sucesión del cónyuge...», *cit.*, 1915, págs. 250 y 251.

(27) «El Derecho civil de Aragón...», *cit.*

federalista. Por ello cree mucho más en la *auctoritas* que en la *potestas* (en la terminología del profesor d'ORS). Frente a PI I MARGALL, cuando afirma: «Devuelta la facultad de legislar a las provincias, se modificarán las leyes particulares por las últimas evoluciones del Derecho, y es fácil que se den hacia la unidad pasos más rápidos» (28). CASTÁN dice: «Mas no va por este lado, a nuestro modo de ver, la solución del problema. No es lo esencial que los derechos forales tengan órganos políticos propios, sino órganos técnicos adecuados. Y, ¿no lo es, por ejemplo, la Comisión —compuesta exclusivamente de catalanes— nombrada por el Real Decreto de 24 de abril de 1899 para redactar y proponer a las Cortes Generales el proyecto de Apéndice para Cataluña? Asegúrese cuanto se quiera la competencia de las Comisiones que han de hacer y reformar periódicamente —una vez publicados— estos apéndices, y la de los Tribunales que han de aplicarlos; facilítese, si se quiere, la renovación de los derechos forales por la costumbre regional y local; pero respétese siempre la unidad del Poder legislativo y sancionador... La federación supondría un retroceso en la constitución y en la historia política de nuestra Patria española» (29).

En cuanto al orden de prelación de fuentes en Derecho foral sólo tuvo en cuenta CASTÁN el aragonés, pues era el único apéndice que llegó a publicarse, cuando en el Proyecto de 1904 se colocó como primera «fuente» a la costumbre (30). Decía CASTÁN acerca de este punto: «Un artículo hay en el proyecto aragonés que parece a primera vista inoportuno e inspirado en un criterio de radicalismo e intransigencia: el que establece las fuentes del Derecho, concediendo prioridad al pacto y la costumbre sobre la ley escrita. A buen seguro que ha de suscitar protestas y obstáculos en las Cortes. Sin embargo, fuera de cierto defecto de técnica jurídica, perfectamente disculpable, hay que reconocer que la fórmula en cuestión es demandada por el estado actual y, sobre todo, por el genio de la legislación aragonesa, que ha dado siempre a la libertad civil los más altos y lógicos

(28) PI I MARGALL, F.. *Las nacionalidades*, Madrid, 1887, pág. 309.

(29) «La sucesión del cónyuge...», *cit.*, págs. 255 y 256

(30) «Artículo 4.º Conforme al apotegma de la antigua legislación aragonesa *Standum est chartae*, los Tribunales fallarán ante todo por el tenor de las cláusulas de los documentos públicos, o de los privados debidamente autenticados, que los interesados aduzcan, siempre que dichas cláusulas no resulten de imposible cumplimiento o contrarias al Derecho natural. A la falta de documentos, y para suplir las oscuridades y omisiones de que adolecen, aplicarán los Tribunales 1.º La costumbre local; 2.º la costumbre comarcal; 3.º la costumbre territorial, 4.º las disposiciones de este apéndice; 5.º el Código general y las demás leyes de la Nación. Ni el uno ni las otras se aplicarán, sin embargo, para suplir instituciones reguladas en el apéndice con carácter típico distinto, aunque figuren en él con denominaciones análogas. Tampoco se aplicarán para suplir instituciones que el apéndice excluya expresamente.»

desenvolvimientos. Además, ¿qué otro medio hay de devolver la vitalidad a los derechos forales, sino abandonarlos a la acción interna de la costumbre, facilitada y completada por la jurisprudencia? Ello contribuirá, es verdad, a agrandar algunas de las diferencias entre las legislaciones regionales; pero también —dado el cosmopolitismo de nuestros tiempos y el estado social uniforme de la Nación española— restringiría y borraría espontáneamente muchas de las legales que hoy existen» (31).

Sabido es que navarros y catalanes nunca aceptaron el sistema de apéndices precisamentee por no desnaturalizar sus instituciones con la aplicación supletoria del Código Civil y por considerar que su Derecho formaba un todo unitario, un ordenamiento completo, amén, claro está, de las implicaciones políticas de la «cuestión foral». En este tema del Código Civil como supletorio de los forales, que tantos ríos de tinta ha hecho correr, buscó CASTÁN una fórmula de transacción: distinguir entre instituciones compatibles e incompatibles con los principios del «Derecho común»; a los primeros se les aplicaría el Código Civil y no a las segundas. La solución, a la que se apunta CASTÁN, es de DURÁN y BAS: «Donde quiera que no haya una institución de Derecho catalán admitida como excepción, el Derecho común reinará con toda su autoridad en Cataluña; donde quiera que una institución especial pueda existir, pueda desenvolverse dentro y con el auxilio de las instituciones del Derecho común, éstas deberán aplicarse en cuanto tengan relación con aquélla o se deban invocar para su vida: sólo cuando los principios de la institución especial sean incompatibles con los de las demás instituciones del Derecho común, deberá pedirse al antiguo Derecho civil de Cataluña la cooperación indispensable para que dicha institución puede tener vida práctica» (32).

Lo cierto es que CASTÁN vivió una época fuertemente centralista en Derecho civil, salvo los intentos estatutarios republicanos, y conciliar el Código Civil general con los derechos forales no era tarea fácil. Que no le gustaban los apéndices era claro, pero los admitía como mal menor. Valgan estas palabras de don José de colofón a las tensiones de que se viene hablando: «En vano se ha querido disimular el abismo que media entre la legislación general y las regionales, reduciendo sus diferencias al derecho de sucesiones, pues dada la índole especial, en cierto modo adjetiva, del organismo sucesorio, que tiene sus raíces en la organización de la familia y de la propiedad, las variaciones en aquél presuponen un distinto concepto de la familia y un diverso régimen de los bienes. No es una sola insti-

(31) «La sucesión del cónyuge...», *cit.*, págs. 265 a 267.

(32) DURÁN Y BAS *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, págs. 13 y 14

tución ni varias aisladas lo que caracteriza a los derechos forales, sino especialidades que versan sobre lo más esencial del Derecho y revelan la existencia de sistemas jurídicos diametralmente opuestos» (33).

La meta final para CASTÁN es siempre la unificación, así en 1915 escribe acerca de los apéndices: «Al acotar y definir el Derecho foral realizarán los apéndices un principio relección que preparará el camino a la depuración definitiva. Una vez publicados, se conocerán las especialidades de cada comarca, vendrá seguramente el comentario y el estudio comparativo, y podrán formarse en la ciencia corrientes y convicciones armónicas, precursoras de la deseada unificación» (34). Y en el año 1968, en su último escrito sobre Derecho foral, dice: «Especialmente se ha hecho posible con ella (la Compilación aragonesa) la conservación y modernización relativa de sus instituciones y, en su día, la incorporación de ellas al *soñado Código Civil general de la patria española*, que recoja, sin exclusivismos, las esencias más genuinas del Derecho nacional» (35).

No se crea que CASTÁN pensaba en la incorporación al Código Civil general de instituciones forales congeladas; quería instituciones vivas, actualizadas y sin ingerencias foráneas. Siempre pensó en la modernización de los Derechos forales y en su desenvolvimiento propio, evitando la petrificación, a través de la costumbre y los adecuados órganos «técnicos»; no vio la posibilidad de órganos legislativos regionales, pero debe tenerse en cuenta el sistema de Estado en que actuó CASTÁN.

IV. CASTAN Y LAS INSTITUCIONES FORALES

Aparte del estudio pormenorizado de todas y cada una de las instituciones región por región y fuero por fuero que realiza CASTÁN en su

(33) «La sucesión del cónyuge...», *cit.*, 1915, págs. 260 y 261. Tiene CASTÁN una cita de su maestro RIPOLLÉS que abunda en la idea de la necesaria diversidad legislativa de nuestra Patria: «Entre esas legislaciones y la legislación de Castilla existen incompatibilidades históricas, de origen, de forma y desarrollo externo, mantenidas por la tradición de diez siglos, como hay incompatibilidades orgánicas entre las mismas legislaciones regionales. Por donde resulta de modo concluyente más complicado e insoluble que en otras naciones europeas el problema de la unidad formal del Derecho civil en España, pues no se trata de conciliar, como en Francia, dos tendencias históricas, ni como en Italia, de unificar códigos basados todos en el Código Napoleón, sino de amalgamar hasta seis legislaciones con profundas raíces tradicionales en cuanto a su observancia con principios y criterios opuestos en cuanto a la generación del Derecho, que es socialista en el antiguo reino de Castilla, individualista en los reinos de Navarra y Corona de Aragón» (RIPOLLÉS «El Derecho regional y la codificación civil», discurso leído en la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1888, págs. 69 y sigs.).

(34) «La sucesión del cónyuge...», *cit.*, 1915, pág. 263.

(35) «Aragón y su Derecho...», *cit.*, pág. 47.

Derecho civil común y foral y en su Derecho foral, lo cual tiene un mérito evidente, en los trabajos monográficos que se han ido citando en estas páginas, el profesor CASTÁN enjuicia críticamente algunas instituciones, de las que no voy a ocuparme con detalle, que nos dan idea del talante innovador y de las preocupaciones del maestro.

Amén de su preocupación y profundo estudio de los derechos sucesorios del cónyuge viudo aragonés, a CASTÁN le preocupa siempre la tutela de los derechos individuales más necesitados de protección: los hijos no matrimoniales (entonces ilegítimos o naturales); la mujer casada; el cónyuge viudo; la autoridad paterna conjunta (en Aragón, *de consuetudine vegni non habemos patria potestate*), etc.

Como ejemplos concretos cabe citar los siguientes:

a) Se queja, al comentar el Proyecto de Apéndice de Aragón de 1904, de que no se determine el importante extremo de que la autoridad paterna en Aragón se ejerza por ambos padres (tal como entendió la Resolución de la DGRN de 4 de febrero de 1888). También le preocupa si la ejercerá (la autoridad) el cónyuge sobreviviente (36).

b) Le molesta la abolición de la equiparación de los menores casados a los mayores de edad (37).

c) Critica la facultad de disponer el marido en la sociedad conyugal tácita aragonesa, sobre todo teniendo en cuenta que la mujer aragonesa en el derecho histórico aragonés siempre hubo de prestar el consentimiento como consecuencia del derecho expectante de viudedad (38).

d) Más le preocupan, si cabe, los derechos de los hijos extramatrimoniales. Así se expresa en este punto para el Derecho aragonés: «La negación de derechos legitimarios a los hijos naturales reconocidos (que resulta implícitamente del art. 30). Establecida para los hijos legítimos la reserva importante de dos tercios del haber hereditario, resulta injusto no conceder cuota alguna para los naturales. El ostracismo legal de la prole ilegítima, explicable en la época en que se escribían los fueros aragoneses, nos parece hoy reñida con las tendencias del Derecho y con las ideas morales de nuestra época. Resulta, sobre todo, de deplorable efecto que el apéndice mencione a los hijos ilegítimos una sola vez, no para concederles derechos, sino para otorgárselos a sus padres, en el artículo 38, según el cual, «si el que fallece intestado y sin descendientes era hijo adulterino de padre: “luego que le sobrevive, éste podrá recobrar los bienes que le hubiere donado y existan en la herencia”. Semejante precepto, de sabor anticuado

(36) «El Derecho civil de Aragón.. », cit

(37) *Ibidem*.

(38) *Ibidem*

y poco conforme con los principios de desconocimiento de la paternidad ilegítima que rigen nuestro Derecho, debía borrarse» (39).

Es indudable que CASTÁN era defensor de la familia y de los llamados valores tradicionales. Además, en cuanto iusprivatista, defendía la individualidad de la persona; por ello defiende a los menos socorridos y por ello ama el individualismo de los Fueros de Navarra y Aragón. Y es que no debe olvidarse, como señalaba MAURA, que: «La tiranía más insoportable es la que penetra en el hogar doméstico y ofende los sentimientos individuales, porque los efectos son y serán siempre el impulso más poderoso de la voluntad humana; y una ley que de improviso variase toda la estructura de la familia, nota principal de los caracteres sociales de cada región, sería obra tiránica y no fructificaría sino en protestas y conflictos» (40).

V. PROPUESTAS FORALISTA DE CASTAN

Consciente CASTÁN de la importancia de los Tribunales, Notarios y Registradores en la aplicación del Derecho, se quejaba de que los órganos encargados de administrar justicia —unas veces por desconocimiento del Derecho foral y comodidad de aplicar el Código y otras por esa tendencia centralista y unificadora que ha tiempo deja sentir poderoso influjo en los órganos jurídicos locales, y desatentado y decisivo en los centrales, Dirección de los Registros y Tribunal Supremo— conspiran casi a diario contra la integridad y subsistencia del Derecho foral.

Disculpable complicidad tienen en esto las Universidades, en las cuales no se dan a conocer, ni menos se hacen amar los derechos regionales (41).

Frente a ello, en 1968 decía el Profesor: «Han de ser, a nuestro juicio, preocupaciones de la hora presente:

1.º Proseguir la investigación de las fuentes históricas del Derecho aragonés, ya que, como dicen LORENTE SANZ y MARTÍN-BALLESTEROS, este estudio se halla todavía pendiente de elaboración de conjunto, aunque poseamos ya monografías y ensayos particulares de indudable interés, ya aludidos anteriormente, y que a veces pueden ser calificados de magníficos.

2.º Recoger y exponer el Derecho consuetudinario todavía vivo, continuando y actualizando, de modo completo, la obra meritísima de JOAQUÍN COSTA.

(39) *Ibidem*.

(40) MAURA, A. · Prólogo al *Derecho civil vigente en Mallorca*, Madrid, Biblioteca Judicial, 1888, pág. 7.

(41) «La sucesión del cónyuge », *cit.*, pág. 250.

3.º Continuar la serie de estudios monográficos sobre las instituciones del Derecho civil de Aragón, que ya cuenta con numerosísimos y valiosos trabajos.

4.º Elaborar plenamente, conforme a los métodos hoy utilizables, que son muchos y variados, el Derecho civil aragonés contenido en sus fuentes actuales y especialmente en la nueva Compilación.

5.º Componer una obra didáctica (sistemática, breve y sencilla), que siempre se ha echado de menos en la literatura aragonesa y que es ahora más imprescindible que nunca para facilitar el conocimiento y la aplicación de este Derecho especial por parte de los estudiantes, los opositores, los abogados en ejercicio y los profesionales todos.

Seguros estamos de que el profesorado de la Universidad César-Augustana, así como los Colegios de Abogados y los Notarios y Registradores, sin olvidar a Jueces y Magistrados, cada vez más capacitados para aunar las tareas profesionales con las científicas, coadyuvarán a estos empeños» (42).

Las proposiciones del profesor CASTÁN son hoy también válidas. Unicamente se ha mejorado con los Tribunales Superiores de Justicia. Se espera mucho de ellos en este sentido; ya se verá. Quizá haya más dedicación al estudio de los Fueros, pero, por lo demás, los consejos de CASTÁN deben seguir teniéndose en cuenta. El Estado de las Autonomías es algo que CASTÁN no intuyó.

JUAN LUIS GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE
Registrador de la Propiedad
y Notario excedente

(42) «Aragón y su Derecho », *cit.*, págs. 47 a 50

Castán, agrarista

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO AGRARIO.—III. LA FIGURA DEL JURISTA AGRARIO.—IV. EL AGRARISMO EN LA DOCTRINA DE CASTAN: A) COMO PARTE DE SU OBRA CIVILÍSTICA B) OBRAS MONOGRÁFICAS SOBRE AGRARISMO a) *Familia y propiedad*. b) *La propiedad y sus problemas actuales*. c) *Otros trabajos*: 1. «En torno a la teoría del patrimonio». 2. «Humanismo y Derecho». 3. «La socialización del Derecho y su actual panorámica». 4. «La política social y sus orientaciones actuales».—V. FINAL

I. INTRODUCCION

Si se considera que la base inicial de la vida humana es la tierra y los alimentos que de ella salen, es lógico pensar que las cuestiones agrarias fueron las primeras que el hombre hubo de afrontar a la hora de empezar a regular su convivencia.

Desde las balbucientes pautas consuetudinarias hasta las actuales normas escritas, a lo largo de los siglos y paso a paso, se ha ido desarrollando todo un sistema jurídico que empezó por nebulosa indeterminación y ha llegado a ramas bien definidas.

Y lo que ahora ya se llama Derecho agrario y hasta muestra pujos de independencia, inicialmente formó parte de un Derecho común en el que estuvo englobado. Del campo se ocuparon las más ancestrales normas jurídicas como las XII Tablas de Roma, donde ya se regulaba el reparto de tierras del Monte Aventino (1). Por eso han sido consideradas como el primer código agrario de la Historia (2).

Después, la codificación absorbió todo el Derecho privado y, dentro de él, todo lo relativo a la tierra y sus sistemas de tenencia. Pero ahora

(1) *Derecho público romano e historia de las fuentes*. Salamanca, 1944, pág. 27. Su autor, JOSÉ ARIAS RAMOS, cree que las XII Tablas trataron de remediar la rebelión plebeya motivada por este reparto de tierras.

(2) Así lo recoge ALBERTO BALLARÍN en su libro *Derecho agrario*. Madrid, 1.ª ed., 1965, pág. 15.

aparecen deseos de independencia y surge la pregunta: ¿Es el Derecho agrario una rama jurídica autónoma? Si por tal hemos de entender la que vive por sí sola, tendríamos mal comienzo. El propio Maestro CASTÁN, al que ya declaramos agrarista, parece negarle tal autonomía; en efecto, dice en una de sus obras que «es imposible, hoy por hoy, separar radicalmente el Derecho agrario y el Derecho civil, como lo es también deslindar de un modo absoluto, dentro del Derecho agrario, las normas de Derecho público y las de Derecho privado. El Derecho agrario es un conjunto de instituciones que comprende preceptos de uno y otro Derecho y que participa a la vez de los caracteres de ambas esferas» (3).

Sin embargo, aunque, como hemos visto, no le conceda la categoría de ciencia jurídica independiente, sí le reconoce algunas especialidades diferenciadoras, tales como constituir un conjunto de instituciones encuadradas por su contenido propio y la extensión a las esferas pública y privada requeridas por el tinte social que impregna lo referente a la propiedad de la tierra y su cultivo.

El Derecho agrario no es autónomo pero sí especial, con peculiaridades que lo distinguen. Esto se ha mostrado en las normas y su aplicación, en la doctrina y su enseñanza y en tantas otras esferas que ponen de manifiesto que hay una materia agraria que viene pidiendo paso.

España no se ha podido apartar de la corriente y menos teniendo en cuenta su tradición rural. El Derecho agrario se ha hecho patente desde las primeras normas reformadoras de los tiempos de Carlos III hasta la actualidad. El tema de la llamada, por antonomasia, «cuestión social» se ha manifestado repetidamente, de un modo u otro, en las diversas regiones españolas, originando normas unas veces estables, otras coyunturales, pero que han tenido que ser estudiadas y aplicadas por los juristas y profesionales.

Y aquí aparece la figura del agrarista que no ha de ser tan sólo el que se ocupe de modo monográfico de este tema y a título de especialidad, sino también, y es lo más frecuente, el que teniendo su sede profesional en el ámbito más amplio del Derecho ha de comprender en él a las cuestiones agrarias.

El maestro CASTÁN, jurista omnipresente, no podía dejar a un lado la problemática del campo en sus conocidas obras generales de Derecho civil, pues ahí está la propiedad de la tierra y los derechos sobre ella; ahí están los contratos que tienen por objeto las fincas rústicas y las instituciones familiares o sucesorias que se tintan de un inconfundible sentido social cuando recaen sobre el campo.

(3) *Familia y propiedad* Madrid, 1956, pág. 130. A esta obra nos referiremos más ampliamente después.

Pero hemos de ver que CASTÁN no sólo toca el Derecho agrario en los tratados generales, sino que le ha dedicado al tema trabajos especiales, con lo que vendremos a decir que también ha sido especialista o agrarista en su sentido propio.

Y todo esto, en esquema, es lo que queremos poner de manifiesto. El gran maestro jurista, el civilista por antonomasia de nuestros años juveniles y maduros, fue, además, un consumado agrarista. Vamos a verlo.

II. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO AGRARIO

Ya hemos dicho que el Derecho agrario no es realmente un Derecho independiente ni autónomo, sino más bien una rama especial conexas con el Derecho civil y el administrativo. El profesor DE CASTRO distingue entre Derecho común, como conjunto de normas destinadas a reglamentar en su totalidad la vida social, y Derechos especiales que regulan sólo una institución o unas relaciones determinadas (4). Este es el caso, ya que el Derecho agrario, dentro de un sistema general, regula de modo específico el sector conocido como rural, con los problemas propios de su ámbito.

El propio CASTÁN, como hemos de ver, da por supuesta la especialidad de determinadas instituciones agrarias y hace notar la conveniencia de la compenetración entre los juristas y los técnicos agrarios para la preparación y aplicación de las leyes relativas al campo.

Esta es también la postura del agrarista BALLARÍN que, tras aportar el testimonio del artículo 39 del Tratado de Roma que considera a la agricultura como un sector especial, dice que el Derecho agrario constituye tan sólo un *ius specialis* caracterizado por la existencia de nociones técnicas propias (empresa, explotación y actividad agrarias) y porque sus normas constituyen un verdadero sistema peculiar, distinto, aunque no contrario, al Derecho común (5).

No es cosa de ponernos ahora a delimitar el ámbito del agrarismo, pues tanto el método conceptual como el enumerativo habrían de resultar incompletos. Todos sabemos muy bien hasta dónde llegan las ideas de propiedad de la tierra, reformas agrarias, cuestión social, empresa familiar agraria, hacienda o explotación y tantas otras que se han debatido arduosamente y que se consideran incluidas bajo el rótulo genérico del Derecho agrario.

El viejo concepto de la reforma agraria, como simple reparto de tierras en favor de quienes las trabajan, va quedando desfasado por la aparición

(4) *Derecho civil de España*. Madrid, 1949, pág. 101

(5) Obra citada, pág. 242

de otras coyunturas y técnicas que desplazan los añejos problemas y los sustituyen por otros. Hay que recomponer las explotaciones integradas por minifundios, dotarlas de capital y nuevas técnicas, realizar obras de infraestructura y transformaciones que mejoren la producción, promocionar socialmente a los agricultores, dar nuevos enfoques a la empresa a base de proteger la familiar y a la vez promocionar la asociativa y tantos otros aspectos que suponen un auténtico desarrollo para elevar el nivel de vida campesino.

Ultimamente, además, la adhesión de España a las Comunidades Europeas impone nuevas Directivas que se traducen en regulaciones de los distintos cultivos, agricultura de montaña, abandono de las tierras marginales y otras determinaciones originadas por la técnica y la economía que suponen en bastantes ocasiones una enorme modificación de los conceptos civilistas tradicionales y agudizará la especialidad del Derecho agrario respecto a las líneas del Derecho común.

III. LA FIGURA DEL JURISTA AGRARIO

Actualmente no sería válida la queja que hacía LUCIO COLUMELA, hispánico por cierto, en su libro *De Re Rústica* en el siglo I antes de Jesucristo, donde se lamentaba de la escasez de las escuelas de agricultura, diciendo «no he conocido persona que se dedique a enseñarla, ni discípulos que la estudien, aunque sin agricultura es evidente que no pueden subsistir ni alimentarse los mortales».

Por el contrario, las cuestiones económicas y jurídicas del agrarismo, con gran trasfondo social, resultan ahora atrayentes y encuentran numerosos estudiosos y profesionales en todos los países del mundo. Un ejemplo son las reformas agrarias hispanoamericanas, profusamente estudiadas. Y la actual doctrina agrarista europea, encuadrada en el Comité Europeo de Derecho Rural, del que forma parte la Asociación Española de Derecho Agrario, se encuentra en óptimo período de construcciones científicas, que se plasman en libros, revistas especializadas y congresos donde se abordan los problemas doctrinales y prácticos de la agricultura moderna.

La vocación agrarista puede darse en todo profesional del Derecho y arranca a veces desde los estudios en la Facultad, pero normalmente se propicia con mayor frecuencia en ciertas ramas profesionales que se mueven en ámbitos cercanos a la realidad campesina. Tal es el caso de los Notarios y Registradores de la Propiedad que realizan una muy apreciable aportación doctrinal y práctica al agrarismo por su ejercicio en zonas rurales donde realmente se elabora el Derecho vivo.

La cátedra ha desempeñado también un importantísimo papel con sus

enseñanzas, creando la necesaria doctrina básica que se trasluce después en las normas positivas e interpretando éstas con lo que también se llenan en no pocos casos lagunas legales. En España no han faltado numerosos y brillantes profesores universitarios que han enseñado agrarismo y escrito sobre él.

La doctrina iusagrarista española alcanza actualmente un nivel aceptable, aunque siempre sería deseable tender a superarlo. Ultimamente se han publicado algunos libros y han tenido lugar en España varios congresos internacionales, seminarios o jornadas de Derecho agrario. Y en el ámbito universitario se han publicado varias tesis doctorales, intensificándose la enseñanza de esta rama en nuestras Facultades, señal del pulso vivo que se mantiene en esta materia.

BALLARÍN ha dado unas pinceladas maestras de la figura del agrarista (6). Dice que no puede ser concebido como un jurista tradicional habituado a los cánones del Derecho común, sino con una profunda inquietud renovadora, dedicado de lleno a una causa tan justa como tratar de conseguir que los agricultores dejen de ser ciudadanos de segunda clase. Sin embargo, esto tampoco significa que los agraristas sean revolucionarios que pretendan atacar sin más a la seguridad jurídica; parten vitalmente de un conocimiento dramático de la realidad y no por ello son menos respetuosos ni menos amantes del Derecho que los conservadores. En materia agraria, el Derecho común avanza y se transforma por un fuerte contenido social, mediante el cual la norma jurídica es un instrumento de progreso para resolver las tensiones entre la seguridad político-social y la seguridad jurídica. Mientras el jurista tradicional, en su labor interpretativa y de elaboración jurídica, tiene en cuenta los intereses en juego contemplados por la norma, el agrarista opera con intereses colectivos y no particulares; lo que tiene ante sus ojos son problemas sociales y no relaciones interindividuales; la clase de Justicia que le preocupa es la Justicia Social que es la que opera en la base ideológica del Derecho agrario.

Pero debemos apresurarnos a aclarar que no vemos contraposición alguna entre el agrarista y el jurista de Derecho común, en primer lugar, porque su formación y el campo en que trabajan son idénticos. Y, además, porque el civilista también suele sentirse reformador y ser consciente de la trascendencia social que supone dar a luz a sus doctrinas al tiempo de elaborarlas. El profesor puede mostrar su vocación dinámica y proponer soluciones progresistas a los problemas del campo.

Y hasta aquí queríamos llegar, pues el maestro CASTÁN no enseñó nunca un Derecho civil individualista, sino con evidentes marcas sociales,

(6) En *Estudios de Derecho agrario y política agraria*. Zaragoza, 1949, pág. 23.

como se puede ver en su libro básico. Pero es que, además, escribió varios valiosos trabajos monográficos abordando los candentes temas agrarios.

CASTÁN era un agrarista. Vamos a verlo.

IV. EL AGRARISMO EN LA DOCTRINA DE CASTÁN

A) COMO PARTE DE SU OBRA CIVILISTA

Repasar ahora el conocido libro del Maestro CASTÁN *Derecho civil español, común y foral*, a quienes lo estudiamos en nuestros tiempos juveniles de la carrera y de las oposiciones, nos produce una sensación de reencontrar lo conocido, de volver a casa, aunque lo hagamos para algo tan concreto como espigar las necesarias notas para construir nuestro trabajo de hoy.

Hemos encontrado mies en abundancia para desvelar la vocación agrarista del autor.

En el preliminar del libro, al hablar de la distinción entre Derecho público y Derecho privado y especialmente de las ramificaciones de este último, nos dice que otra rama del Derecho que se muestra hoy en formación (7), aunque con perfiles y personalidad todavía menos acusados que el Derecho laboral, es el Derecho agrario o rural, que comprende un conjunto de normas algo heterogéneas, procedentes del campo del Derecho público y del Derecho privado; a continuación recoge y acepta la definición que da ARACÁNGELI del Derecho agrario privado como el conjunto de normas de Derecho privado que regula los sujetos, los bienes y las relaciones jurídicas referentes a la agricultura.

Ya en el Derecho de cosas recoge los criterios doctrinales y jurisprudenciales que caracterizan a las fincas rústicas, distinción fundamental a efectos de figuras tan importantes para el Derecho agrario como el retracto de colindantes que trata de paliar el minifundismo, el arrendamiento que es objeto de una regulación especial en las fincas rústicas y el tratamiento de los frutos.

El derecho de propiedad, fundamental en nuestra materia en cuanto que el dominio de la tierra es básico en el Derecho agrario, es objeto de amplísimo y profundo estudio en la obra de CASTÁN. Ceñidos a nuestro campo específico resaltamos los certeros trazos con que esboza la evolución de este derecho en España, desde la propiedad colectiva de los Vacceos, pasando por el reparto de tierras entre godos y romanos, hasta llegar

(7) Téngase en cuenta que esto se escribió en la edición de 1949. Después, la doctrina agrarista española ha profundizado y desenvuelto ampliamente la materia. El propio maestro CASTÁN contribuyó grandemente a ello.

a la Reconquista, donde la propiedad acentúa su carácter familiar y la desmembración de sus facultades dando lugar a foros y censos y apareciendo las vinculaciones y mayorazgos y los grandes patrimonios en manos muertas. La época contemporánea se caracteriza por una fuerte reacción en favor de la propiedad libre e individualizada, con la desamortización que en opinión de CASTÁN no logró remediar en nada la situación social y económica del campesino y del agro español. Refiere la acogida dada por la segunda República al principio socializador e intervencionista y termina recogiendo la legislación fundamental del Nuevo Estado en materia social agraria.

Al estudiar las orientaciones modernas del derecho de propiedad examina y critica los diversos sistemas propuestos para modificar la organización del dominio de la tierra como el comunismo y las diversas tendencias socialistas. Destaca la doctrina social de la Iglesia, planteada en el terreno moral y en el económicosocial, que aun no aspirando a dar soluciones jurídicas, proporciona orientaciones bastante claras, que resume.

Termina este punto recalcando el sentido social que debe darse al derecho de propiedad. Ya ni siquiera es bastane la idea de la propiedad-función; el problema de la propiedad, nos dice CASTÁN, es un problema de límites: todo estriba en determinar los temperamentos que hay que asignar al concepto de la propiedad individual para que no se constituya un entorpecimiento y una restricción odiosa de los derechos del consorcio civil; en definitiva, concluye, la propiedad que en su concepción individualista era simplemente un derecho del titular, pasará a ser, en la concepción social o solidarista, un derecho que crea obligaciones y que ha de ser ejercitado en consideración no sólo a la utilidad del propietario, sino también dirigido a la utilidad general.

Para acercarse a esta concepción propone determinadas medidas, algunas de las cuales han sido ya adoptadas por las legislaciones. Entresacamos las de contenido social-agrario:

- Limitar las facultades de gozar y disponer, desenvolviendo los derechos de la colectividad.
- Limitar el ejercicio del derecho de la propiedad evitando su uso antieconómico o irracional.
- Aplicar la expropiación forzosa para los casos de bonificaciones y mejoras agrarias.
- Desenvolver la pequeña propiedad de la tierra, facilitando su acceso a los campesinos y clases modestas.
- Favorecer la propiedad familiar, inalienable y sólo transmisible en favor de un titular por vía *mortis causa*, para evitar fragmentaciones.

Al tratar del tema de las limitaciones del dominio rechaza de nuevo la teoría individualista y recoge la postura que atribuye a la propiedad un fin racional, bastando este fin para imponerle limitaciones que no deben considerarse anomalías insólitas.

De acuerdo con esta concepción, CASTÁN distingue entre las limitaciones genéricas o institucionales y las impuestas por la ley. Las primeras derivan de la naturaleza misma del dominio y se justifican por la teoría del abuso del derecho y las de los actos de emulación, como restricciones a la facultad de enajenar y el *ius usus innocui*, que limita la facultad de excluir; son manifestaciones consuetudinarias, que cita CASTÁN, el espiguelo o recogida de sobrantes de las cosechas abandonados, el pastoreo no dañino sobre bienes baldíos y las hierbas o rastrojeras que el propietario no utiliza, así como otros aprovechamientos espontáneos que el dueño no recoge como setas o hierbas medicinales. Las limitaciones legales por razón del interés social se imponen sobre las fincas rústicas principalmente por motivos de mejora de estructuras agrarias, fomento de los montes y servidumbres públicas de aguas.

En todos estos supuestos, el autor, con visión agrarista, insiste en la concepción social del dominio, bien distinta y aun opuesta a la tesis tradicional patrocinada por el individualismo.

Otros aspectos sociales agrarios se tocan a lo largo básico de Derecho civil español que comentamos, con ocasión de estudiar su autor los distintos temas relacionados con la propiedad de la tierra, sus modos de adquirirla, las limitaciones de carácter puramente civil, los *iura in re aliena* y figuras afines que permiten el aprovechamiento del suelo sin ser titulares de su dominio.

Imposible detenerse, ni medianamente, en todas estas cuestiones, nos limitaremos tan sólo a citar algunos aspectos:

En los modos de adquirir el dominio, CASTÁN, contempla la ocupación de la tierra como derivada del trabajo del hombre y justifica la accesión mitad por el mismo trabajo y mitad por la situación natural de los bienes.

Entre las servidumbres rústicas reguladas por el Código, CASTÁN analiza las de aguas, paso, plantaciones y pastos, resaltando en esta última su carácter social, sobre todo cuando toma más bien la figura de comunidad.

Y entre las formas de dominio dividido o de aprovechamiento de suelo ajeno con carácter real, las más frecuentes se dan en el agro y el autor estudia el usufructo especial sobre plantaciones, los censos, las enfiteusis y las plantaciones o derecho de superficie, tanto en el Derecho común como en el foral.

En el ámbito de los derechos de tipo obligacional, que tienen como contenido típico el uso o aprovechamiento de la tierra, aparece como

figura central el arrendamiento, que también es estudiado por CASTÁN con gran amplitud. Nos dice que este contrato es importantísimo desde el punto de vista económico y social tanto por la difusión que tiene en nuestra Patria como por lo ligados que sus problemas están con la llamada cuestión agraria. Una vez más, el civilista siente la llamada del agrarismo y junto a los viejos y casi inoperantes artículos del Código Civil examina como preferentes y principales las normas especiales sobre el colonato.

Ya el Real Decreto-ley de 21 de noviembre de 1929 limitó considerablemente la libertad de las partes para fijar las condiciones de este contrato. La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, una de las obras de los Registradores agraristas del Instituto de Reforma Agraria, vino a regular de modo completo y con claros tintes sociales esta materia, siendo complementada por otras leyes desde 1940 a 1954, todas tendentes a aumentar la protección de los arrendatarios, procurando su permanencia y facilitando el acceso a la propiedad de la tierra trabajada. Toda esta normativa especial estaba presidida por determinados criterios que apunta certeramente CASTÁN: la limitación del principio de la autonomía de la voluntad al imponer reglas sobre la duración y la renta; la protección al colono con los derechos de prórroga forzosa, reducción o condonación de la renta en determinados casos de pérdida de la cosecha, retracto, indemnización por mejoras, etc.; y, por último, la conciliación del interés individual de las partes con el interés familiar y más aún el económico-social. Por ello, resume CASTÁN, la nueva ordenación del arrendamiento rústico, sin perder por completo los vínculos que la ligan al Derecho civil, penetra abiertamente en los campos del Derecho social e institucional.

En cuanto a las instituciones familiares y sucesorias de nuestro Derecho civil, con evidentes repercusión en el Derecho agrario, igualmente han sido estudiadas por CASTÁN en su libro básico. Resulta que las normas del Código Civil suelen ser bastante individualistas en su mayoría y poco protectoras de la explotación familiar agraria y por ello el autor critica duramente, por ejemplo, el principio de exagerada igualdad en la partición que destroza la explotación familiar y alaba la excepción del artículo 1.056-2.º que en parte permite mantener su integridad. Por otro lado, resalta la evidente utilidad a estos efectos de determinadas instituciones forales que propician el principio de la estabilidad familiar y patrimonial y que resultan mucho más acordes con las finalidades sociales de los ambientes rurales.

Pero no nos es posible extendernos más, sin riesgo de invadir esferas encomendadas a otros colaboradores.

Queda visto, creemos, que el libro *Derecho civil español, común y foral* encierra un rico abanico de estudios que miran directa o indirecta-

mente a la agricultura. Hemos tenido que limitarnos a destacar los aspectos más salientes y generales, que son suficientes para denotar la faceta agrarista de su autor a lo largo de su magistral obra civilística.

B) OBRAS MONOGRÁFICAS SOBRE AGRARISMO

a) *Familia y propiedad* (8)

Su subtítulo, «La propiedad familiar en la esfera civil y en la del Derecho agrario», nos indica claramente su contenido y muestra sus tendencias. Constituye, sin duda, el trabajo más completo del maestro CASTÁN es esta materia y denota su preocupación agrarista.

En la primera parte estudia la familia como institución básica que, aun no teniendo personalidad jurídica, constituye una entidad natural y forma un núcleo orgánico que debe ser protegido. Medio principal para asegurar su estabilidad es la propiedad, a través de dos instituciones interesantísimas desde el punto de vista social: la pequeña propiedad rural y el patrimonio familiar vinculado.

Más adelante nos dice que tan inexacto es considerar a la propiedad cual un derecho absoluto como conceptuarla una mera función social. Debe tenderse a una concepción armónica, a la vez de respeto a la personalidad y mirando a su función económicosocial. El Estado, sigue diciendo, puede limitar la propiedad para realizar un fin comunitario tan preeminente como el de conceder tierras a los colonos o braceros para que con ellas puedan constituir o incrementar el caudal social de la pequeña propiedad familiar; los postulados de la relatividad de los derechos y de la función social de la propiedad justifican las medidas que se adopten para cohonestar el disfrute individual de la tierra con los intereses generales y públicos.

Repasa las distintas tendencias sobre la justificación y construcción del dominio y se inclina por la reformista y armónica que respeta la propiedad de la tierra, pero imponiendo la obligación de cultivarla y otras limitaciones encaminadas a formar el mayor número posible de explotaciones rurales, sea en propiedad, arrendamiento o enfiteusis.

Después entra en el meollo de la cuestión que principalmente nos interesa y empieza realizando la importancia y complejidad del problema agrario, que ha llegado a motivar la atención de los legisladores modernos de todos los países. Las reformas agrarias constituyen la tónica casi general

(8) Discurso de Apertura de Tribunales, 15 de septiembre de 1955. Adicionado y modificado, se publicó por Reus, Madrid, 1956.

del siglo XX, aunque no siempre sea cierta con las soluciones más adecuadas que demandan los problemas del campo. Este intervencionismo estatal ha motivado el nacimiento de dos nuevas disciplinas: la política agraria que trata de buscar salidas a los problemas sociales y económicos de la tierra y el Derecho agrario, que trata de reglamentar esas salidas políticas.

Ya tenemos aquí situado al maestro CASTÁN ante la cuestión de la especialidad del Derecho agrario. Aunque empieza diciendo que es inseguro y discutido su concepto, hace una relación bastante completa de los principales grupos de normas, instituciones y doctrinas que componen el Derecho agrario español, con lo que nos muestra la extensión y complejidad que alcanza ya nuestra legislación agraria, habiendo experimentado ésta un desarrollo no despreciable.

Echa en falta CASTÁN una adecuada sistematización de esas normas, que él mismo esboza, y nos dice que no es del todo adecuado el binomio del Derecho público-privado, pues en la esfera del Derecho agrario las interferencias entre ambos son constantes; aunque el fondo típico del Derecho agrario sigue siendo privatista, cada vez se incrementan más las normas publicistas relativas a la organización agraria, traídas por la preocupación social y económica que las matiza.

Resulta, pues, difícil deslindar dentro del Derecho agrario las normas públicas y las privadas, participando a la vez de los caracteres de ambas esferas; esto dificulta sus construcciones doctrinales y sus elaboraciones legislativas y originan muchas veces el sacrificio o el olvido del Derecho agrario privado, en beneficio del auge cada vez mayor del Derecho agrario administrativo.

Así, nos dice CASTÁN, está todavía sin sistematizar el Derecho agrario de bienes; está esperando una definitiva elaboración el Derecho agrario de contratación, del que forman parte, al lado del arrendamiento, infinidad de figuras que sólo tiene una regulación dispersa e insuficiente. Falta todavía en el Derecho agrario un concepto y un régimen de la familia campesina. Y falta en el ordenamiento español, sobre todo, un Derecho sucesorio agrario de tipo general, que pueda facilitar la continuidad de la unidad patrimonial agrícola y garantice la aptitud del heredero para continuar la explotación.

Más adelante se afronta en este trabajo el estudio de las distintas categorías de la empresa agraria, desde el punto de vista de la extensión de las fincas que la componen, resaltando la enorme carga social y política que conllevan los conceptos de latifundio y minifundio, trillados y hasta manoseados por todas las tendencias y opiniones imaginables. CASTÁN constata la desigual estructura agraria de España y propugna la creación y difusión de la propiedad familiar, atacada por diversas causas. Y para su defensa propone diversos remedios como fomentar el crédito, trato fiscal

benevolente y una serie de medidas de carácter civil como una más amplia libertad de testar, un régimen que asegure la indivisibilidad de la explotación y la instauración del patrimonio familiar agrícola vinculado.

En la recapitulación del libro se reafirma el agrarismo de su autor que termina diciendo que el Derecho agrario requiere una elaboración legislativa propia y separada, sin perjuicio de que algún día deba ser incorporado o acoplado al Derecho común. Hace falta, dice, que los juristas no se desinteresen de los problemas agrarios y para ello deberían crearse cátedras universitarias para estimular su investigación y exposición doctrinal; y también pide que en la preparación y aplicación de las leyes referentes al campo haya una estrecha compenetración entre los técnicos agrarios y los juristas.

b) *La propiedad y sus problemas actuales* (9)

Es un estudio completo de los problemas que plantean hoy la propiedad desde los distintos puntos de vista jurídico y económico-social, a los que pretenden dar respuesta las diversas doctrinas, según su visión individualista o colectivista del dominio.

Dentro de la tendencia doctrinal y legislativa propicia a la socialización de la propiedad no puede pasarse en olvido el movimiento de reforma agraria iniciado en Europa a partir de la primera posguerra y que se encamina a modificar, de modo más o menos profundo, la distribución de la propiedad territorial y con caracteres diferentes según los diversos países.

CASTÁN muestra en este trabajo cómo se reflejan las repercusiones del principio de la función social de la propiedad en la legislación complementaria del Código Civil; la propiedad agraria, nos dice, es cada vez más una propiedad cargada de obligaciones; va acompañada de importantes y específicas funciones sociales y presenta en su conjunto una fuerte tendencia socializadora que parece aspirar a una radical modificación de su estructura. Y ha podido comprobarse que este profundo cambio podía ser realizado por la vía de las leyes especiales e incluso mediante los instrumentos tradicionales, como la expropiación, para sustituir al propietario que no sepa o no quiera cumplir sus deberes sociales en el cultivo de la tierra. A esta finalidad de reforzar el carácter social de la propiedad rústica ha respondido una legislación copiosa, constituida por disposiciones admi-

(9) Discurso, como presidente del Tribunal Supremo, leído por la Apertura de Tribunales el 15 de septiembre de 1962. Publicado en la *RGLJ* y editado por Reus. Madrid, 1963.

nistrativas, civiles y hasta penales que el autor relaciona y que son conocidas.

En lo tocante a nuestro tema, el autor termina su discurso expresando su deseo de que se propicie la propiedad rústica de base familiar, lo que constituye un ideal y objetivo compartido por casi todos los ordenamientos jurídicos y sectores doctrinales contemporáneos, tal como está de manifiesto en las más destacadas Encíclicas de los Papas de contenido social.

c) *Otros trabajos*

Hemos recogido valiosa ideas agraristas del maestro CASTÁN en otras monografías, que desarrollamos siguiendo el orden cronológico de su aparición:

1. «En torno a la teoría del patrimonio» (10)

Aborda el concepto del patrimonio, las teorías que lo han estudiado y sus clases. Entre las especiales señala como uno de los supuestos modernos más interesantes de patrimonio separado el de los denominados bienes familiares inembargables que, en su manifestación más típica, constituye el patrimonio familiar agrícola, recogido como norma programática en el Fuero del Trabajo de 1938; nos dice que por entonces (1952) aun no había sido debidamente reglamentado. Es sabido que estos patrimonios se regularon precisamente en la Ley *non nata* de 15 de julio de 1952, después en algunos preceptos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 y últimamente en la Ley de Explotaciones Familiares Agrarias de 24 de diciembre de 1981.

2. «Humanismo y derecho» (11)

Dice el autor en esta obra que la propiedad es una consecuencia de la concepción humana del orden jurídico, por ser uno de los derechos primordiales de los seres humanos. Pero el hombre es un ser social y por ello el reconocimiento de la función social de la propiedad no es incompa-

(10) Separata de la *Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* Madrid, 1952.

(11) Discurso de Apertura de Tribunales, 15 de septiembre de 1961 Editado por Reus, 1962

tible con la concepción de la propiedad como un derecho humano natural. Pero es preciso que la intervención estatal se inspire en las verdaderas necesidades del bien común y dejando intacto el derecho de poseer privadamente y de transmitir los bienes por medio de la herencia. Sobre la base de estas premisas, no cabe duda que las exigencias de nuestro tiempo reclaman una revisión cuidadosa del régimen jurídico de la propiedad privada y su complemento indispensable que es la adecuada protección de la propiedad familiar.

3. «La socialización del Derecho y su actual panorámica» (12)

Con relación al derecho de propiedad, nos dice CASTÁN que el movimiento socializador no llega a eliminarlo del todo, pero le da un nuevo sentido; introduce en el dominio reformas tan profundas que parecen afectar a su esencia misma, al restringir considerablemente los derechos del propietario en atención al carácter social que a la propiedad se atribuye.

4. «La política social y sus orientaciones actuales» (13)

Considera a la política social como la fijación de ideas y soluciones propuestas por las distintas escuelas y orientada por el Estado para intentar dar respuesta a los múltiples problemas que integran la llamada cuestión social.

Especial atención ha de merecer el problema de la propiedad privada y su coordinación con el interés social. Nos dice CASTÁN que algunos sectores de la sociología atacan a la que llaman concepción dominio centrista y la quieren sustituir por la concepción laboro centrista aduciendo que al hombre actual le interesa la seguridad más que la propiedad. Pero, aduce CASTÁN, ¿es que la propiedad no lleva consigo un fuerte ingrediente de seguridad jurídica?

V. FINAL

Hemos visto que el maestro CASTÁN, por todos considerado como el gran civilista, fue también un buen agrarista. Junto a la figura principal de

(12) Discurso inaugural del curso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 16 de diciembre de 1965.

(13) Trabajo publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1966.

jurista en el sentido tradicional, fiel intérprete de las normas civiles básicas, aparece el «otro» jurista con inquietudes sociales que, tal como lo pintaba BALLARÍN, se sintió muy permeable a los palpitos de la época presente.

Y esto es evidente mérito para un jurista, pues cada vez que se intenta reformar el derecho de propiedad, por muy tímidamente que sea, se alzan los gritos de los valedores de la seguridad jurídica, diciendo que con ello se trastocan los mismísimos pilares del orden social. Sin embargo, ya hemos comprobado que CASTÁN consigue conjugar ambos conceptos, seguridad y justicia social, con la maestría y el acierto que preside toda su obra.

Por ello concluimos reafirmando que en los trazos, quizá un tanto deshilvanados, que hemos recogido, ha quedado claro que CASTÁN, maestro en tantas cosas, también acertó al centrar esta cuestión tan candente de la función social de la tierra y fue, en consecuencia, un gran agrarista.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

Los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del profesor Castán Tobeñas

Las enseñanzas comparatistas de CASTÁN cobran nuevo valor en nuestros días. Si sus tres trabajos monográficos extensos sobre el Derecho comparado —*Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (1957), *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo* (1957) y *Horizontes actuales de la unificación supranacional del derecho* (1958)— aparecen en una época en que, como el mismo CASTÁN advierte (1), el Derecho comparado es «la disciplina jurídica de moda», la época actual de España, que tiene como uno de los rasgos políticos y jurídicos más acusados la incorporación a las Comunidades europeas, ha situado la función del Derecho comparado por encima de la tarea que haya podido corresponderle en cualquier época pasada. El Derecho comunitario —ha escrito Ernst D. Hirsch (2)— ha hecho que el Derecho comparado deje de ser una corriente vaga, idealista y utópica para convertirse en un instrumento de evolución.

El Derecho comparado sirve hoy, en el ámbito de las Comunidades europeas, como medio insustituible para la elaboración de los textos de Derecho derivado (3) y como instrumento interpretativo en las decisiones judiciales (4), pero sirve especialmente, en la esfera del legislador nacional,

(1) *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, «RGLJ», noviembre de 1957, pág. 579. Páginas atrás había afirmado, con cierta ironía, que el Derecho comparado constituye más que «una viva preocupación, casi podríamos decir, un delirio para la ciencia jurídica actual» (*Reflexiones...*, RGLJ, septiembre de 1957, pág. 57).

(2) ERNST D. HIRSCH, *Besinnung auf Rechtsvergleichung*, en *Inchieste di diritto comparato*, dir. por M. ROTONDI, Milán 1973, pág. 373.

(3) Sobre la fase preparatoria de los textos de Derecho derivado, que se desarrolla en el seno de la Comisión, y la función que en ella cumple el Derecho comparado, puede verse J. PAU PEDRÓN, *El proceso formativo del Derecho comunitario derivado*, Madrid 1988, pág. 37.

(4) La interpretación, y en mayor medida la integración de los Tratados en base a

para orientar las reformas que acogen textos comunitarios necesitados de desarrollo —concretamente para la llamada trasposición de directivas y para la concreción de aquellas cuestiones que los reglamentos comunitarios dejan al arbitrio de las legislaciones internas— (5).

Esta importante función que hoy corresponde al Derecho comparado no coincide con un auge de los estudios comparatistas. El impulso que imprimió CASTÁN TOBEÑAS a esos estudios —no sólo a través de su obra, sino también a través de su decisiva participación personal en la organización del I Congreso Internacional de Derecho comparado (Barcelona 1956), y de su presidencia del Comité español de la «Asociación Internacional des Sciences Juridiques» y el Grupo español de la «Asociación Herni Capitant»— sólo se ha visto continuado por actividades y estudios aislados e individuales. La razón de este abandono casi absoluto de los estudios de Derecho comparado se ha debido a un cambio —consciente o inconsciente— en la mentalidad de los juristas: se ha dejado de hacer ciencia comparada, pero se ha acudido sin interrupción al método comparativo. La doctrina se ha sentido desanimada —cuando no se ha manifestado abiertamente contraria— al tratamiento de los grandes capítulos tradicionales del Derecho comparado —la ordenación de los sistemas jurídicos, las vías de la unificación jurídica supranacional—. Pero ninguna monografía deja de analizar las figuras análogas de los Derechos extranjeros antes de exponer el régimen jurídico del propio Derecho, o de exponer las soluciones adoptadas en las legislaciones vecinas antes de proponer una conclusión determinada.

Sin embargo, este es, sin duda, un momento propicio para reiniciar —estimulados por la exigencia de análisis comparativos que impone el Derecho comunitario— el estudio del Derecho comparado. Quizá el camino no deba ser el mismo que el andado a mediados de siglo, porque la crítica posterior ha demostrado —como luego veremos— que los intentos perseguidos con tanto ahínco —una sistematización global de las familias jurídicas y una manifestación universal del Derecho— eran tareas imposibles, cuando no inconvenientes. Es posible que la nueva orientación haya de ser —reconociendo el valor metodológico del Derecho compara-

los Ordenamientos de los Estados miembros, a través de los llamados principios generales del Derecho comunes a los Estados, se examina en R. ALONSO GARGÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid 1989, pág. 250.

(5) Esta función del Derecho comparado se acrecienta para los Estados que se van adhiriendo a la Comunidad y han de incorporar el llamado acervo comunitario que los demás estados ya han trasladado a su Ordenamiento. El estudio comparado de los criterios de trasposición es un instrumento extraordinariamente valioso: téngase en cuenta que se trata de incorporar unas mismas reglas, y que los Estados que ya eran miembros con anterioridad han participado en su elaboración.

do— la de formular una «teoría del método»— una *Methodenlehre*, al estilo germánico—, en lugar de elaborar una ciencia, que pugna dificultosamente desde hace un siglo por buscarse un ámbito propio.

A la luz de esta evolución truncada de los estudios comparatistas se percibe con claridad el valor de las aportaciones doctrinales de CASTÁN TOBEÑAS. No sólo constituyen el engarce histórico inmediato de todo estudio actual sobre la materia, sino que aportan un pensamiento sistemático sobre los temas básicos del Derecho comparado. Para el estudio de la concepción comparatista, articulada y profunda, del profesor CASTÁN, cabe diferenciar —con el riesgo cierto de no reproducir la imagen unitaria y coherente de su doctrina— los siguientes problemas fundamentales del Derecho comparado: *a)* los presupuestos de ese Derecho; *b)* su naturaleza —la disyuntiva tradicional entre su concepción como ciencia o como método—; *c)* los rasgos que le caracterizan como ciencia y los fines que le corresponden como método —presupuesta la concepción sincrética de CASTÁN sobre la naturaleza del Derecho comparado—; *d)* los fines del Derecho comparado —y entre ellos la disyuntiva entre la unificación o la armonización jurídica—; *e)* y, por último, la ordenación de los sistemas jurídicos, con la determinación de los criterios de clasificación y la concreción de los rasgos del sistema jurídico occidental.

La visión humanista del Derecho que profesa CASTÁN le lleva a considerar —siguiendo a Del Vecchio— que el presupuesto de todo estudio comparatista radica en la *unidad esencial de la naturaleza humana* (6). De este presupuesto deduce además diversas consecuencias para el Derecho comparado. En primer lugar, la ausencia de límites en su objeto: «todas las legislaciones, muertas o vivas» (7) pueden ser objeto de comparación, porque todas responden a exigencias de la naturaleza común de los hombres, cualquiera que hayan sido las circunstancias geográficas y cronológicas en que aquéllos hayan vivido. Razones prácticas aconsejan reducir los estudios comparativos a sólo determinados sistemas jurídicos, pero «en principio, sin embargo, no hay razón para limitar el campo del Derecho comparado a los sistemas afines, excluyendo la posibilidad teórica de una ciencia del Derecho positivo comparado universal» (8).

Una segunda consecuencia de ese fundamento en que se apoya la comparación jurídica es el fenómeno de la *comunicabilidad del Derecho* (9); la «coincidencia natural» de las legislaciones permite las

(6) *Reflexiones*, pág. 568, *Horizonte*, pág. 396.

(7) *Reflexiones*, pág. 543

(8) *Reflexiones*, pág. 545

(9) *Reflexiones*, pág. 568.

«influencias históricas» (10). Y la tercera consecuencia del sustrato natural común de todas las manifestaciones jurídicas la encuentra CASTÁN en el hecho de que las diferencias entre los sistemas jurídicos sean, en general, *de mera técnica y más aparentes que reales* (11).

Ahora bien, de la existencia de ese sustrato natural común de toda manifestación jurídica no puede deducirse, a juicio de CASTÁN, que el Derecho comparado pueda valer como un sustitutivo del Derecho natural. Con esta consideración se opone CASTÁN a un importante sector de comparatistas que, pretendiendo trascender el positivismo, sólo desembocan en otro positivismo de base más amplia. La propia investigación comparativista aparece —o al menos reraparece, en sus manifestaciones de principios de este siglo— «dentro de la tendencia de desbordamiento, si no del derecho positivo, sí de “un” derecho positivo», como ha advertido HERNÁNDEZ GIL (12); y la máxima ambición que ha perseguido el Derecho comparado ha consistido, según el mismo autor, en erigirse en un sustitutivo de la especulación filosófica. CASTÁN niega que el Derecho comparado pueda ir más allá del mejor conocimiento de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, y afirma, con SAUER, que «aun cuando fuese posible conocer al detalle todos los Derechos de las edades pretéritas y todos los órdenes jurídicos de la actualidad, no supondría esto en modo alguno que se conocía el Derecho en sí, la esencia, el valor, la misión del Derecho. Lo único conocido sería lo que algunos, varios, muchos órdenes jurídicos han hecho valer como Derecho (13).

Este fundamento de la *común naturaleza* en que tanto DEL VECCHIO como CASTÁN basan todo posible estudio comparativo ha sido retirado, en términos diversos, por los autores posteriores. RECASÉNS-SICHES ha hablado de «un proceso de civilización unitario y homogéneo», de «un caudal jurídico común de la humanidad» (14). ZWEIGERT ha denominado «ley fundamental de la comparación jurídica» (*rechtsvergleichender Grundgesetz*) a la identidad de los problemas vitales que reclaman solución jurídica, por encima del momento histórico y la localización geográfica (15). La consecuencia que se ha sacado modernamente a este funda-

(10) *Horizontes*, pág. 396.

(11) *Reflexiones*, pág. 568

(12) A. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Madrid 1988, pág. 676

(13) *Reflexiones*, pág. 574

(14) L. RECASÉNS-SICHES, “Los métodos sociológicos en el Derecho comparado”, en *Inchieste*, cit., pág. 537.

(15) K. ZWEIGERT, Die «presumptio similitudinis» als *Grundsatzvermutung rechtsvergleichender Methode*, *ibidem*, pág. 737. Y añade más adelante «so stellt man hier immer wieder fest, dass gleiche Bedürfnisse des Rechtsverkehrs in allen entwickelten Rechtsordnungen der Welt auf gleich oder sehr ähnliche Weise gelöst werden».

mente del Derecho comparado es la semejanza de las soluciones jurídicas, lo que Ancel ha llamado *la equivalencia de las instituciones* (16) ZWEIGERT la *preasumptio similitudinis* (17) y LARENZ la respuesta similar a problemas generales (18).

La cuestión de si el Derecho comparado tiene el carácter de ciencia o de método —cuestión con que se inicia tradicionalmente toda obra comparatista— es objeto de extensa consideración por parte de CASTÁN, aunque concluya con la afirmación de que se trata de una logomaquia (19), se manifieste inclinado a adoptar una posición integradora (20) y deje trasluciren algún momento una velada inclinación por considerar el comparatismo como método (21).

Se ha escrito con reiteración que el debate sobre la naturaleza del Derecho comparado ha sido y sigue siendo estéril, pero hay que matizar, con CONSTANTINESCO, que «el reproche de esterilidad ha de aplicarse a la forma en que se ha llevado a cabo la controversia y no al problema debatido en sí» (22). La diferencia entre la ciencia autónoma y el simple método de investigación radica en el objeto: la ciencia autónoma tiene un objeto propio, mientras el método es un instrumento para analizar el objeto de cualquier ciencia. Pero este criterio, que podría servir para determinar la naturaleza del Derecho comparado, ha suscitado también debate en la doctrina. GUTTERIDGE afirma que el Derecho comparado carece de objeto propio: no hay un conjunto de normas que sean Derecho comparado, como puede haber un Derecho de familia o un Derecho marítimo. Pero a esta objeción se ha respondido que la autonomía de una disciplina jurídica es independiente de que verse sobre una porción concreta del Derecho positivo; la historia del Derecho, la filosofía del Derecho, la sociología jurídica y la teoría general del Derecho carecen de un ámbito normativo propio, y no se discute su naturaleza científica (23).

(16) M. ANCEL, *Utilità a metodi del diritto comparato. Elementi d'introduzione generale allo studio comparato dei diritti*, Camerino 1974

(17) K. ZWEIGERT, *op. cit.*, pág. 738.

(18) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1979, pág. 169 «Darauf, dass die Lösungen einer positiven Rechtsordnung häufig Antworten auf allgemeine Rechtsprobleme sind, die sich in gleicher oder vergleichbarer Weise allen oder den meisten Rechtsordnungen stellen, beruht die Möglichkeit und die Fruchtbarkeit rechtsvergleichender Untersuchungen».

(19) *Reflexiones*, pág. 555

(20) *Reflexiones*, pág. 559

(21) *Reflexiones*, pág. 282.

(22) L. J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Derecho comparado*, Madrid 1981, vol. I, pág. 275.

(23) Una exposición extensa del debate puede verse en CONSTANTINESCO, *ibidem*, pág. 277 y ss.

La posición de CASTÁN tiene particular interés. Desde el pluralismo integrador que, como ha indicado HERNÁNDEZ GIL, caracteriza su fisonomía mental y científica, CASTÁN se esfuerza por buscar la compatibilidad de los conceptos. El Derecho comparado es, a su juicio, ciencia y método. Pero su posición no es de un sincretismo simplista, como pudiera ser la de otros cultivadores del Derecho comparado —WEISS, DÖlle o SAUSER-HALL—, sino una postura matizada, con la que entronca el criterio que años más tarde mantendría el gran comparatista yugoslavo BORISLAV BLAGOJEVIC (24). Para CASTÁN, la comparación es, en principio, un método, «un instrumento adecuado para el conocimiento y la ilustración de un determinado Derecho positivo». Pero puede alcanzar también la categoría de ciencia cuando se propone «plantear y resolver problemas que trascienden de un particular Derecho positivo para abrazar diversos ordenamientos jurídicos y obtener la visión de sus recíprocas relaciones y de las leyes que gobiernan su desenvolvimiento». No obstante, su preferente consideración del Derecho comparado como método se pone de manifiesto cuando, admitiendo que pueda adoptarse este criterio mayoritariamente acogido en la doctrina, afirma que «ese método ha de ser un método riguroso, especial y apropiado a la investigación comparativa».

Admitido pues que el Derecho comparado pueda ser ciencia o método, se plantea CASTÁN los rasgos que caracterizan a la primera y los fines que ha de perseguir el segundo. La cuestión que plantea la consideración del Derecho comparado como ciencia es la de su carácter descriptivo o constructivo. Anticipo que, para CASTÁN, el objeto del Derecho comparado como ciencia es «el estudio comparado de los sistemas jurídicos existentes» (25), «la distinción y cotejo de los sistemas jurídicos, considerados como unidades culturales» (26), lo que los modernos comparatistas llaman macrocomparación.

Puede afirmarse que, para CASTÁN, la función de la Ciencia compara-

(24) Mantiene BLAGOJEVIC, *La méthode comparative juridique*, en *Inchieste*, cit., pág. 37: «la possibilité, certes, plutôt exceptionnelle en pratique, de voir le "droit comparé" devenir une nouvelle partie indépendante de la science juridique, au lieu d'être, como c'est régulièrement le cas, une méthode d'observation et d'étude des institutions juridiques qui font déjà l'objet d'autres disciplines juridiques...». Reconoce, sin embargo, la especial complejidad del método comparado, y plantea la necesidad de elaborar una «méthodologie de la méthode comparative». La posición de BLAGOJEVIC ha sido duramente rechazada por CONSTANTINESCO, *Tratado*, cit., pág. 302, que la califica como «una simple pirueta en la superficie del problema», crítica, a mi juicio, desafortunada. El *novum* suficiente que reclama BLAGOJEVIC no ha aparecido aún, lo que se manifiesta especialmente si se tienen en cuenta las reservas que la moderna doctrina comparatista ha opuesto a los intentos de sistematización global de los ordenamientos jurídicos, a las que más adelante nos referiremos.

(25) *Reflexiones*, pág. 558

(26) *Los sistemas jurídicos*, pág. 16.

tiva tiene un carácter marcadamente descriptivo. Sistematizando las funciones que le atribuye a lo largo de las muchas páginas dedicadas a la materia, cabe concretarlas en las tres siguientes: en primer lugar, una función cultural; el Derecho comparado «elevada el nivel de los estudios jurídicos», «devuelve al Derecho el carácter de ciencia universal que tuvo en otros tiempos y nunca debió perder» (27). En segundo lugar, una función de cohesión humana —y esta es una de las ideas que, con distintas formulaciones, aparece con mayor insistencia en la obra de CASTÁN—; el Derecho comparado «es uno de los instrumentos más eficaces para ir desarrollando en los pueblos el ambiente de cooperación internacional», afirma en sus palabras de apertura del Congreso Internacional de Derecho Comparado de Barcelona; el Derecho comparado «facilita una mejor comprensión entre los pueblos», escribe al frente del Diccionario jurídico de Jornada de POZAS y merlián; el Derecho comparado «engendra una mejor comprensión entre los pueblos y contribuye, en definitiva, al fortalecimiento de la paz», afirma en el discurso de apertura de los Tribunales del año 1957. En tercer lugar, tiene la ciencia del Derecho comparado una función histórica, pues sirve «para reconstruir un sistema jurídico utilizando los elementos que proporciona un ordenamiento con el cual esté aquél íntimamente emparentado» (28). Esta función del Derecho comparado ha sido defendida y aplicada por los modernos comparatistas: pero ha sido el civilista belga RENÉ DEKKERS el que ha sostenido su defensa más brillante, en el estudio que titula «Osteología jurídica» (29), que comienza con estas sugestivas palabras: «Con la ayuda de un fragmento de tibia, un zoólogo experimentado les reconstruirá un mamut. Con la ayuda de un fragmento de costumbre, un comparatista experimentado debería poder reconstruir el Derecho de un pueblo desaparecido». Y esta afirmación la prueba con diversos ejemplos prácticos y con una valiosa teoría general sobre esta función histórica del Derecho comparado.

Aunque esta concepción descriptiva del Derecho comparado que mantiene CASTÁN ha sido reiterada por los modernos comparatistas —como CONSTANTINESCO, que afirma que «en la macrocomparación el objetivo sólo puede ser teórico y científico», porque «el objetivo de la macrocomparación es el de precisar las estructuras comunes a varios órdenes jurídicos, su parentesco tipológico y, por él, deducir las familias y los sistemas jurídicos» (30)— algún autor ha puesto de relieve la función práctica que debe proporcionar la ordenación de esos sistemas jurídicos: servir de refe-

(27) *Reflexiones*, pág. 540

(28) *Reflexiones*, pág. 535.

(29) R. DEKKERS, *Ostéologie juridique*, en *Ichieste*, cit., pág. 105.

(30) CONSTANTINESCO, *Tratado*, cit., pág. 316

rencia constante a los estudios particularizados de instituciones, reglas jurídicas o problemas concretos. Sólo con una valoración global del sistema pueden entenderse adecuadamente cada una de las normas y figuras que lo integran. BORISLAV BLAGOJEVIC ha formulado rigurosamente esta idea a través de una regla negativa de comparación: ninguna institución jurídica concreta, por reducida que sea, puede ser apreciada en su justo valor, ni, por esta razón, comparada, sino en el contexto y a la luz del conjunto del sistema jurídico del que forma parte y del que contiene las características esenciales (31).

El problema del fin del Derecho comparado ha sido analizado por CASTÁN con detenimiento. Una de sus monografías comparatistas está destinada íntegramente a esta cuestión; se trata del estudio, escrito para el homenaje a D. NICOLÁS PÉREZ SERRANO, que titula «Horizontes actuales de la unificación supranacional». El problema del fin del Derecho comparado se ha planteado tradicionalmente en términos disyuntivos: o unificación jurídica o armonización. CASTÁN constata el fracaso de las tesis que podríamos considerar clásica: la unificación más rigurosa, la unificación legislativa. En las «Reflexiones sobre el Derecho comparado» escribe: «se esperaba que el Derecho comparado pudiera servir... a los fines de la unificación del Derecho... Durante mucho tiempo y hasta fechas bastante reciente, los comparatistas tuvieron como principal finalidad de sus estudios, y cuando menos como aspiración remota, la unificación internacional en la esfera del Derecho privado... (32).

La unificación legislativa la considera, por otro lado, ineficaz. Aunar las leyes es una tarea inútil si su interpretación jurisprudencial y su aplicación práctica son divergentes. Recordando la acertada frase de un civilista francés afirma CASTÁN que «la unificación es una tela de Penélope que los juristas tejen de día y los pueblos destejen de noche» (33).

Pero la unificación del Derecho no es sólo la víctima de un fracaso histórico, sino que entraña en sí misma una contradicción esencial: «el Derecho no es una obra abstracta de habilidad legislativa», sino «un producto histórico»; cada uno de los sistemas jurídicos del mundo es «hijo de las tradiciones, de las necesidades y del modo de ser de las diversas naciones» (34). De ahí que deba abandonarse la aspiración de uniformidad absoluta, y sea preferible pensar en «fórmulas atenuadas de aproximación». Con frase rotunda afirma que el objetivo a lograr es «la armonización necesaria para atender a los fines prácticos que impongan los comunes

(31) B. BLAGOJEVIC, *La méthode*, cit., pág. 31.

(32) *Reflexiones*, págs. 533 y 534.

(33) *Horizontes*, pág. 401.

(34) *Horizontes*, págs. 391 y 390.

intereses de los pueblos». No es necesario resaltar que los únicos logros que han podido alcanzarse en la aproximación de las legislaciones nacionales reúnen los dos rasgos que CASTÁN destaca: simple armonización jurídica —no unificación normativa— y finalidad de coordinar los intereses prácticos comunes —no afán teórico o conceptual de aproximar las legislaciones—.

Un nuevo acierto de CASTÁN se manifiesta en su concreción de las materias más propicias a la unificación jurídica: son aquéllas «en que predomina sobre el sentido ético el contenido económico» (35). El año que CASTÁN hace esa afirmación —1957— se crea la institución que ha logrado la más amplia aproximación legislativa: la Comunidad Económica Europea. Como ya anticipa CASTÁN, es precisamente el carácter económico de las materias reguladas lo que ha permitido un grado tan alto y amplio de acercamiento.

Menor es la facilidad de aproximar los Derechos civiles nacionales. No obstante, aquellos sectores de más acusado contenido patrimonial, como el contractual o el inmobiliario, son susceptibles de alguna unificación. Pero, en todo caso, sólo parece posible un acercamiento restringido entre ordenamientos que tengan en común las «dos grandes fuentes inspiradoras»: el Derecho romano, que hará que la técnica jurídica sea semejante, y el Derecho natural, que hará que la orientación jurídica sea común.

Aporta CASTÁN un interesante esquema práctico de aproximación jurídica. Desde mi experiencia de participe en el proceso formativo de las normas comunitarias europeas tengo que constatar la sustancial coincidencia de las fases expuestas por CASTÁN con las seguidas por las instituciones comunitarias. La primera fase es, en terminología de CASTÁN, la «fase preliminar o de exploración»: en ella se emplea el método comparativo para determinar las posibilidades de unificación y, en caso afirmativo, la forma en que tal unificación puede realizarse. La segunda etapa es la de «redacción», que implica la formulación de los proyectos que serán objeto de discusión y de negociación entre los representantes de los Estados miembros. La tercera etapa es la de la «acción»: en ella se redactan las normas uniformes, que habrán de presentarse a los Gobiernos para que sean ratificados por ellos.

CASTÁN vislumbró ya la posibilidad de que, por la vía de la aproximación legislativa, pudiera alcanzarse un mercado de escala continental (36), y que esa unificación económica implicaría una notable unificación política. Y advirtió que esa unidad supranacional habría de ser compatible con la diversidad de naciones (37). Una función del Derecho comparado

(35) *Horizontes*, pág. 403.

(36) y (37) *Horizontes*, pág. 422.

sería la de lograr, simultáneamente, unidad y diversidad: «armonizar las leyes... fijando sólo ciertos resultados a lograr y dejando en libertad a cada país para que los consiga con la técnica que juzgue adecuada» (38). No es necesario resaltar que esta ha sido la función que cumple el instrumento normativo básico de la Comunidad europea: la directiva, que, imponiendo criterios generales, permite a los Estados miembros su concreción.

En el tema de la ordenación de los sistemas jurídicos puede afirmarse que el comparatismo moderno ha llegado a las siguientes conclusiones: primero, que no cabe una sistematización global. No existen entre los sistemas jurídicos rasgos diferenciadores únicos que se extiendan a todo el ámbito de cada uno de ellos. Los rasgos diferenciadores se refieren a ramas jurídicas concretas, y aplicados a ramas distintas dan lugar a una sistematización también distinta (39). El error en que habitualmente se incurre es, en términos retóricos, el de la metonimia: se toma la parte por el todo. Si el rasgo de las fuentes sirve para diferenciar, exclusivamente en el ámbito del Derecho privado, entre «common law» y Derecho continental, esta distinción se generaliza y se presenta como contraposición de sistemas, cuando en el ámbito del Derecho público no existe tal diferenciación. Los autores que se han apercibido del peligro de esta generalización acuden a criterios extrajurídicos para la sistematización global de los sistemas —criterios geográficos, lingüísticos, religiosos, políticos—, pero estos no son, evidentemente, criterios adecuados para diferenciar entre sistemas jurídicos.

La segunda conclusión a que se ha llegado en esta materia es la necesidad de concretar el criterio científico a que deba atenderse para realizar la clasificación tipológica. Los autores han acuñado conceptos y expresiones distintas: «perfil estructural» de los sistemas jurídicos (CONSTANTINESCO), «espíritu y estilo» —*Geist und Stil*— de los sistemas (ZWEIGERT), «figuras clave» —*Schlusselfigur*— del Ordenamiento (BERNSTEIN), «denominador común» —*Oberbegriff*— (KÖTZ), «modos jurídicos irreductibles y superables» (RECASÉNS SICHES).

La tercera conclusión es que el estudio de los sistemas jurídicos no puede quedarse en un simple estructuralismo, sino que ha de hacer un análisis sociológico de las normas. La crítica que se ha hecho a los estudios tradicionales de Derecho comparado es que su exposición de los sistemas tiene únicamente en cuenta las normas positivas, sin contrastarlas con su aplicación práctica. Los comparatistas anglosajones han puesto de relieve la distancia entre el «law in books» y el «law in action». Junto al texto ha

(38) *Horizontes*, pág. 424

(39) En este sentido, B. BLAGOJEVIC, *La methode comparative juridique*, cit., pág. 34, y S. ROZMARYN, *Les grandes controverses du droit comparé*, cit., pág. 587.

de valorarse el contexto, la realidad social que ha exigido esta norma y su reacción ante ella una vez promulgada.

Trazadas las grandes líneas entre las que discurre la moderna ordenación sistemática de los Derechos, pueden apreciarse en todo su valor las ideas de CASTÁN sobre este tema, al que dedica una extensa exposición monográfica (40).

CASTÁN se inclina por la sistematización de los Derechos en su conjunto: «cualesquiera que sean las dificultades de la labor comparativa, no debemos renunciar a la clasificación por grupos o familias de los sistemas jurídicos mundiales» (41). Reconoce, sin embargo, que, por un lado, «no se puede llegar en esta materia a resultados absolutamente seguros y que estén libres de objeciones» (42), y por otro, que «la mayor parte de las exposiciones hasta ahora formuladas enfocan, más que el Derecho en general, el Derecho privado» (43).

¿A qué criterio debe atenderse para ordenar los sistemas en su conjunto? No deben tenerse en cuenta las diferencias de técnica jurídica, que nunca constituirán «un foso profundo e infranqueable entre los pueblos» (44). Pero tampoco deben tener en cuenta para realizar la ordenación sistemática criterios extrajurídicos, que son ajenos a la materia que se trata de organizar: han de dejarse a un lado —escribe (45)— las clasificaciones que toman como base la situación geográfica, como si cada división territorial y cada raza, concordada o no con un idioma o familia lingüística, tuviera un Derecho especial. Y hemos de prescindir también de las clasificaciones que adoptan como clave única de agrupación de los sistemas jurídicos el origen histórico de los mismos. La filiación histórica de los pueblos, además de ser muchas veces compleja y difícil de precisar, no siempre es la determinante del desenvolvimiento de las instituciones jurídicas, en el que intervienen muchos otros factores». ¿Dónde puede encontrarse pues el módulo de la clasificación? Entra aquí la aportación original de CASTÁN. Los sistemas jurídicos corresponden a unidades culturales. Los sistemas jurídicos no son elementos aislados de las culturas, sino que forman parte de ella, integran, como un componente más, cada una de las culturas humanas —históricas o presentes—. Por tanto, «la base primordial de la clasificación de los sistemas jurídicos no la han de

(40) *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, discurso de apertura de los Tribunales del año 1956. publicado con nuevas aportaciones en la *RGLJ* el año siguiente. Prueba la vigencia de este estudio el que está próxima a publicarse una nueva edición, anotada por el profesor argentino LÓPEZ CABANAS.

(41) y (42) *Los sistemas jurídicos*, cit., pág. 119.

(43) *Los sistemas jurídicos*, cit., pág. 6

(44) *Los sistemas jurídicos*, cit., pág. 120.

(45) *Reflexiones*, pág. 282.

proporcionar las coincidencias de cultura». Ahora bien, como el mismo autor reconoce, «la dificultad está en determinar cuáles serán las notas que hayan de caracterizar, a efectos de la clasificación de los sistemas jurídicos, la unidad cultural».

Entiende CASTÁN que la unidad de cultura ha de buscarse en tres diversos campos, que están estrechamente entrelazados: el filosófico, el político y el económico. Y hace a continuación tres matizaciones: primera, que los factores religiosos se anteponen a los económicos y políticos en la configuración de los sistemas jurídicos. Los factores religiosos son, a su juicio, «los que constituyen la expresión ideológica más honda y fundamental de los sistemas jurídicos»; segunda, que no siempre es fácil distinguir el punto de vista ideológico y el punto de vista técnico, y determinar, en consecuencia, que diferencias entre los Derechos obedecen a diferentes concepciones ideológicas o a distintos criterios técnicos; y tercera, que las diferencias técnicas, cuando la tarea que se realiza es la de sistematizar los sistemas jurídicos, han de tenerse en cuenta, si no para trazar los grandes grupos de Derechos, sí para perfilar las subdivisiones secundarias, «que no por secundarias dejarán de ofrecer verdadero interés».

Una exposición de los rasgos que CASTÁN atribuye a cada uno de los sistemas jurídicos haría excesivamente extensa esta exposición, que quiere limitarse a la solución que reciben los problemas fundamentales del Derecho comparado en la obra del maestro. Me limitaré a señalar los principios que, su juicio, perfilan el sistema jurídico occidental: la primacía de los valores espirituales, la consideración de las instituciones bajo un prisma esencialmente civil y la supervivencia de la tradición clásica del Derecho natural.

CASTÁN abordó ya la que antes he enumerado como tercera conclusión de la moderna comparación de sistemas: que el estudio de los sistemas jurídicos no puede quedarse en un simple estructuralismo, sino que ha de hacer un análisis sociológico de las normas. «Es de rigor en el Derecho comparado —escribe en sus Reflexiones (46)— tener en cuenta el aspecto social de las normas jurídicas». Y en otro lugar afirma (47) que el Derecho comparado ha de atender a «la estructura general del Derecho extranjero examinado» y también al «medio social, el ambiente en el que el Derecho extranjero ha de aplicarse, ya que si no se conoce ese ambiente, las reglas de aquel Derecho no podrán aparecer en su verdadera perspectiva». Y, como el mismo advierte, la forma más útil en que el comparatista puede captar el Derecho vivo es con el examen de la jurisprudencia de los Tribunales, «verdadero órgano de ese Derecho vivo».

(46) *Horizontes*, pág. 563

(47) *Los sistemas jurídicos*, pág. 103.

La actividad de CASTÁN en el ámbito del Derecho comparado no se agota en sus estudios monográficos sobre el tema. Sus aportaciones comparatistas se encuentran también en otros dos ámbitos: el primero de ellos es su tratado de Derecho civil. En él aparece el Derecho comparado en su doble función cultural y práctica; es frecuente que tras la evolución histórica de las instituciones aparezca en el tratado su enfoque en otros Derechos de lo que CASTÁN llama el sistema el sistema jurídico occidental —habitualmente el francés, el italiano y el alemán—. Pero también aparece el Derecho comparado como orientación en la interpretación de una norma o como solución lógica y justa a un determinado problema.

El segundo ámbito en que destaca su aportación comparatista es el de la jurisprudencia. Como recuerda DE CASTRO en el discurso pronunciado en la sesión necrológica celebrada en la Real Academia (48), CASTÁN fue nombrado Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo al tiempo que D. JERÓNIMO GONZÁLEZ. Y desde entonces, advierte DE CASTRO, las sentencias toman un tinte más doctrinal, atendiendo a las teorías más modernas de la ciencia jurídica, muchas veces elaboradas por autores extranjeros. Dándose el caso, creo que único en nuestra casación, de citarse en un considerando el nombre de un autor, y éste el de un autor extranjero».

Pero la lección de CASTÁN en el ámbito del Derecho comparado va más allá de su enseñanza puramente científica, de su acierto al resolver los problemas fundamentales de ese Derecho. El legado vivo de CASTÁN a los comparatistas es el estímulo al estudio de los Derechos iberoamericanos y al Derecho foral. «El Derecho comparado —escribió— tiene para nosotros, sobre todo, la misión de servir los intereses y los diales de la comunidad hispánica de naciones. Un jurista español ha de sentir gran predilección por el estudio de las legislaciones iberoamericanas cotejadas con nuestro Derecho patrio» (49). Y en otro lugar añade: «Los juristas españoles, vinculados por tradición constante a una concepción universalista del Derecho, hemos de aportar nuestra contribución y nuestro esfuerzo a la realización de la idea de un Derecho común iberoamericano (50).

CASTÁN ha puesto igualmente de relieve que la coexistencia en el territorio español de diversas legislaciones impone al jurista español una

(48) DE CASTRO, *Don José de Castán y el Derecho comparado y el internacional*, discurso pronunciado en la Sesión Necrológica en honor de su Presidente Excmo. señor don José Castán Tobeñas, Madrid 1969, pág. 4.

(49) *Reflexiones*, pág. 581.

(50) *Horizontes*, pág. 423. El autor repite estas ideas en otros escritos, y de manera especial en su discurso de clausura del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho procesal, recogido en las Actas publicadas por el IEDP, Madrid 1955, pág. 631.

visión comparatista del Derecho. La comparación entre los Derechos forales y de éstos con el Derecho general tiene una doble función, a juicio de CASTÁN: permitir un mejor conocimiento de todos ellos y facilitar el hallazgo de la «base nacional» (51), el sustrato común de todo el Derecho civil vigente en España. CASTÁN, que estudió con la mayor atención el Derecho foral y que contribuyó a su reforzamiento promoviendo la elaboración de las Compilaciones desde la presidencia de la Comisión General de Codificación, marcó también desde la presidencia del Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 la función que correspondía al Derecho comparado de ámbito interno: recopilación de las instituciones vivas y búsquedas del «sustrato nacional» que había de ser el objeto de un Código general de Derecho civil Quizá cuando se reconsidere en el futuro la paradoja que entraña la búsqueda afanosa de una aproximación supranacional de los Derechos europeos junto a una despreocupada atomización del Derecho interno deba volverse la vista hacia la enseñanza, siempre moderada y sabia, del maestro CASTÁN.

ANTONIO PAU PEDRÓN

Subdirector General del Notariado
y de los Registros

(51) *Reflexiones*, pág. 582. Sobre el comparatismo interno de Castán, v. DE CASTRO, discurso, cit., pág. 6.

Breves notas sobre la troncalidad

Es indudable que en una época en la que predomina el sistema de familia nuclear frente al sistema conocido como de familia lineal, el principio de troncalidad pierde todo su sentido o significación, y es que el derecho sucesorio se encuentra siempre en íntima conexión con las estructuras sociales y la organización familiar constituida en el momento histórico determinado. En efecto, Derecho de familia y Derecho sucesorio se encuentran siempre ligados en el curso de la historia hasta el punto que la evolución o cambio en el primero arrastra un cambio o evolución en el segundo. De ahí que en un sistema de familia lineal en el que la vida económica está vinculada a la perpetuación de aquélla, el Derecho sucesorio dé una respuesta a la incitación o reto que aquello supone, estableciendo una normativa que haga posible aquella perpetuación a través del hijo designado heredero, quedando los demás descendientes apartados de la «casa» o patrimonio familiar. Cuando por la evolución de los tiempos los derechos de los hijos se igualan, el patrimonio familiar se va liquidando, más bien deshaciendo en cada generación hasta llegar al tipo de familia actual, en que el patrimonio familiar se concentra y extingue con la propia familia.

Ahora bien, como el Derecho siempre va a retaguardia en su evolución respecto de la economía y la mora, y como, además, el peso de la tradición nunca deja de influir, una institución o principio como el de troncalidad todavía pervive en nuestros textos legales, y esta pervivencia es la que motiva estas líneas.

Sin embargo, no es fácil encontrar un concepto unitario acerca de lo que se entiende por derecho de troncalidad. Su objetivo, como dice BRAGA DA CRUZ, «es la conservación de los bienes en una misma familia a través de las generaciones, evitando a todo trance que un accidente sucesorio —muerte de los hijos del propietario de los bienes— lleve al dominio de un extraño el patrimonio que más de un antepasado cariñosamente formó para que sirviera de sustento a su familia». Es, pues, un reflejo de un tipo

de familia que casi todos los pueblos han conocido en un momento de su evolución histórica.

Si nos fijamos en los autores españoles puede observarse que unos mantienen un criterio amplio, incluyendo dentro del concepto de troncalidad todas aquellas instituciones que tienden a proteger y mantener los bienes dentro de la familia. Así CHALBAUD Y ERRAZQUIN, en su obra *La troncalidad en el Fuero de Vizcaya*, nos indican que es «una ligadura que se establece entre la propiedad raíz y la familia que la posee para que nunca salga de ella; un conjunto de disposiciones legales que regulan las transmisiones *inter vivos* y *mortis causa* de bienes inmuebles con el objeto de impedir que estos bienes pasen a manos de personas pertenecientes a familia distinta de la del anterior propietario», o más brevemente, como indica después: «es la relación estable de una raíz con una familia, para el asiento y conservación de ésta».

Esta concepción amplia comprende no sólo las manifestaciones dentro del campo del Derecho sucesorio, sino también fuera de él, como sería el retracto gentilicio.

HINOJOSA mantiene una postura más restringida, y en cierto modo muy parcial, en su obra *El elemento germánico en el Derecho español*, al limitarlo al «droit de retour» francés y señalar que «también es general el derecho de troncalidad para los bienes muebles o inmuebles dados por los padres a los hijos, si éstos no tienen descendencia». Es, pues, lo que se conoce con el nombre de derecho de reversión que recoge el artículo 812 del Código Civil, si bien más adelante llega a un concepto más amplio, al entender por tal derecho todas las reversiones sucesorias de los bienes al tronco de donde proceden.

MARTÍNEZ MARINA, en su obra *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales Cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el Código de las Siete Partidas de Don Alonso el Sabio*, la define como «lo que daba derecho a los ascendientes, abuelos y bisabuelos, de suceder con exclusión de los colaterales en los bienes del que moría sin hijos». Como se verá más adelante, no resulta del todo exacta o, al menos, habría que matizar esta definición, pues la exclusión de los colaterales, cuando se produce, no se debe en general a una consecuencia del principio de troncalidad.

Por último, MINGUIJÓN, de una parte, y RIAZA Y GARCÍA GALLO, de otra, en sus respectivos *Manuales de Historia del Derecho*, destacan el hecho de que la troncalidad se aplica sólo en la sucesión intestada de aquella persona que ha fallecido sin descendientes y en la que se atribuyen sus bienes «propios» exclusivamente a los parientes de la misma línea de donde los bienes proceden.

Al dar este concepto siguen el criterio —como se puede observar muy concreto— de la mayor parte de la doctrina alemana y francesa, y a éste es al que fundamentalmente nos vamos a referir, dejando aparte aquellas otras materias que, como el retracto gentilicio o la exclusión de los ascendientes, coadyuvan a la misma finalidad que la troncalidad.

Si nos fijamos en las notas que caracterizan a la troncalidad, según el concepto últimamente expuesto, se observa:

1. Se trata de una forma de sucesión excepcional, que se aplica exclusivamente a una cierta clase de bienes y en favor de determinados herederos. En efecto, en toda sucesión juega un papel primordial el principio de parentesco (recuérdese en la sucesión forzosa y en la intestada). En la sucesión troncal, por el contrario, el papel primordial lo tiene la condición de los bienes, ya que han de proceder de la línea a la que los herederos pertenezcan. No se quiere decir con esto que no tenga importancia la proximidad en el parentesco. Lo que ocurre es que el parentesco pasa a segundo término, ya que primero hay que determinar quiénes son las personas que pertenecen a la misma línea de procedencia de los bienes, y sólo después es cuando juega —una vez determinados esos parientes— quién o quiénes de ellos, por la proximidad en grado, heredarán los bienes. En resumen, como indica ECHEVARRÍA Y GOIRI, citado por CHALBAUD en la obra antes indicada, el derecho de troncalidad exige el conocimiento de la genealogía de los bienes y de la genealogía de las personas. Cuando estas dos genealogías coinciden tiene lugar la sucesión troncal.

2. No puede tener lugar cuando en la sucesión hay descendientes. Es lógico que suceda así. Si el causante tiene descendientes es indiferente que los bienes procedan de la línea paterna o materna o hayan sido adquiridos por el propio causante, pues todos han de confluir en el descendiente o descendientes que le sucedan, ya que éstos representan tanto a una como a otra línea. Es decir, la distinción entre bienes propios y adquiridos —que en seguida examinaremos— carece de trascendencia siempre que sucedan descendientes.

3. El principio de troncalidad solamente juega en la sucesión de los ascendientes y colaterales. Es una consecuencia de lo anterior, y exigencia del principio de troncalidad plasmado en la regla *paterna paternis, materna maternis*.

Por ello interesa ahora determinar las clases de bienes a efectos de esta sucesión. Y ello supone la formación de dos masas de bienes: propios y adquiridos. A los primeros se aplica el derecho de troncalidad, pero no a los segundos. La distinción entre unos y otros es relativamente simple en términos generales, pero siempre pueden darse casos en que no sea tan sencillo, y requiera un análisis de las circunstancias que puedan concurrir.

En primer lugar, hay que resaltar que dentro de los bienes propios sólo cabe incluir los inmuebles, pues los muebles, a efectos sucesorios, se equiparan a los bienes adquiridos: «en sucession, quant aux meubles et conquest immeubles, qui sont d'une mesme qualité (Costumbres de Mantargis)». La razón es la ya conocida poca importancia que en la Edad Media tenían los bienes muebles (res mobiles, res viles). Con todo, existen excepciones a este principio general, ya que hay derechos que extienden la troncalidad a esta clase de biens. Así sucede con el Fuero de Estella, aunque tal excepción no pasó al Fuero General de Navarra. Lo mismo sucede con el Fuero de Soria, ya que se incluían «el vaso de plata, el manto escarlata y toda cosa viva que vino por su pie de parte del padre o de la madre fallecida o de otros parientes en la misma parte, que parece se juzga todo como raíz».

En la actualidad, la Compilación de Aragón —art. 132— no distingue entre muebles e inmuebles, por lo que la mayoría de la doctrina entiende que abarca a ambas clases.

En segundo lugar, eran bienes destinados al mantenimiento de la familia, y por eso a su titular se le consideraba más un detentador o poseedor que un propietario en sentido absoluto. Hay, pues, aquí otra razón para la no inclusión de los muebles, que en general —en aquella época— eran improductivos.

En tercer lugar, tenían que tener estos bienes un origen familiar. ¿Pero todos? Aquí es donde ya empiezan a surgir las diferencias, pues no en todas las épocas ni en todos los Derechos la solución era homogénea. En un principio se consideraban que sólo lo eran los heredados de los ascendientes, pero no los heredados de los colaterales, mientras que poco a poco se fue ampliando su concepto y se abarcaba a todos, pues bastaba una sola transmisión sucesoria dentro de la familia para que ya fueran considerados como propios. Se resumía esto último en el conocido aforismo: «L'acqûet du père est le propre de l'enfant». De todas formas, las Fuentes medievales no facilitan la comprensión, al emplear indistintamente las expresiones «bienes de abolengo», «bienes de parentela» y «bienes heredados». Los historiadores del Derecho han tratado de fijar estas expresiones, y en forma muy simple podemos resumir sus criterios así:

a) *Bienes de abolengo*.—Por abolengo de una persona se entiende el parentesco que le une con sus abuelos. De ahí que bienes de abolengo sean aquellos que pertenezcan a uno de cualquiera de los cuatro abuelos. El hecho de que tales bienes hayan podido pasar a manos de un extraño no importa, ya que continúan siendo bienes de abolengo. Y, por otro lado, dentro de tales bienes no habría que incluir los adquiridos por los padres y que por transferencia hereditaria pasaban a ser propios de los hijos. Así

como tampoco los que, perteneciendo a un bisabuelo, *no pasasen a pertenecer* al abuelo, por haber seguido otra línea descendiente. Si después, sea cualquiera el título de adquisición, pasaban a poder del bisnieto, tendrían la cualidad no de propios, sino de adquiridos y, en consecuencia, no estarían sujetos a troncalidad ni al retracto gentilicio.

Y es que, en resumen, en esta clase de bienes la investigación del origen familiar no podía ir más allá de los abuelos.

b) *Bienes de parentela o de patrimonio*.—Aunque algunos autores han entendido dentro de este concepto aquellos bienes que proceden de los ascendientes sin ningún límite de grado, y otros incluyen además los procedentes de los colaterales, la doctrina mayoritaria señala que por bienes de esta clase sólo pueden comprenderse los heredados de los padres. Su tratamiento es equivalente al de los bienes de abolengo con la única diferencia de ser más restringido el círculo de personas en que se aplica.

c) *Bienes heredados*.—Es el término más amplio, como puede observarse en el Fuero de Usagre o en el de Cáceres, que incluyen en estos bienes los heredados no sólo de los ascendientes, sino también de los colaterales y a ellos extiende el derecho de troncalidad.

Junto a estos tipos de bienes propios hay que agregar los subrogados en lugar de los propios, lo que es tan lógico que no merece ninguna aclaración.

Frente a todos los anteriores supuestos nos encontramos, por otro lado, con los llamados bienes adquiridos o comprados. Estos quedaban fuera de la troncalidad, salvo en el caso que se compraran bienes familiares haciendo uso del derecho de retracto gentilicio, pues es natural que al tener su origen invocando el carácter de propios de la familia quedaran sujetos a las normas de éstos.

En cuanto a la forma de suceder en estos bienes todo ello dependía del mayor o menor rigor en la aplicación del principio de troncalidad.

La forma más sencilla de aplicarlo era la conocida con el nombre de troncalidad simple, en la que la procedencia de los bienes sólo se investigaba hasta los padres del fallecido. Aplicada en gran parte de las Costumbres francesas —*coutûme de simple coute*— dio lugar la famoso aforismo *paterna, paternis; materna, maternis*, en la que se formaban dos masas de bienes: los heredados del padre y los heredados de la madre. Los primeros iban a parar a los parientes de la línea paterna y los segundos a los parientes de la línea materna. La función era impedir que a través de la sucesión intestada los bienes de una de las ramas pudieran ir a parar a los de la otra.

Lo que sucedía era que al consagrarse a través de una regla tan sencilla, podría dar lugar en ocasiones a que no se cumpliera la finalidad pretendida

y los bienes de una rama pasaran a otro tronco familiar distinto. En efecto, al no investigarse el origen de los bienes más allá de los padres del causante, una persona simplemente por el hecho de ser pariente paterno o materno heredaba bienes extraños a su linaje en perjuicio de aquellos otros parientes que estaban dentro de la línea familiar de donde los bienes procedían.

De ahí, que casi siempre se ordenaba que se aplicara el principio de troncalidad en la forma que se conoce con el nombre de troncalidad continuada. En este tipo de troncalidad se investigaba el origen de los bienes más allá de los padres y se llegaba hasta el pariente que los había adquirido por primera vez para la familia, y se atribuía tales bienes a los parientes de este primer adquirente.

Esta forma de troncalidad llamada «*coutûme de cõtê et ligne*» o «*ling-nagères*» fue adoptada, entre otras, por las Costumbres de París y Orleans, y daba lugar a un número de herederos mucho más reducido que en la troncalidad simple, pero el descubrimiento de aquellos parientes a quienes pudieran corresponder los bienes era mucho más complicado, pues había que hacer la investigación entre los ascendientes y colaterales del primer adquirente de los bienes.

Esta dificultad de investigación es fácil de entender en términos generales, pero quizá conviene entrar en un estudio más profundo del tema. Para ello volvemos a la distinción antes hecha entre bienes que el difunto había *heredado* de la familia y aquellos otros que había adquirido también de la familia por título distinto de sucesión (verbigracia, por retracto gentilicio o donación). Entre estas dos categorías de bienes —como indica BRAGA— hay una diferencia fundamental, y es que la adquisición de bienes por herencia presuponía la muerte del transmitente, al contrario de lo que sucede en la adquisición por el otro título.

Por tanto, en materia de sucesión de los ascendientes en bienes troncales heredados, hay que tener en cuenta que el *de cuius* sólo puede tener en su patrimonio bienes propios heredados más que si han muerto los dos padres o al menos uno de ellos. Si vive uno de ellos (bien sea el padre o la madre) el *de cuius* no puede tener bienes propios heredados de ningún pariente de la línea del padre o madre vivo, porque estaría excluido de la sucesión por el progenitor vivo, que al estar en un grado de parentesco más próximo que el *de cuius* provocaría su exclusión. Es el principio que FICKER llama «exclusión de la mano viva» (*lebende Hand*) por la mano muerta (*tote Hand*). Es decir, habría una exclusión de todos los parientes del ascendiente vivo por los parientes del ascendiente fallecido.

Si pasamos de los padres a los cuatro abuelos del *de cuius*, la situación de excluir la mano viva por la muerta se sigue aplicando en forma idéntica. Y lo mismo en cuanto a bisabuelos, etc. Quiere esto decir, en resumen, que

cuando la troncalidad continuada se aplica a los bienes heredados, los únicos ascendientes que pueden suceder en los bienes troncales son los ascendientes del primer adquirente. *Pero entonces suceden por entrar en juego las normas generales de toda sucesión.* O sea, que la troncalidad continuada en la medida en que tiene aplicación, esto es, hasta llegar al primer adquirente de los bienes, produce una exclusión total de los ascendientes del *de cujus*. Y es que si hay ascendientes vivos, el *de cujus* no tiene en su patrimonio bienes procedentes de esa línea; y si, por el contrario, los tiene, entonces no hay ascendientes vivos de esa línea.

En cuanto al segundo grupo de bienes, en general se aplican las mismas reglas examinadas en cuanto a la sucesión de los ascendientes. Solamente presenta especialidad cuando se trata de bienes adquiridos por donación de un pariente. En este caso, podría el *de cujus* poseer bienes del linaje de un ascendiente que todavía viviera. Fallecido el donatario sin hijos, quedarían excluidos los ascendientes que pertenecieran a una línea diferente de la del origen de los bienes. Pero en cuanto a los de la misma línea, al fallecido le sucedería su padre (o madre): *a)* en los bienes que le hubiese donado; *b)* en los bienes que hubiere recibido por donación de otro ascendiente o colateral de la línea paterna (o, en su caso, materna, si se trataba de donaciones de esta línea). En el caso *a)* estamos ante el derecho de reversión. En los otros casos, sólo se ha puesto el ejemplo de que viva el padre (o la madre, en su caso). Si aquél no viviera, habría que ver si el bien venía de la línea del abuelo paterno o de la abuela paterna, y sucedería aquel ascendiente de la línea de donde procedieran. Y así sucesivamente.

Vista la troncalidad continuada en la sucesión de los ascendientes, hay que examinarla ahora en la de los colaterales.

No plantea apenas problemas si el *de cujus* deja a su fallecimiento hermanos de doble vínculo o sencillos. En el primer caso —hermanos germanos— confluyen tanto la sucesión normal como la troncal, y la solución es la misma. Heredan los bienes troncales estos hermanos, y no tiene trascendencia que los bienes del hermano muerto causante de la sucesión sean bienes paternos o maternos, ya que los hermanos representan a ambas líneas y a la vez son los más próximos en grado.

Si la concurrencia es de hermanos de doble vínculo, con hermanos consanguíneos o uterinos, es exactamente lo mismo, si bien los consanguíneos sólo recibirán los de la línea paterna y los uterinos los de la materna.

La cuestión empieza a complicarse cuando, a falta de hermanos, concurren parientes colaterales en tercer grado (sobrinos paternos o maternos junto a tíos paternos y maternos) o, *mejor dicho, del mismo grado pero de línea diferente.*

En el ejemplo puesto —concurrencia de sobrinos y tíos carnales— habría que formar cuatro masas de bienes:

1) Bienes que el *de cujus* recibió de su padre y fueron adquiridos por éste, a los que podríamos llamar «propios recientes paternos». Heredaría sólo el sobrino, como único representante de la línea del padre.

2) Bienes que el difunto heredó de su padre, y éste a su vez los había heredado de sus abuelos paterno y materno —«propios remotos paternos»—. Heredarían el sobrino paterno y el tío paterno por partes iguales, porque los dos son parientes en el mismo grado y de la misma línea de procedencia de los bienes.

3) «Bienes propios recientes maternos», que son los equivalentes al número 1 anterior, pero heredados de la madre. Heredaría el mismo sobrino del caso número 1, como único representante de la línea materna.

4) «Bienes propios remotos maternos». Aplicando la misma regla, los heredarían el mencionado sobrino y el tío materno.

Si pasamos al cuarto grado, todavía se complica más, al tener que formar ahora ocho grupos de bienes —los de los bisabuelos—, y así sucesivamente.

Por ello, y para evitarlo, se estableció un derecho de representación ilimitado, haciendo abstracción total de la proximidad de grado. Es decir, si existe un pariente de una línea colateral *más próxima en grado*, se le llama con preferencia a cualquier pariente *de línea más alejada*, aunque esté en grado más próximo con el difunto que da causa a la herencia. Es el conocido sistema de parentelas.

Frente al sistema de los tres órdenes o tres líneas (descendientes, ascendientes y colaterales) que es el más clásico y el que siguen la gran parte de las legislaciones, entre ellas la nuestra (véanse arts. 915 y sigs. del Código Civil), se encuentra el sistema de sucesión por parentelas. En este sistema los parientes eran agrupados en distintos órdenes, en el que cada uno excluía a los otros en el llamamiento a la herencia. El difunto, junto con sus ascendientes, formaban la cabeza de cada parentela, que comprendía cada una a su respectiva descendencia. Un ejemplo, respecto al difunto, la primera parentela la constituirá él mismo y su descendencia (hijos, nietos, bisnietos, etc.). La segunda parentela estaba constituida por sus padres y su respectiva descendencia, con excepción de aquellos parientes que formaban parte de la primera, y por eso quedaban incluidos, además de los padres del difunto, sus hermanos y sobrinos. La tercera parentela la formaban los cuatro abuelos y sus respectivas descendencias, con excepción de los parientes incluidos en la primera y segunda parentela, y así sucesivamente.

Los principios por los que se regía esta clase de sucesión pueden resu-

mirse en dos: 1) los parientes incluidos en la parentela más próxima excluían a los de las más alejadas y sucedían al difunto con preferencia a todos, a diferencia de lo que sucede en el sistema de las tres líneas antes indicado. En efecto, mientras en este sistema —tío y sobrino— están en la misma línea —la de los colaterales— y heredaban a la vez por estar dentro del mismo grado, por el contrario, en el sistema de parentelas, el sobrino carnal excluye siempre al tío carnal, porque aquél es miembro de la segunda parentela, y el tío lo es de la tercera. Así sucede en la Compilación de Aragón —art. 132, 3.º—. Pero, en cambio, no siguen este sistema de parentelas la Compilación de Navarra —Ley 307— y la de Vizcaya —art. 33—. 2) Una vez determinada la parentela que gozaba de preferencia sucesoria, es la proximidad en grado al difunto la que origina la preferencia a heredar, es decir, en la primera parentela el hijo está más próximo que el nieto; en la segunda, el hermano lo está más que el sobrino, y en la tercera, el tío es llamado antes que el primo.

Ahora bien, la aplicación de este sistema en la troncalidad continuada, y en cuanto a la determinación del origen de los bienes causaba —como ya se ha indicado— muchas dificultades, ya que si bien dentro de la primera y segunda parentela la investigación era sencilla, en cuanto se llegaba a la tercera (cuatro abuelos) o cuarta (ocho bisabuelos) encontrar la línea de procedencia de los bienes era una labor muy ardua. De ahí que se distinguiera por algún autor, como FICKER, entre parentelas singulares (*Einzelparentelen*) y colectivas (*Gesamtparentelen*). En las primeras había que hacer la investigación exhaustiva. En cambio, en la colectiva no se hacía la separación y búsqueda de las líneas, y todos los parientes dentro de ella eran llamados colectivamente a la herencia.

Todas estas enormes dificultades, que son mayores cuando se trata de demostrar la genealogía de los bienes, terminaron por imponer unos límites a la investigación de la misma:

- Unas veces este límite venía impuesto por la costumbre o por la ley: era aquel que establecía el límite en el abolengo. El límite del cuarto grado para los colaterales se establece en la Compilación de Navarra —Ley 306—. En cambio, en la de Aragón —art. 132, 1.º— lo es hasta el sexto, con la matización del artículo 133.
- En aquellos otros derechos, que no establecían este límite, y que eran los más numerosos, en este caso si en la investigación hasta llegar al primer adquirente de los bienes no se encontraba ningún pariente con derecho a la herencia, se daba por terminada la separación de líneas y sucedían los restantes parientes de este primer adquirente.

- Un tercer límite tenía lugar cuando resultaba imposible encontrar quién era el primer adquirente de los bienes. Entonces se establecía que se consideraba como tal al primer poseedor conocido de los bienes (véase artículo 8, 2.º, Compilación de Vizcaya.)

ANTONIO IPIENS LLORCA,
Registrador de la Propiedad

Justicia y equidad en Castán Tobeñas

Es muy frecuente hoy referirse a José CASTÁN TOBEÑAS como el «maestro CASTÁN». Son numerosos los juristas, en efecto, que al aludir a alguna de sus obras u opiniones utilizan el mencionado calificativo. Varios de estos autores recibieron directamente la maestría de don José; otros, sólo indirectamente. Pero, en todo caso, la consideración de «maestro» está totalmente justificada. Y ello por razones diversas. Por un lado, por la profundidad con que supo ver los problemas del Derecho de su tiempo, por sus vastísimos conocimientos jurídicos (y no jurídicos; tal vez habría que hablar más bien de sus conocimientos de humanista), por la claridad y sencillez que lograba en la exposición de los más intrincados problemas. Por otro lado, no alcanzó menor maestría en el campo de la aplicación del Derecho, de la práctica jurídica, a la que dedicó lo mejor de sus esfuerzos desde 1933, año en que ocupó el cargo de Magistrado del Tribunal Supremo. Y, en fin, maestro también, fuera ya de la cátedra y de la Magistratura, en el sentido estrictamente personal, tal vez un aspecto más fundamental aún que los anteriores, en cuanto constituye el cimiento de los mismos, su materia prima, por así decir.

Pero entre estas razones, y otras cuya exposición alargaría en exceso este trabajo que quiere ser breve, hay una que, en mi opinión, justifica el merecido tratamiento que ahora comentamos. Implícita en las razones recogidas en el párrafo anterior, debe ser, no obstante, subrayada. Se trata de la actitud sintética y mediadora que caracteriza en general la obra de CASTÁN TOBEÑAS. En efecto, no es fácil encontrar juristas que, como él, hayan sabido combinar la profundización teórica del Derecho con su acertada aplicación y puesta en práctica. Salvo excepciones, sin duda importantes, habría que remontarse muy atrás en el tiempo para encontrar figuras de esta factura. Tal vez resulte exagerado llegar hasta los jurisconsultos romanos, pero no es menos cierto que la modernidad, con su separación entre trabajo teórico y trabajo práctico (por más que se proteste de ella y se proyecten diversas vías de superación), ha venido a dificultar las

condiciones que hacían posible tan importante conexión y síntesis. La propia línea del realismo norteamericano, por ejemplo, que se nutre en lo fundamental de juristas que provienen de la Magistratura (HOLMES, CARDOZO), se resistiría a ser incluida en esta caracterización, pues su actividad, más que de engarce entre teoría y práctica, consiste en la teorización (es decir, explicación organizada y sistematizada *a posteriori*) de la propia práctica judicial, lo que comporta una perspectiva unilateral muy alejada de la posición conciliadora de CASTÁN.

En este sentido decíamos un poco más atrás que el maestro CASTÁN había dedicado lo mejor de sus esfuerzos a la práctica jurídica, primero como Magistrado del Tribunal Supremo y, desde 1945, como Presidente del Alto Tribunal. Ya desde sus primeros años como Catedrático de Derecho civil seguía con gran interés la jurisprudencia, elaborando comentarios que incorporaba a su tratado de Derecho civil. Como Magistrado, su actividad, decisiva para la combinación de teoría y práctica jurídicas, se manifiesta, por lo menos, en tres aspectos: en primer lugar, el aspecto jurisprudencial. Entre 1940 y 1945 dictó sus sentencias más conocidas, algunas de las cuales se fueron incorporando después al ordenamiento legal. Recordemos, así, la que consagra la ya clásica doctrina del abuso del derecho, elogiada por la generalidad de los juristas españoles (como Díez-PICAZO o HERNÁNDEZ GIL), y que constituye la base del actual artículo 7.º, 2, del Código Civil. En reciente acto celebrado en el Tribunal Supremo en recuerdo del que fuera su Presidente durante veintidós años (todo un récord, sin duda), el Magistrado LATOUR BROTONS, actual Presidente de la Sala Primera, desarrolló la ponencia «Castán, Magistrado del Tribunal Supremo: sus sentencias» (acto celebrado el 20 de junio de 1989).

Un segundo aspecto que revela el carácter sintetizador de CASTÁN TOBEÑAS en su actividad de Magistrado (y Presidente del Tribunal Supremo) es el relativo a la independencia de la Magistratura. Sus notables esfuerzos por acentuar y asegurar la independencia judicial se reflejaron en su trabajo *Poder judicial e independencia judicial* (discurso de Apertura de los Tribunales, Madrid, 1951), que fue base de posteriores desarrollos legislativos.

El tercer y último aspecto de los que comentamos viene constituido, precisamente, por su colección de discursos de Apertura de los Tribunales. En cuanto Presidente del Tribunal Supremo, fue firme propósito del maestro CASTÁN la pronunciación de un discurso sobre un tema monográfico cada año. Ha venido a formarse así una colección de textos que manifiesta, tal vez como ningún otro instrumento, la íntima trabazón existente entre la investigación jurídica y las dificultades que suscita la aplicación del Derecho, trabazón que dará lugar a nuevas investigaciones y, a la vez, a nuevas dificultades. De la importancia de esta colección han dejado cons-

tancia recientemente los Magistrados ANTONIO AGÚNDEZ, en su colaboración a los *Estudios en homenaje al Profesor Castán Tobeñas*, y RUIZ VADILLO, actual Presidente de la Sala Segunda, con su ponencia «Castán, Presidente del Tribunal Supremo: sus discursos».

Este talante de concordia y de síntesis, que recuerda el lema *sine querela* del humanista LUIS VIVES (a quien José María CASTÁN VÁZQUEZ, su hijo, dedicó el trabajo «El Derecho civil en la obra de Luis Vives», en *Anuario de Derecho civil*, 1958), reviste una especial importancia para el objetivo y propósito de este trabajo, pues en buena medida es esta dimensión mediadora la que explica la importancia que CASTÁN TOBEÑAS asigna a la idea de justicia y, particularmente, a la de equidad. Ambos problemas ocupan un lugar muy destacado en su obra teórica, del mismo modo que constituyen una guía y orientación constante en su quehacer práctico. No es casual, en este sentido, me parece, que sus principales trabajos sobre la justicia y la equidad estén contenidos, precisamente, en la mencionada colección de discursos de Solemne Apertura de los Tribunales.

Por consiguiente, este es el punto de partida que nos permitirá abordar la doctrina de la justicia del maestro CASTÁN. No es una perspectiva novedosa, sin embargo. VALLET DE GOYTISOLO ha destacado recientemente cómo la jurisprudencia de los tribunales, en una operación bien conocida que se lleva a cabo a través de los principios valorativos, reiteradamente reconocidos y aplicados, corrige el legalismo positivista, caracterizando de este modo la labor de CASTÁN TOBEÑAS, que supo combinar el respeto hacia la ley con el más acendrado iusnaturalismo (J. VALLET DE GOYTISOLO: *Metodología jurídica*, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, págs. 352-353). Por lo tanto, nuestro punto de partida no pretende ser original, sino cumplir la función, más modesta, de orientarnos en el examen de la doctrina de la justicia y la equidad de CASTÁN.

Como se acaba de señalar, esta doctrina se contiene, en lo fundamental, en sus discursos de apertura. De ellos tomaremos en consideración, por lo que se refiere a la justicia: *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español* (discurso de Apertura, Madrid, 1946), *La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas* (discurso de Apertura, Madrid, 1967); *La idea de justicia (su trayectoria doctrinal y la problemática de sus contenidos)*, que recoge, actualizándolos, los dos textos anteriores (Ed. Reus, Madrid, 1968); *La idea de justicia hoy. ¿Crisis? ¿Apogeo?* (discurso inaugural del curso 1964-65 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1964).

Podríamos ensayar una caracterización inicial, que nos sirviera de introducción, de la concepción de la justicia de CASTÁN, resumible en los siguientes cuatro puntos:

1.º CASTÁN centra su reflexión en el problema de lo justo en sentido estricto, esto es, lo justo referido sólo al orden jurídico, que señala lo que corresponde o es debido a cada uno. Concebido así el contenido de la justicia como el tradicional *suum cuique tribuere*, convierte la temática del *suum* en el eje central de esta problemática. El tema del bien se desarrolla, en consecuencia, en función de lo que le corresponde, o a la comunidad o al individuo, según las distintas clases de justicia (conmutativa, distributiva), y según la relación fundamental que se establece entre el bien común y el de los particulares.

2.º Propone una noción objetiva de la justicia, que, si bien implica el rechazo de las concepciones relativistas y subjetivistas, no es contradictoria con la afirmación de la misma como hábito o virtud especial, en la medida en que aquel hábito, aquella «constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho» es un estado de conciencia dirigido a la justicia objetiva. Esta caracterización tiene importantes consecuencias. Así, al destacar el sentido objetivo de la justicia, como idea o principio, CASTÁN se sitúa en lo que la reciente filosofía analítica del Derecho denomina «teorías descriptivas de la justicia», esto es, doctrinas que entienden la justicia como una cualidad propia de ciertos fenómenos, como las relaciones intersubjetivas, que puede ser conocida y, por ende, expuesta y explicada. O bien, una segunda consecuencia, la resistencia que una concepción objetiva de este tipo opone a su disolución dentro de las direcciones estimativas o axiológicas, en las que la justicia entra en juego con otros valores de distinta índole, subordinándose así el problema de la justicia al de la determinación de los valores en juego y al de la jerarquía de los mismos. Y, en fin, una consecuencia ligada a ésta, la de la muy estrecha conexión existente entre la idea de justicia en sentido objetivo y la idea del Derecho natural. Mientras que la axiología jurídica, con su reducción de la justicia a valor, puede comportar el riesgo de que la fundamentación del Derecho se confíe a principios puramente morales, CASTÁN TOBEÑAS sostendrá la concepción tradicional de que son los principios del Derecho natural los que proporcionan contenido a la justicia, constituyendo así el Derecho natural el nexo de unión entre el mundo moral y el mundo jurídico, lo que permite hablar de unidad del orden normativo.

3.º Frente a la distinción entre el aspecto formal de la justicia y el objeto formal de la misma, el interés investigador y práctico del maestro CASTÁN se orienta hacia el segundo término de la distinción, esto es, hacia los contenidos materiales de la justicia, aquel *ius suum cuique*. No es que conciba la distinción como una contraposición entre una justicia formal, abstracta, y otra material, pues no estamos ante dos diversas clases de justicia, sino ante dos aspectos que vienen a integrar una misma idea. Pero el gran problema de la justicia es el de su contenido. No cabe duda de que

el aspecto formal de la justicia es un ingrediente imprescindible, el ingrediente de la igualdad, o de la proporción (pues también la desigualdad es algo fundado por Dios, que no ha creado esquemas, sino individualidades), que la historia ha ido precisando, por ejemplo, con la idea del orden en la proporción, o completando, por ejemplo, con las nociones de equilibrio o armonía. Es, por consiguiente, la base de la determinación de los contenidos concretos de la justicia. Pero, a pesar de todo, tomada aisladamente, la formalidad de la justicia nos conduce a un concepto puramente lógico y vacío de contenido, a una fórmula de la justicia, como la ensayada por PERELMAN, mientras que el problema material nos pone en contacto con las grandes escuelas jurídicas «que han ido contemplando y explicando, a través de los siglos y con criterios bastante diferentes, la naturaleza de la justicia en relación con el Derecho y, en el fondo, la relación de la justicia en sentido social (...) con los grandes valores de la vida moral, que son cometidos de la Ética, pero también presupuestos necesarios para el Derecho» (*La idea de justicia*, pág. 26). Así pues, el objeto material de la justicia, esto es, la determinación del *suum*, del derecho de cada uno nos sitúa en el terreno del Derecho natural, verdadero contenido de la justicia para CASTÁN, en cuanto puente que comunica la normatividad moral con la jurídica. De ahí la superioridad de la problemática material sobre la formal que, aunque imprescindible, conduce, potenciada por el moderno relativismo, a la esterilidad del logicismo formalista.

4.º Por último, del examen que CASTÁN TOBEÑAS lleva a cabo de estas grandes concepciones y escuelas filosófico-jurídicas, se derivan al menos dos consecuencias caracterizadoras. En primer lugar, la tendencia, sostenida hoy mayoritariamente, de la superación del positivismo, del sociologismo, y la consiguiente reafirmación de la problemática de la justicia como eje central del Derecho, aunque no todos conciben de la misma manera dicha problemática. En segundo lugar, un moderado optimismo acerca del futuro de la idea de justicia y de su puesto en el seno de los estudios y de la práctica jurídica. Al final, todas las metamorfosis sufridas por la idea de justicia, a que se refería Kelsen críticamente, «han redundado en un enriquecimiento de la idea misma» (*La idea de justicia hoy*, pág. 46).

El análisis de la idea de justicia que CASTÁN acomete a lo largo de sus trabajos, y del que se desprenden las características que acabamos de exponer (y sin duda otras igualmente destacables, aunque desde un punto de vista diferente del que aquí hemos adoptado), es, en general, complejo y rico en sugerencias. Comienza poniendo de manifiesto cómo la aludida pluralidad de doctrinas y escuelas hacen de la justicia una noción polifacética e imprecisa. Tomado en sentido estricto, el problema del contenido de la justicia, como problema de la determinación del *suum*, no puede

separarse del problema de los contenidos del Derecho. Del exhaustivo análisis histórico que CASTÁN lleva a cabo, podríamos individualizar tres momentos principales, cada uno de ellos, a su vez, integrado por posiciones concretas.

El primer momento que cabe distinguir es el clásico o tradicional. Caracterizado por dar a la justicia una base objetiva teológica y ética, en el reconocimiento de la estrecha relación existente entre la Moral y el Derecho, y entre idea del Derecho e idea de la Justicia, a través de la noción del Derecho natural, es, sin duda, la etapa más rica y compleja en planteamientos y perspectivas, comprendiendo el pensamiento grecorromano y cristiano.

En efecto, encontramos en este período la fórmula de SIMÓNIDES, según la cual la justicia consiste en dar a cada uno lo que se le debe, sucesivamente corregida por PLATÓN, al introducir la idea del *suum agere*, y por ARISTÓTELES, que introduce los elementos de la alteridad y de la proporción, así como la clasificación de la justicia que, con correcciones, ha perdurado hasta nuestros días. Entre los juristas romanos encontramos también importantísimas aportaciones, como la afirmación de CICERÓN de que la justicia se apoya en la naturaleza, o la conexión de *suum* y *ius* que establece ULPIANO en su definición de la justicia como constante voluntad de dar a cada uno su derecho. También en el pensamiento cristiano encontramos importantes elementos, como la agustiniana distinción entre una justicia divina y una justicia de los hombres y, sobre todo, encontramos el genio de SANTO TOMÁS, que precisa la noción del *suum* introduciendo como propiedades esenciales de la justicia la alteridad, la exigencia del deber, el orden en la proporción, que perfecciona también la clasificación aristotélica introduciendo el nuevo término de la justicia general o legal, que expresa la ordenación de las partes al todo. Por fin, y cerrando este período, la Escuela española de Derecho natural sostendrá una concepción armónica y equilibrada del orden normativo natural y del positivo.

Este primer momento clásico, del que no podemos dar cuenta más amplia en este apretado resumen, y cuyos ecos se prolongarán hasta LEIBNITZ, reviste una especial importancia, pues a lo largo del mismo se forma aquel concepto tradicional que, en definitiva, propondrá CASTÁN como el más válido. «En realidad —escribe en este sentido—, todas estas concepciones de la justicia contempladas por las doctrinas tradicionales representan aspectos que mutuamente se complementan y permiten que pueda tenerse una visión integral de ella» (*La idea de justicia*, pág. 72). Una visión, en efecto, cuyos ejes principales vienen constituidos por la formación de una noción estricta de la justicia, relativa a la vida social y jurídica, que no excluye, sin embargo, la imprescindible nota de la mora-

lidad, por una parte, y por la determinación del Derecho como contenido de la justicia, que implica el engarce de la justicia con la ley natural, y que tampoco excluye la aportación que el Derecho positivo y la jurisprudencia realizan en la fijación de su contenido, por otra parte.

Lo que podríamos considerar la crisis de la idea de justicia, constituye el segundo de los momentos en que se divide el análisis histórico de CASTAÑO. Comprende aquellas concepciones y escuelas modernas que relativizan la idea de justicia, disociándola de la idea del Derecho natural. Subraya, como característica de este período, la sustitución de la ley natural, de signo moral y religioso y de naturaleza objetiva, por un Derecho natural racionalista y subjetivista, que hace muy difícil, si no imposible, la determinación del contenido de la justicia, a no ser a través de una vía puramente formal. Se abre así un proceso que conducirá primero, y como reacción, a la exaltación del Derecho histórico y, en seguida, al positivismo, reducida la historia a los hechos aislados de la convivencia social, en la que la justicia es, en el mejor de los casos, algo relativo y contingente, que accede desde fuera al Derecho.

El tercero y último de los momentos que consideramos está representado por el resurgimiento del Derecho natural y de la teoría de los valores, aunque CASTAÑO advierte reiteradamente que ello no implica la desaparición del positivismo (*La idea de justicia*, pág. 28; *La idea de justicia hoy*, pág. 36). Esta situación hace que la época actual se caracterice por la diversidad, y también dispersión, de posiciones y teorías. Hay, no obstante, un punto de acuerdo sumamente importante relativo a la determinación de un *sum* primario, fundamento de la justicia, que se centra en el valor absoluto y dignidad de la persona humana. De toda la pluralidad de concepciones a que acabamos de referirnos, CASTAÑO presta una especial atención, junto al idealismo ético de DEL VECCHIO, a dos construcciones, a su vez, integradas por una pluralidad de posiciones concretas. Por una parte, al renacimiento del Derecho natural tradicional, así como a la formación de direcciones afines al iusnaturalismo, como el institucionalismo. Por otra parte, a la orientación axiológica, al tema de la estimativa jurídica. En relación con esta última, se felicita el maestro, en principio, por la valiosísima contribución que esta dirección, fundamentalmente difundida entre nosotros por el profesor RECASÉNS, ha realizado en cuanto a la superación del positivismo y al favorecimiento del tratamiento de los contenidos materiales de la justicia. «Hemos de agradecer a la axiología jurídica —escribe en este sentido— que considere a la justicia como un valor *ético*; como un valor *autónomo*, dentro de los valores éticos superiores, y como un valor *preeminente*, en el cuadro de los valores jurídicos» (*La idea de justicia*, pág. 111).

Pero, al mismo tiempo, no deja de manifestar también CASTAÑO

TOBEÑAS algunas reservas relativas a la pérdida de relieve y de independencia doctrinal que puede suponer la reducción de la justicia a mero criterio de valoración llevada a cabo por este punto de vista. «La idea básica que sirve de inspiración al Derecho —dice— es ahora sólo un criterio de valoración que entra en juego con otros valores. El problema de la justicia resulta así subordinado a la determinación de cuáles sean los valores jurídicos y cuál haya de ser la jerarquía entre los mismos» (*La idea de justicia hoy*, pág. 45).

El análisis histórico llevado a cabo por CASTÁN, y sobre el que no podemos extendernos más, tenía por objeto la determinación de la materia o contenido de la justicia en un sentido total. Una vez concluido, CASTÁN TOBEÑAS afirma que dicho propósito sólo puede alcanzarse mediante la abstracción y síntesis dentro de una amplia y comprensiva concepción del orden jurídico. «A este respecto —escribe—, todas las escuelas filosófico-jurídicas han hecho aportaciones útiles al desarrollo y solución del gran problema de la justicia, que es, en el fondo, el de la ética jurídica material» (*La idea de justicia*, pág. 183). En estas palabras puede verse una confirmación de aquel talante mediador y coordinador que al principio asignábamos al maestro CASTÁN. Nos engañaríamos, sin embargo, si nos detuviéramos simplemente en este punto y no advirtiéramos que este talante sintetizador reposa sobre un criterio, un criterio de mediación muy preciso, que consiste en el Derecho natural, sin el cual no podríamos haber destacado esta característica.

Efectivamente, el Derecho natural ocupa una posición central en la doctrina de CASTÁN. Permite combinar las distintas aportaciones de las diferentes concepciones históricas, estableciendo cuándo esta combinación es posible. Explica, también el Derecho natural, que sea la concepción clásica o tradicional la que haya dejado «más perenne huella», constituyéndose en tronco común de la justicia. Porque el Derecho natural es el que conecta forma y materia en la justicia, el que mantiene unidos Moral y Derecho, el que conecta, en definitiva, el sentido objetivo y el sentido subjetivo de la justicia, la idea y la virtud. Sobre todo, es el eje desde el que CASTÁN TOBEÑAS centra y precisa la problemática de los valores como problema del *suum* primario, abriendo paso a las tesis del personalismo jurídico. Ante la disyuntiva de si los valores superiores de la vida humana se realizan en el individuo o, por el contrario, son aquellos que se plasman en la colectividad, sostiene el predominio de la concepción personalista, que reposa, no en el individualismo ni en el ser político del hombre, sino en la prioridad de la persona humana, que hunde sus raíces en el cristianismo. Desde aquí ha de abordarse el problema de la relación fundamental entre individuo y sociedad, una relación que ya no es de contradicción, pues el avance del movimiento socializador va acompañado del reconoci-

miento del valor absoluto de la persona humana como criterio básico. Y desde aquí, por fin, han de entenderse también los derechos fundamentales, a los que CASTÁN dedicó su obra póstuma *Los derechos del hombre*.

Centralidad, en conclusión, del Derecho natural. «La dirección personalista y humanista de que tanto se habla ahora —escribe—, no está en contradicción, sino en perfecta armonía con las ideas iusnaturalistas clásicas. La concepción iusnaturalista cristiana del Derecho y de la justicia —concluye— es personalista» (*La idea de justicia*, pág. 169). Pero centralidad, como puede apreciarse, no de un iusnaturalismo extremo, de preponderancia absoluta del Derecho natural, ni tampoco de un iusnaturalismo atenuado o minimalista, sino de un iusnaturalismo que representa, una vez más, una posición intermedia entre amos. «El Derecho natural más juiciosamente concebido —dice— parece ser el de un grado intermedio, no maximalista ni minimalista, que era ya el aceptado por el iusnaturalismo escolástico clásico y sus seguidores de todos los tiempos» (*Ibidem*, pág. 106).

Pero si el problema de la determinación del *suum* primario pone de manifiesto la centralidad del Derecho natural, la determinación del *suum* singularizado, punto final imprescindible de la doctrina de la justicia, nos abre a una problemática no menos rica y compleja, también conectada con el Derecho natural: el problema de la equidad. Si la justicia, en cuanto igualdad, requiere normas y esquemas generales, los Jueces tienen que decidir «con justicia» los casos conflictivos particulares, que requieren una medida individual. Por ello, aunque no pueda desatender los criterios generales, el Juez no puede dejar de considerar lo que de concreto y singular tiene el supuesto que se le somete.

El tema de la equidad está presente en casi todos los trabajos sobre la justicia de CASTÁN TOBEÑAS, ya citados. Pero recibe una atención específica en su discurso de Apertura de los Tribunales *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas, afines* (Madrid, 1950). En principio, hablar de equidad es hablar de justicia del caso concreto, sin más. Pero no sólo eso; también aquí nos encontramos con un concepto complejo y polifacético. De las diversas acepciones históricas de la equidad, que CASTÁN agrupa en dos grandes apartados, según que su fundamento sea subjetivo (justicia extralegal, discrecional...) u objetivo (justicia natural, correctora, benévola...), destaca dos principales, expresión de los elementos comunes que, en definitiva, recorren toda aquella diversidad: la noción de la equidad natural, como Derecho natural, racional, frente al Derecho positivo, y la epiqueya, equidad individualista, en cuanto Derecho concretado o particularizado, frente al Derecho abstracto. Pero no hay contradicción entre ambas concepciones, pues las dos pueden integrarse en perfecta coherencia sobre la base de la misma unidad sobre la que

descansan, en general, todas estas construcciones, siempre que entendamos que la equidad natural se refiere al fundamento, y la epiqueya a sus funciones.

En la actualidad predomina la equidad singularizadora, correctiva, que se apoya sobre dos ejes principales: el eje aristotélico de la epiqueya propiamente dicha y el eje cristiano de la *benignitas* y la *pietas*, relativo a la mitigación del rigor de la ley en el caso particular. Teniendo en cuenta estos elementos comunes, y su cristalización en una noción más general, CASTÁN sostiene la posibilidad de formar un concepto científico de la equidad, máxime si consideramos que el cimiento de la misma sigue siendo la razón, el Derecho natural. En este sentido, propone la siguiente definición: «equidad es el criterio de determinación y valoración del Derecho, que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida, con sentido flexible y humano (no rígido y formalista), el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias» (*La idea de equidad*, pág. 51).

También en el caso de la equidad, como en el de la justicia, nos encontramos ante un concepto que adquiere sentido en la medida en que enlaza y sirve de mediación a otros conceptos y elementos. Y ello, en un doble sentido. Por una parte, en cuanto se trata de un concepto él mismo formado por un entrecruzarse de elementos subjetivos y objetivos. Por otra parte, en cuanto que, en su función y aplicación, sirve de puente para conectar la abstracción y formalidad de la ley con las determinaciones del caso concreto, haciendo de la decisión judicial, necesariamente concreta en un aspecto, la expresión de principios generales situados por encima de la voluntad individual del Juez, en otro aspecto. Sin embargo, como se ha advertido ya en relación con el concepto de la justicia, tampoco estamos aquí ante una arbitraria combinación de factores heterogéneos. En cuanto se trata de una forma de la justicia, la equidad tiene al Derecho natural como eje fundamental de su concepto y aplicación. Así, los factores intuitivos, sociológicos, la conciencia colectiva, los factores históricos, la tradición... tienen también su puesto dentro del juicio de equidad. «Mas los factores esenciales del fallo de equidad —advierte CASTÁN—, los que nutren en realidad el contenido material de la *aequitas*, son los elementos objetivos entre los cuales ocupan primerísimo lugar, jerárquicamente, el Derecho natural y los principios generales jurídicos, incluyendo entre ellos no sólo los principios morales, sino también los principios políticos de la comunidad» (*La idea de equidad*, pág. 70).

Vallet de Goytisolo ha subrayado este carácter mediador de la equidad en lo que se refiere a la aplicación del Derecho, pues la actividad judicial no puede reducirse simplemente al trabajo de subsunción de los hechos

bajo el supuesto de la norma legal, pues se trata de una misión mucho más compleja, consistente en la individualización y adaptación del Derecho a la vida. Carácter mediador en lo que se refiere también al concepto mismo de equidad, en cuanto que para el maestro CASTÁN, la equidad natural es integrable con la epiqueya o equidad individualizadora (*Metodología jurídica*, pág. 352). Sobre todo, esta concepción de la equidad tiene una vertiente práctica muy importante, al igual que ocurría con la justicia, relativa a la actividad judicial y al papel que, en general, los jueces desempeñan en sociedad. De hecho, es ésta una preocupación constante en toda la elaboración doctrinal de CASTÁN TOBEÑAS. Esta era precisamente una de las razones por las cuales destacábamos al principio de estas líneas el carácter teórico y práctico, a la vez, de toda su obra. Podría ser esclarecedor, por si alguna duda quedara, terminar con unas palabras del propio maestro, expresivas de esta siempre presente preocupación por el sentido y función social de la actividad judicial. En el pórtico de su libro *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho* (Madrid, 1947), sin duda uno de los más importantes y elogiados (así, por ejemplo, HERNÁNDEZ GIL) de toda su producción, escribió: «Dedico este estudio a la Magistratura española que, con invariable honradez, y con cultura y maestría cada vez mayores, cumple su misión de aplicar el Derecho, coadyuvando con su atinada labor al desenvolvimiento progresivo de nuestras instituciones jurídicas.»

Hemos de poner aquí punto final a este trabajo, que quería ser breve, tal vez porque inicialmente no había tomado en consideración la complejidad y riqueza de la doctrina sobre la justicia y la equidad de CASTÁN TOBEÑAS; complejidad y riqueza que hacen incluso difícil la articulación de unas conclusiones que sirvan de resumen a estas líneas, como no sean las muy simples de su preocupación por conectar la elaboración teórica con la dimensión práctica en general, y en lo que se refiere a la justicia en particular, la de la restricción de la problemática examinada al campo estrictamente jurídico, o la de la centralidad del Derecho natural, tanto desde el ángulo conceptual, que incluye también la coordinación de factores diferentes según su criterio, como desde el ángulo material, relativo a la determinación del *suum*, del contenido de la justicia. Conclusiones que, efectivamente, no son suficientes para hacernos idea de la profundidad de la reflexión, ni de las diversas consideraciones y problemáticas que se sitúan detrás de ellas. Por lo demás, es prácticamente imposible agotar en una simple exposición la doctrina de CASTÁN en este punto. No me resisto, no obstante, a señalar un territorio de esta doctrina que ha quedado fuera de nuestras consideraciones, tal vez con la esperanza de volverlo a retomar en otro futuro trabajo. Me refiero al problema de la justicia social, al que dedicó importantes trabajos (*La socialización del Derecho y su actual*

panorámica, Ed. Reus, Madrid, 1966; *La socialización y sus diversos aspectos*, Ed. Reus, Madrid, 1967), y de cuya importancia dan testimonio las propias palabras del maestro CASTÁN, que afirma que los conflictos deben resolverse según los datos legislativos, que el sistema proporciona, y también según los datos «más ampliamente sociales» (*La idea de justicia*, pág. 178).

JOAQUÍN ALMOGUERA CARRERAS
Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Castán y los derechos humanos

SUMARIO 1. INTRODUCCION: A) CASTÁN Y SU REFLEXIÓN FILOSÓFICA SOBRE EL DERECHO B) PREOCUPACION DE CASTÁN POR LOS DERECHOS HUMANOS.—2. ESTRUCTURA Y CARACTERES DE LOS DERECHOS HUMANOS: A) ESTRUCTURA B) CARACTERES.—3. CATALOGACION DE LOS DERECHOS HUMANOS —4. LOS DERECHOS HUMANOS TIENEN UNA BASE FILOSOFICA Y ETICA, LIGADA A LA NOCIÓN DE PERSONA.—5. PRINCIPIOS BASICOS NORMATIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS. VALOR Y DIGNIDAD DEL HOMBRE.—6. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MOMENTO PRESENTE. SOLUCIONES.

I. INTRODUCCION

A) CASTÁN Y SU REFLEXIÓN FILOSÓFICA SOBRE EL DERECHO

No hay lugar a dudas que el pensamiento jurídico español durante las últimas décadas ha sido influenciado por la personalidad y recia formación científica de un eminente jurista: don José CASTÁN TOBEÑAS.

CASTÁN fue un excelente tratadista de Derecho civil, un notable maestro, tanto en sus obras como en las aulas universitarias. Tuvo, además, la oportunidad de enfrentarse al problema del Derecho en su aplicación práctica desempeñándose como Magistrado del Tribunal Supremo, siendo su Presidente por más de veinte años. Participó activamente en la elaboración de nuevas leyes por medio de numerosos estudios en la Comisión de Codificación, que presidió desde 1950 hasta su muerte, en 1969.

Como jurista teórico y al mismo tiempo práctico, comprendió que el Derecho no puede quedar reducido a una simple técnica para lograr ciertos comportamientos de los hombres en sociedad, que debe fundarse en principios superiores, que el Derecho debe alcanzar determinados valores que son su razón de ser. Por eso dedicó muchos de sus escritos a la reflexión sobre el Derecho. La simple lectura de los títulos de sus obras nos revelan cómo siempre estuvo CASTÁN preocupado por encontrar las raíces más profundas del Derecho, así por ejemplo: «La idea de justicia en la tradición

filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español», 1946; «Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho», 1947; «En torno al Derecho natural», 1940; «La idea de justicia hoy. ¿Crisis? ¿Apogeo?», 1964 (1).

CASTÁN no se propuso elaborar un sistema filosófico-jurídico ni hizo de la Filosofía del Derecho su exclusiva profesión; es más, en una ocasión dijo: «perdonad a quien, como yo, sólo es un modesto aficionado a la Filosofía del Derecho..., en los ratos libres» (2). A esta clase de filósofos del Derecho que hacen sus reflexiones desde el Derecho mismo, acuciados por la resolución de las dudas que les plantea su aplicación, y por la necesidad que sienten de encontrar nuevas fórmulas jurídicas que realicen los valores que ellos creen que el Derecho debe alcanzar, pero que no pretenden la elaboración de un sistema de Filosofía del Derecho, RECASÉNS les ha llamado filósofos del Derecho «no académicos» y filósofos del Derecho «no sistemáticos» (3).

B) PREOCUPACIÓN DE CASTÁN POR LOS DERECHOS HUMANOS

La obra de CASTÁN revela el auténtico humanismo español que ha colocado siempre el valor fundamental del ser humano sobre otra consideración subalterna. Como muy bien lo ha dicho LEGAZ y LACAMBRA, CASTÁN, como jurista integral, toma el tema de los derechos del hombre insertándolo en el ámbito de la filosofía del Derecho «y en una concepción claramente iusnaturalista, de signo personalista y humanista, en el sentido del humanismo cristiano fundado en la consideración de la naturaleza humana, entendida en su realidad plena; y así, al ser integral y armónico, este humanismo busca el desarrollo del hombre en todas sus dimensiones y, por consiguiente, también en las espirituales y, dentro de ellas, en la

(1) Para un detalle sobre la obra filosófica de CASTÁN, véase nuestro libro *Las ideas jurídicas de Castán*, Edersa, Madrid, 1975, págs. 171 y sigs.

(2) Palabras iniciales del discurso *La idea de justicia hoy ¿Crisis? ¿Apogeo?*, pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 17 de diciembre de 1964.

(3) *Tratado general de Filosofía del Derecho*. Ed. Porrúa, México, 3.^a ed., 1965, pág. 15.

Sobre los aportes de CASTÁN a la Filosofía del Derecho existen, entre otros, dos trabajos. «José Castán Tobeñas, filósofo del Derecho» (MANTILLA PINEDA, Benigno), publicado en la obra *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, t. I, pág. 51, y «Filosofía e historia del Derecho en la obra de Castán» (NÚÑEZ LAGOS, Rafael), discurso pronunciado en la sesión necrológica en honor de Castán, en *Anuario de Derecho civil*, t. XXII, julio-septiembre 1969.

conexión con Dios; y al ser también humanismo social, acierta a conjugar las ideas de personalidad y comunidad» (4).

Este pensamiento en sentido humanista cristiano se revela en CASTÁN desde su primera obra, *La crisis del matrimonio (ideas y hechos)* (5) y pasa a lo largo de sus trabajos de Derecho civil, así como sobre sus numerosos ensayos sobre Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho. Pero fue ya al final de su vida, con toda la experiencia acumulada, cuando escribe específicamente sobre los derechos del hombre.

Fue en la apertura del curso 1968-1969 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en que CASTÁN pronunció un discurso titulado «Los derechos del hombre (su fundamentación filosófica y sus declaraciones políticas)», que posteriormente, revisado y ampliado, se publicó en la Ed. Reus bajo el título de *Los derechos del hombre* (1969), que ha sido la obra póstuma de CASTÁN, pues se publicó poco después de su muerte. Existen además dos ediciones posteriores, la segunda de 1976, con prólogo del profesor Luis LEGAZ Y LACAMBRA, y la tercera de 1985, revisada y actualizada por María Luisa MARÍN CASTÁN, con prólogo de José María CASTÁN VÁZQUEZ, ambas editadas por Reus.

Trataremos ahora de considerar, sin ánimo exhaustivo, dada la riqueza de sugerencias de la obra de CASTÁN, los principales aspectos que él estudia sobre los derechos del hombre.

2. ESTRUCTURA Y CARACTERES DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) ESTRUCTURA

La frase «derechos humanos» o «derechos del hombre» es en sí poco significativa y lleva consigo una redundancia. Todos los derechos son humanos. Sin embargo, se la ha empleado hace algún tiempo y se la sigue empleando hoy con un sentido específico en relación con determinados derechos. Podría decirse que hay un grupo de derechos diferenciados de los demás y que son humanos por antonomasia. También, modernamente, suelen usarse las denominaciones de derechos fundamentales o derechos esenciales del hombre. Y es que los derechos humanos, considerados en su significación como elementos de un complejo jurídico, son a la vez fundamentales, por cuanto sirven de fundamento a otros más particulares, de-

(4) LEGAZ Prólogo a la segunda edición de *Derechos del hombre*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pág. III.

(5) Madrid, Ed. Reus, 1914.

rivados o subordinados a ellos, y esenciales en cuanto son derechos permanentes e invariables, inherentes al hombre, a todos los hombres como tales (6).

El actual movimiento en pro de los derechos humanos responde a una tendencia, sentida desde hace mucho tiempo de elevar al hombre a la cúspide de todo ordenamiento jurídico, para que se le reconozcan una serie de derechos que se consideran fundamentales, sin cuyo reconocimiento y protección no podría el hombre desarrollarse como tal. Por otra parte, se trata, en el momento presente, de asentar el contenido de la justicia sobre la base del reconocimiento de la dignidad fundamental de la persona humana y de los derechos que de ella emanan.

Difieren mucho, en la concepción actual y con respecto a la que imperaba en los siglos anteriores al nuestro, la estructura de los llamados derechos del hombre.

En las viejas concepciones, los derechos humanos implicaban una sencilla relación entre la persona individual (hombre o ciudadano) que ostentaba el derecho y el Estado, que había de respetarlo.

En el enfoque de hoy, la relación es más complicada. La doctrina actual, e incluso también en el orden positivo y constitucional, las llamadas Declaraciones de derechos combinan con la idea de los derechos individuales del hombre, la de los derechos de los grupos comunitarios, o sea, los de la sociedad concebida corporativamente. Sujeto de los derechos no sólo es el hombre, individualmente considerado, sino en general la persona, individual o agrupada. La protección de los derechos humanos se extiende a las comunidades jurídicas (familia, corporaciones, entidades políticas estatales o de sentido universal) y, además, a los grupos minoritarios (grupos nacionales, étnicos, religiosos, etc. dentro de un Estado, y Estados débiles, subdesarrollados, etc. dentro de la comunidad internacional).

En suma, los derechos del hombre, que fueron derechos subjetivos de autodeterminación del individuo, son ahora también derechos de autodeterminación de los entes colectivos.

Pero siempre, de una manera indirecta, el sujeto de los derechos humanos sigue siendo el hombre. «En definitiva, los derechos de los grupos, de las naciones, de la humanidad misma, son también derechos del hombre. El individuo es el sujeto beneficiario de todos los derechos y de todos los órdenes del Derecho, incluso del Derecho de gentes» (7).

En cuanto al otro sujeto de la relación, el que debe respetar los derechos del hombre, sigue siendo, hoy como ayer, el Estado, titular del poder

(6) CASTÁN *Los derechos del hombre*, 1.^a ed., Reus, 1969, pág. 14.

(7) *Ibidem*, pág. 17.

y custodio del orden jurídico. Es este orden jurídico, a través del Estado y sus autoridades, el que debe acatar y proteger los derechos humanos, individuales y comunitarios. Pero sobre esto advierte CASTÁN:

1.º Que esta protección del Estado a los derechos humanos se traduce en deberes por parte del propio Estado, que ha de dictar las normas jurídicas pertinentes, y deberes por parte de los individuos, que han de observarlas. Como indica WERNER GOLDSCHMIDT, los derechos fundamentales, aun correspondiendo, en principio, al individuo contra el Régimen, «tienen cierta ambivalencia y pueden repercutir sobre las relaciones entre individuos. Así pueden invocar, verbigracia, los individuos entre sí la libertad de conciencia, si en el marco de un contrato laboral se les exigiera algo que la conculcase» (8).

2.º Que en la concepción actual la defensa de los derechos humanos está encomendada no sólo a los Estados, en concepto de organizaciones políticas soberanas y comunidades jurídicas por excelencia, sino también a determinadas entidades internacionales que, aun no reuniendo los caracteres de una perfecta sociedad internacional, aspiran, a través de medios indirectos, como el pacto o simplemente la recomendación, a promover la defensa de los derechos de los hombres y de los pueblos. Las más recientes declaraciones de derechos marcan un tránsito de la protección constitucional de los derechos fundamentales del hombre a su protección internacional, siquiera esta última sea todavía muy imperfecta (9).

B) CARACTERES

Atribuyen los clásicos iusnaturalistas a los derechos fundamentales del hombre los caracteres de inviolabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. PRISCO, por ejemplo, sostiene que son inalienables en sí porque están necesariamente enlazados con la existencia del hombre y su fin, pero hace notar que puede renunciarse a su ejercicio en atención a un fin moral prevalente o para cumplir un deber (10).

Pero se pregunta CASTÁN: ¿Habrán de ser conceptuados los derechos naturales como absolutos? Podría argumentarse que, precisamente por ser naturales, los derechos del hombre son absolutos, ya que, teniendo su raíz en la misma naturaleza del hombre, no puede el Estado desconocerlos. No

(8) *Introducción al Derecho*, 3.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967, pág. 417.

(9) *Los derechos...*, cit., pág. 16.

(10) PRISCO *Filosofía del Derecho fundada en la Ética*, 2.ª ed., núms 183 a 187, págs. 220 y sigs (cit. por CASTÁN, *op. cit.*, pág. 18)

obstante, se ha de observar que los derechos humanos fundamentales, aunque sean naturales, son a la vez históricos; en cuanto a su aplicación y concreción están sujetos a los procesos de la historia, lo que los hace limitables porque, dentro de cada sociedad y de cada sistema jurídico, están condicionados por las exigencias del bien general y la coexistencia con otros derechos (11).

Reconoce CASTÁN que esta posición se encuentra en la moderna doctrina iusnaturalista de HELMUT COING, quien afirma: «La necesidad de realizar los derechos fundamentales en el Derecho positivo no significa que esa realización tenga que ser absoluta... La existencia de la comunidad estatal pone, con sus necesidades, límites a los derechos fundamentales. Por eso el Derecho positivo tiene que limitar necesariamente los derechos fundamentales. El Derecho natural no puede trasponerse, sin modificaciones, en la realidad» (12).

La tendencia social de las Constituciones de nuestro siglo ha borrado de los derechos humanos todo asomo de derechos absolutos. Las nuevas declaraciones llevan propias limitaciones a la mayor parte de los derechos esenciales y fundamentales. En general, el ejercicio de libertades encuentra no sólo los límites derivados de las exigencias de la coexistencia recíproca de los mismos, sino, además, las limitaciones debidas al control público que el Estado se reserva para proteger, en interés de los propios individuos, la seguridad de los mismos, la salubridad, la moralidad, el bienestar económico, etc. (13).

Sin embargo, todavía cabe preguntarse: ¿habrá dentro de los derechos fundamentales del hombre algunos que sean absolutos? CASTÁN opina que no parece adecuado excluir grupos determinados de derechos humanos de la nota de relatividad y limitabilidad propia de los mismos. Así, ni siquiera los derechos de la personalidad, en su concepto más estricto, son absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico, que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común. Tampoco las llamadas libertades públicas o cívicas —que se atribuyen o reconocen a los hombres en cuanto ciudadanos de un Estado— han de excluirse, pues están sujetas a las limitaciones o moderaciones que establezca la autoridad civil (14).

Se plantean a veces, sin embargo, algunas distinciones a propósito de

(11) *Los derechos...*, cit., pág. 18.

(12) *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, traducción de J. M. Mauri, Barcelona, Ariel, 1961, págs. 188 y sigs.

(13) *Los derechos...*, cit., págs. 19 y sigs.

(14) *Ibidem*, pág. 20.

esta relatividad de los derechos humanos. El profesor RENÉ CASSIN nos habla de que entre las libertades y derechos del individuo «sólo un pequeño núcleo debe siempre conservar su carácter de absoluto; en este núcleo se incluye la libertad de conciencia y el derecho a la vida digna» (15). Guarda cierta coincidencia con esta apreciación la que formula MESSNER, en el sentido de que algunos de los derechos humanos, en determinados aspectos, son absolutos; así, por ejemplo, tiene ese carácter la libertad de conciencia, cuando se trate de la práctica privada de la religión. Pero, por el contrario, el derecho a la práctica pública del culto y, en general, casi todos los demás derechos indudables de otras personas (por ejemplo, en el caso de los sacrificios humanos) o del orden público (16).

Son razonables las anteriores apreciaciones, mas observa CASTÁN que «la llamada libertad de conciencia, que no se refiere sólo al ámbito religioso, sino también a las demás esferas racionales de la vida humana y que ha sido definida como “el derecho incoercible y el deber supremo que cada uno tiene de seguir la voz y el dictamen de su razón, de su conciencia, en el ordenamiento de sus operaciones racionales” (17), es tan inconcusa que ni siquiera necesita ser positivamente declarada: se desenvuelve en el interior del hombre y cae, por ende, fuera del campo del Derecho, que regula las manifestaciones externas y sociales de la vida y actividades de los hombres» (18).

En términos generales, piensa CASTÁN que la única excepción, muy acusada por cierto, a la limitabilidad de los derechos humanos, es seguramente «la nacida de la exigencia de que, en cualquier situación, dentro de la vida social civilizada, quede a salvo la condición del hombre como persona. Está por encima de los poderes del Estado la dignidad humana, en todos sus aspectos, físicos (o externos) y morales. Las necesidades de la convivencia y del todo social no puede afectar jamás al hombre en su valor de persona, o sea, a su plenitud de hombre en cuanto tal hombre.

«Salvada la jerarquía que, como derecho primario y esencial, corresponde al que atañe a la persona misma, en concepto de derecho natural por excelencia, los derechos individuales y, en su noción más general, los

(15) «Veinte años de la Declaración Universal: libertad e igualdad», en la *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, edición especial, 1.ª parte, pág. 15 (cit. por CASTÁN, *op. cit.*, pág. 21).

(16) *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural*, versión de BARRIOS DE SEVILLA, J. L.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., y DÍEZ, J. E., Madrid, Rialp, 1967, pág. 509.

(17) P. Luis IZAGA *Elementos de Derecho político*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1952, t. II, pág. 315.

(18) *Los derechos...*, cit., págs. 21 y sigs.

derechos humanos, por muy importantes que sean, son susceptibles de adecuadas, aunque no arbitrarias, limitaciones» (19).

3. CATALOGACION DE LOS DERECHOS HUMANOS

Resulta difícil enumerar en un plano teórico los derechos fundamentales del hombre. Si se considera a éstos como estrictamente naturales, son pocos los que podrán merecer esta conceptualización. Más difícil se torna la cuestión si de dichos derechos se tiene un amplio concepto como ocurre en nuestros días, y así se observa que son distintos en cada época y en cada uno de los ordenamientos positivos.

La catalogación de los derechos humanos, tanto por la vía del Derecho positivo como por la del Derecho natural, no puede ser nunca segura ni definitiva, pues forman dichos derechos núcleos diversos en los cuales pueden ser halladas y señaladas figuras jurídicas diferentes. Como ejemplo de las modernas enumeraciones de los derechos del hombre, a la luz de los principios del Derecho natural, podemos señalar la de Johannes MESSNER, que encuentra los siguientes: *a)* la libertad de conciencia; *b)* la libertad de practicar la religión; *c)* el derecho a la propia vida; *d)* el derecho a la inviolabilidad de la persona; *e)* el derecho al matrimonio y la familia; *f)* el derecho a la educación de los propios hijos; *g)* el derecho a la adquisición de lo necesario para el sustento; *h)* el derecho de propiedad; *i)* el derecho de asilo (por razones políticas); *j)* el derecho a la libre elección de profesión; *k)* el derecho al desarrollo de la personalidad; *l)* el derecho de la libre expresión (en la palabra hablada y escrita y, en especial, en la prensa, la ciencia, la literatura y el arte); *m)* el derecho de libre asociación, y *n)* el derecho a participar en el orden y administración de la comunidad (20).

Se plantea también la cuestión de que, si puede ser ampliado el catálogo de los derechos fundamentales del hombre enunciados por las modernas leyes políticas, ¿habrá —dice CASTÁN— que aplicar para la determinación de esos derechos un criterio de *numerus clausus* o una regla de *numerus apertus*?

Algunos ordenamientos positivos resuelven este problema puntualizando que la enumeración de derechos que contienen «no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo», como lo hace la IX enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

(19) *Ibidem*, pág. 22.

(20) *Ética social, política y económica* ., cit., pág. 508.

Para CASTÁN este problema «está subordinado a la fundamentación que los derechos humanos se atribuya. Dentro de la tesis iusnaturalista, no cabe duda que los derechos fundamentales, al tener su base y su justificación en la ley natural y en el valor intrínseco de la persona humana, pueden existir aun sin el reconocimiento expreso de la ley positiva, aun cuando les faltaran a veces garantías de eficacia. Por el contrario, dentro de una concepción estrictamente normativa, positivista, del Derecho, es difícil la admisión de derechos subjetivos encuadrados en el ordenamiento legal o estatal de que se trate. Claro es, de todos modos, que hay siempre casos excepcionales, suscitados por los fenómenos revolucionarios, en los que las libertades y derechos humanos pueden saltar por encima del ordenamiento positivo» (21).

Todavía nos podemos plantear la cuestión de si habrá, dentro de los llamados derechos humanos, uno que sirva de base a los demás. En general, los derechos humanos se desenvuelven en el ámbito de la vida personal o en el de la vida social. El profesor LEGAZ, dentro de la esfera o dimensión personal, señala como el primer derecho del hombre el derecho a la intimidad, «a que esa intimidad sea respetada. Este respeto no consiste sólo en el abstencionismo; implica, además de esta posición negativa (sin embargo, exigible), la aptitud positiva de crear y favorecer aquellos contenidos religiosos y morales que favorecen el enriquecimiento de la personalidad interior del hombre y aparecen diques a la socialización en todas sus formas» (22). Pero el derecho de intimidad —dice CASTÁN— y todos los derechos fundamentales son derivación de aquel derecho verdaderamente primario y básico, que es el derecho a que sea reconocida y protegida su personalidad. Este derecho primario, en la concepción actual de los pueblos civilizados, y especialmente los llamados occidentales, está, pues, fuera de la competencia del Estado y de las limitaciones que en los derechos fundamentales puedan ser impuestas por las leyes.

4. LOS DERECHOS HUMANOS TIENEN UNA BASE FILOSOFICA LIGADA A LA NOCION DE PERSONA

Decididamente se opone CASTÁN a las corrientes positivistas y relativistas, que se desinteresan de toda fundamentación filosófica del concepto de persona y de los derechos humanos, ateniéndose meramente a las

(21) *Los derechos ...*, cit., pág. 38

(22) «La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre», en la *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXXV, 1951, pág. 44 (cit. por CASTÁN, *op. cit.*, págs. 38 y sigs.).

afirmaciones histórico-políticas de estos derechos. No compartimos —dice— esta posición, que creemos funesta para la ciencia jurídica y la política, pues conduce lógicamente al totalitarismo, que poco compatible con los derechos del hombre. «Debemos dar a estos derechos una base filosófica y ética, ligándolos a la noción de la persona» (23), de honda raigambre cristiana.

5. PRINCIPIO BASICO NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS: VALOR Y DIGNIDAD DEL HOMBRE

El orden jurídico —del que los derechos fundamentales humanos forman parte capitalísima— está presidido por valores superiores, de contenido ético a la vez que jurídico, que giran en torno a las dos vertientes de la vida del hombre: la íntima, personal o individual y la social o comunitaria.

Se ha afirmado que la cuestión de los derechos humanos se nos muestra como el problema de la relación hombre-Estado o como un conflicto entre dos valores: el valor persona (expresión ésta que recalca sus dimensiones éticas mejor que la de individuo, ciudadano e incluso hombre) y el valor Estado, que es traducción del valor social o político y, en definitiva, del bien común.

CASTÁN no encuentra verdadera oposición y mucho menos contradicción entre los valores humanos o individuales y los sociales. «Por ser el hombre sociable por naturaleza, ha de existir entre unos y otros una unión estrechísima, una recíproca complementación, siquiera haya de reconocerse la primacía a los primeros en atención al carácter instrumental que en relación con ellos revisten los valores sociales y estatales» (24).

Luego el postulado primario del Derecho, y consiguientemente del reconocimiento de los derechos humanos, es el *valor propio del hombre*, como valor superior y absoluto, «o lo que es igual, el imperativo de respeto a la persona humana, en cuanto portadora de espíritu, plenamente afirmado por la concepción cristiana del mundo y de la vida, no menos que por las más actuales direcciones de la filosofía jurídica» (25).

Pero hay que entender que la posición del hombre en el vértice de los valores humanos no puede significar la negación de otros valores superiores (los de orden divino) ni la exclusión de aquellos que, estando situados en planos inferiores, son muy relevantes y necesarios. «Si se exagera la

(23) *Los derechos...*, cit., pág. 40.

(24) *Ibidem*, pág. 67.

(25) *Ibidem*, pág. 67.

significación y exaltación del valor hombre, con radical separación y eliminación de los valores éticos, sociales y políticos, caeremos fatalmente en la utopía del anarquismo. Así, la afirmación del valor absoluto de la personalidad humana no lleva consigo el desconocimiento de las comunidades ni la negación del Estado. Lo que hay es que el Estado, frente a la persona humana, ha de tener la consideración de medio, no la de fin. La sociedad es para el hombre; no el hombre para la sociedad» (26).

Inseparablemente unidos al postulado del valor hombre va el principio de la dignidad humana —de raigambre cristiana—, y tan íntimamente reconocido por las modernas escuelas filosóficas y sociales que coinciden en que todo hombre tiene derecho a llevar una vida digna.

Este postulado del valor de la persona humana se realiza a través de la justicia y del bien común. La justicia (que desde el punto de vista jurídico ha de ser considerada como la finalidad propia y primaria del Derecho), armoniza los fines individuales y los fines sociales o comunitarios. El bien común sitúa en su punto cabal las relaciones entre el individuo y el Estado, al buscar el fin del ordenamiento jurídico no en el bien disgregado de los individuos ni en el bien público o bien del Estado, sino en el bien netamente social, del cual todos y cada uno de los asociados tienen derecho a participar en la medida proporcional.

Atendiendo a los principios referidos: valor y dignidad de la persona humana, justicia y bien común, formula CASTÁN su definición de los derechos del hombre: «como aquellos derechos fundamentales de la persona humana —considerada tanto en su aspecto individual como comunitario— que corresponde a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio, ante las exigencias del bien común» (27).

6. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MOMENTO PRESENTE. SOLUCIONES

Aunque los derechos humanos fundamentales están reiteradísimamente declarados (incluso la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas trata de los «derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos»), carecen estos derechos (no sólo en las zonas del comunismo totalitario —dice CASTÁN—, sino también en los países propiamente liberales

(26) *Ibidem*, pág. 68.

(27) *Ibidem*, pág. 15.

y democráticos), de aplicación real. «Faltan todavía, por lo común, instrumentos de tutela jurisdiccional que hagan efectivos los derechos del hombre a través de trámites sumarios».

En el momento actual, «subsistiendo el hambre y la subalimentación —o lo que es igual, la negación del derecho a vivir— en inmensas porciones de la humanidad (dos tercios de la humanidad padecen hambre), en contraste con el despilfarro que los pueblos más desarrollados hacen de fabulosos recursos dedicados a armamentos, ingenios nucleares y viajes espaciales».

«La crisis actual de los derechos del hombre va unida —para CASTÁN— a la crisis general no sólo jurídica, sino ampliamente social y humana, que por causas y antecedentes muy complejos, sufre el mundo de hoy, haciendo difícilísima la convivencia entre los hombres y los pueblos» (28).

«Cuando en teoría parece haber llegado a la conciencia de los hombres y de los pueblos la idea de que ha de ser respetada la dignidad humana, se han desencadenado más que nunca la violencia y la lucha entre los hombres». «El predominio de una desaforada e incontenible técnica, unida al apogeo del materialismo, en detrimento de los valores morales, ha llevado la masificación a nuestras sociedades y están poniendo al hombre en trance de deshumanización y despersonalización» (29).

Ante las perspectivas tan desalentadoras que parecen rodear el porvenir de los derechos humanos, CASTÁN cree encontrar aspectos favorables para logara su total vigencia. Así, frente a las graves e inauditas acometidas que por parte de los Estados y las leyes positivas han sufrido los derechos humanos, se han producido las réplicas más contundentes por parte de la doctrina filosófico-jurídica. Se observa, en la generalidad de los países, y sobre todo en los llamados occidentales, una gran difusión de las concepciones personalistas y humanistas. Un renacimiento del Derecho natural y un florecimiento de la doctrina de los valores jurídicos. Quizá el sentido del respeto hacia la persona tiene hoy, en importantes aspectos, más vigor que en otras épocas y, sobre todo, alcanza un área de resonancia y aplicación más general, y prueba de ello son los tres movimientos de promoción: de las clases trabajadoras; de la mujer; de los pueblos colonizados. Todos estos movimientos significan perspectivas de avance en el desarrollo de la humanidad a través del reconocimiento de los derechos y deberes de los hombres. Otros índices importantísimos del progreso jurídico social son: la buena marcha de la llamada justicia social, iniciada a partir de fines del

(28) *Ibidem*, págs. 159 y sigs. Sobre el tema de la actual crisis del mundo, véase la obra de CASTÁN *Crisis mundial y crisis del Derecho*, 2.^a ed., Madrid, Reus, 1961

(29) *Ibidem*, pág. 163.

siglo XIX, y la más actual integración de la agricultura a los cuadros de la justicia (30).

Por ello —dice CASTÁN, en forma un tanto optimista—, no hay razones para suponer que la actual desorganización y el desequilibrio de los valores humanos sean irremediables. «El espíritu del hombre es una luz inextinguible» (31).

Como base para superar la actual crisis del mundo y de los derechos del hombre propone CASTÁN una serie de medidas, entre ellas la instauración de nuevas ideologías que superen a las de la época anterior, que ya no se tienen en pie. En efecto, «las fórmulas del racionalismo intransigente, del liberalismo ochocentista, del socialismo marxista con el lastre de la lucha de clases, el comunismo utópico, el anarquismo decimonónico revolucionario y nihilista ya no son útiles para resolver los problemas «actuales del mundo» (32). Hay que buscar nuevas ideologías, «pero que sean equilibradas y de sentido armónico, no unilaterales, sino multidimensionales». «Los grupos sociales y la humanidad entera necesitan de la orientación que le proporcionen las perennes ideas generales, como, ante todo, los valores supremos de bondad, moralidad, justicia y derecho y, en una esfera más asequible a la común mentalidad de los hombres, aquellas ideas que han servido siempre de soporte a la conducta de los mismos, cuales son la familia, la profesión, la patria y la creencia en Dios (fuente y fundamento de caridad) por encima de todo» (33).

Propone, además, una reforma de las estructuras jurídicas, pues es necesaria «la modificación de las viejas instituciones políticas, económicas y sociales para adaptarlas a las circunstancias y a las exigencias de los nuevos tiempos». Y en el plano económico-social hay que dar un paso a todos aquellos cambios profundos que puedan conducir a una más equitativa distribución de la riqueza y a la elevación del nivel de las clases menos favorecidas (34).

Asimismo, es necesaria una nueva y progresiva estructura —a nivel mundial— que logre el ideal, tantas veces soñado, de la integración política del mundo (35).

Pero «para crear una nueva sociedad, en la que no impere la violencia y resplandezca la libertad, la paz y la justicia, hay que empezar por estimular las fuerzas espirituales del hombre: su buen sentido y juicio, su

(30) *Ibidem*, págs. 172 y sigs.

(31) *Ibidem*, pág. 176.

(32) *Ibidem*, pág. 177.

(33) *Ibidem*, pág. 178.

(34) *Ibidem*, pág. 182.

(35) *Ibidem*, pág. 183.

conciencia moral y de responsabilidad, sus sentimientos de amor al prójimo y solidaridad social» ... «Lo más esencial es la regeneración de los hombres».

«La meta que debemos ambicionar y perseguir ha de ser, pues, la de una adecuada formación humana en todos los niveles educativos (familiares, sociales, profesionales, ampliamente culturales y también religiosos) debidamente coordinados. Por esta vía de educación y de reeducación, de continua promoción educativa, se podrá acometer la solución del problema de los derechos humanos en relación —esto es importante y capital— con el total problema del hombre, en su naturaleza de siempre y en su esencia ética, pero sin olvidar, a la vez, las exigencias y aspiraciones sociales de nuestro momento histórico» (36).

LEO VALLADARES LANZA

Catedrático de Filosofía del Derecho.

Universidad Nacional Autónoma de Honduras.

Vicepresidente de la Comisión Interamericana
de Derechos Humanos

(36) *Ibidem*, pág. 185

La Sentencia del TS de 25 de marzo de 1942 sobre prodigalidad dictada por don José Castán Tobeñas

La prodigalidad es una conducta humana de todos los tiempos. Conocida en la Antigüedad, reprimida por el Derecho Romano y recogida también en nuestro Código Civil con dos versiones diferentes: la anterior y la posterior a 1983.

Es una figura de gran interés teórico y menor importancia práctica, pues en lo que va de siglo apenas han llegado al Supremo la veintena de casos de prodigalidad. Y, sin embargo, se sigue dando y con cuentagotas van apareciendo algunos casos más, como lo prueba la reciente STS de 17 de junio de 1988.

Conocemos la fórmula de interdicción del pródigo que nos trasmite PAULO, sabemos también que para CICERÓN son pródigos los que gastan el dinero en banquetes, satisfacciones sensuales, gladiadores, juegos, cacerías, y para ULPIANO es pródigo quien no tiene tiempo ni fin para sus gastos. Pero la elaboración de un concepto jurídico depurado de prodigalidad es en nuestro Derecho, obra científica de este siglo, en la que reviste singular importancia la sentencia de CASTÁN que da título a este comentario, y que, como expresamente señala su autor, recoge la tradición procedente del Derecho Romano.

Para las Partidas, pródigo es el desgastador de sus bienes, y como el Código no lo define, la jurisprudencia concibe su concepto en el sentido usual y gramatical del vocablo (SSTS 17 febrero 1904 y 19 junio 1915, entre otras).

Los autores de finales de siglo pasado y principios de éste tienden a considerar esta conducta como una forma de locura. Así, por ejemplo, lo hacen GARCÍA GOYENA, SÁNCHEZ ROMÁN o MUCIUS SCAEVOLA

En los años treinta, Mariano ARAMBURU deslinda perfectamente pro-

digalidad y locura (1), y en los años cuarenta llegamos a un concepto técnico de prodigalidad.

El primer concepto jurisprudencial depurado, que contiene todos los caracteres integrantes de esta conducta, lo da la sentencia que comento (2).

Los argumentos que utiliza CASTÁN serán mayoritariamente seguidos después, tanto por la doctrina (3) como por la jurisprudencia (4).

Junto al innegable mérito que supone la ajustada definición conceptual de la prodigalidad, de la que trataremos después, hay otras puntualizaciones en esta sentencia de CASTÁN, esenciales para la correcta comprensión de la figura.

Dice el cuarto Considerando: «En dichas disposiciones (del CC.) aparece virtual pero claramente conceptuada como manifestación o expresión, no de perturbación alguna en las facultades intelectuales, sino de un desequilibrio o desorden que hace referencia únicamente al orden económico y se reprime en consideración a los perjuicios que puede ocasionar a la familia del pródigo.»

Tampoco en Roma se identificaba al pródigo con el loco, pues como dice el Ponente, aunque «la curaduría del pródigo estaba establecida *exemplo furiosi*, ni esta equiparación afectaba más que a los efectos de la interdicción, ni era tampoco absoluta, ya que diversos fragmentos ponen

(1) «La prodigalidad podrá ser consecuencia del error o de la ignorancia, pero nunca probará la ausencia de la razón o la existencia de un estado patológico que anule la voluntad. El pródigo conserva útiles y en perfecta normalidad sus facultades intelectuales (...) Cuando la disipación de la fortuna reconoce por causa un estado anormal de la inteligencia, la prodigalidad se reduce a la enfermedad y el sujeto no se llama pródigo, sino loco o demente, y como tal se le trata». *La capacidad civil*, 2.^a ed., Reus, Madrid, 1931, págs. 177 y 178.

(2) Antes se había dado en la cátedra de don Federico DE CASTRO este concepto. «Conducta desarreglada de la persona que malgasta su capital con ligereza, tanto en relación a su situación económica y social, como respecto de los fines a que dedica sus bienes, poniendo con ello en peligro injustificado su patrimonio en perjuicio de su familia».

(3) Pueden verse, entre otros, los trabajos de ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy: *La tutela*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1943, págs. 43 y sigs.; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: *La tutela*, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, págs. 159 y sigs.; OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás: «La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar», en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs. 246 y sigs.; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «La prodigalidad como institución de protección a la legítima», en *RDP*, abril 1978, págs. 255 y sigs.

(4) SSTs de 28 de marzo de 1955, 23 de marzo de 1962, 18 de mayo de 1962. Sin embargo, inexplicablemente, la de 25 de septiembre de 1958 vuelve a la línea subjetiva de la STS de 19 de junio de 1915, desconociendo el avance que representa la sentencia de CASTÁN.

de relieve que el pródigo no tenía una incapacidad negocial pura y simple (Considerando tercero).

Así pues, CASTÁN, con buen criterio, se distancia de un sector importante de la doctrina que venía considerando al pródigo como aquejado de locura, pues no tendría sentido que el Código regulara autónomamente la prodigalidad si ésta sólo fuese un tipo de locura. Así lo ha venido entendiendo la mayor parte de la doctrina posterior a esta sentencia (5).

Además, se observa en la primera cita de la sentencia y en otras partes de la misma que su autor concibe la persecución de esta conducta en beneficio de la familia del pródigo, dándole a este interés privado familiar un sentido más amplio que la mera protección de la legítima hereditaria.

También se percata y así lo manifiesta en el séptimo Considerando de que «la declaración de prodigalidad, más que carácter sancionador, tiene el de una medida preservativa o preventiva del peligro o riesgo de ruina».

Y es que, en efecto, al declarar pródigo a una persona no pretende el Código castigar una conducta reprochable en sí, sino más bien sus consecuencias. Hay que atajar la dilapidación antes de que la situación patrimonial del derrochador sea tal que no pueda cumplir sus más elementales deberes familiares, o como dice CASTÁN, prefigurando la nueva concepción que de la prodigalidad hará la reforma de 1983: «que ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con perjuicio de aquellas personas a las que se reserva el ejercicio de la acción, unidas al pródigo por un vínculo estrechísimo de familia y con respecto a las cuales tiene éste obligaciones, morales y jurídicas, ineludibles» (Considerando quinto).

Obsérvese nuevamente, como ya apuntaba más arriba, cómo el autor va más allá de las meras expectativas legitimarias de los herederos forzosos, acercándose al concepto actual de protección de las obligaciones familiares.

CASTÁN se adelanta a la regulación que hará cuarenta y un años después el Código, porque construye un concepto congruente con el sentido usual o gramatical del vocablo «y con las exigencias de una interpretación finalista que tenga en cuenta los fundamentos o motivos de la institución jurídica de que se trata» (Considerando quinto). Y es que el fundamento de la prodigalidad no puede separarse de la protección de los familiares íntimos del pródigo.

(5) Analiza en detalle esta cuestión en la doctrina anterior a la reforma de la prodigalidad de octubre de 1983, BORREGO BELLIDO Fidel. *La prodigalidad como causa modificativa de la capacidad de obrar*, Tesis, Salamanca, 1975, págs. 444 a 469, y en la posterior es cuestión pacífica, cfr. mi trabajo *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona*, Tesis, Madrid, 1988, pág. 56.

Analizaré a continuación el concepto elaborado por CASTÁN (Considerando quinto): «Conducta desarreglada de la persona que por modo habitual disipa o compromete seriamente su patrimonio, ya por la propensión a los gastos inútiles o desproporcionados a su situación económico-social o bien por administrar sus bienes con descuido o ligereza, poniendo con ello en riesgo injustificado su caudal, en perjuicio de sus familiares más íntimos, cónyuge, descendientes o ascendientes.»

El autor describe perfectamente el contenido de la prodigalidad: una conducta que crea un riesgo o peligro. Y esa conducta consiste en gastos excesivos («disipa o compromete seriamente su patrimonio», «desproporcionados a su situación económico-social») e injustificados, o bien en un abandono de la conservación y administración del propio patrimonio.

En cuanto a la causa de esta conducta no tiene gran relevancia jurídica, entra en el campo de la motivación humana y CASTÁN le da un contenido amplio: «espíritu desordenado o desarreglo de costumbres»; en definitiva, reflexión, alocamiento, inmoralidad..., sin buscar el origen en la perturbación mental.

Puntualiza también este concepto la idea de habitualidad. Es una conducta humana con cierta continuidad, no basta un acto o actos aislados para configurar un comportamiento (6) y además debe haber desproporción cuantitativa respecto de la fortuna del disipador, es decir, una serie de gastos cuyo volumen se pueda tildar de derroche en relación a los medios de quien los realiza.

Pero CASTÁN da otra nota a estos gastos, la de que sean inútiles, esto es, injustificados. Aquí hay también una idea de desproporción, pero en este caso cualitativa entre el fin del gasto, su objeto, y el fin o destino natural y razonable de los medios económicos.

Es aquí donde la sociedad carga todo el peso de su reprobación, pues se puede tolerar e incluso aplaudir un gasto desproporcionado al patrimonio, pero que tenga una finalidad noble o altruista. Lo que no es admisible es esa conducta de derroche que persigue fines fútiles y vanos y perjudica a terceros. Es lo que CASTÁN llama conducta «desarreglada», lo que implica una desaprobación social.

Otra interesante aportación de la sentencia en estudio es lo de considerar que se puede incurrir en prodigalidad con una conducta pasiva, de descuido y ligereza en la administración de lo propio, incluyendo en el concepto de prodigalidad «toda la gama de los desórdenes económicos y todos los modos y formas de la disipación». Porque se puede efectivamente

(6) «Que esa conducta sea habitual, toda vez que los actos más o menos aislados y puramente circunstanciales, no pueden ser calificados como constitutivos de la condición jurídica de prodigalidad» (Considerando quinto)

derrochar gastando profusamente, o bien dejando perecer los propios bienes.

Distingue también el autor la conducta típica del pródigo de la meramente desafortunada en la gestión. No es pródigo el que realiza una gestión desafortunada, desafortunada o atrevida, como recoge la doctrina posterior.

Como ya he dicho, la prodigalidad, la conducta descrita, produce un riesgo o peligro de tal trascendencia que aconseja la intervención del Derecho para atajarlo. La declaración de prodigalidad tiene por objeto prevenir de este peligro (medida preservativa o preventiva según CASTÁN).

Este riesgo o peligro lo es del patrimonio del pródigo en perjuicio de su familia con la que éste tiene «obligaciones morales y jurídicas ineludibles».

La jurisprudencia, y en particular esta sentencia, no olvida que la declaración de prodigalidad protege la subsistencia de la familia tanto como sus expectativas hereditarias. Sin embargo, gran parte de la doctrina se centró en lo último y olvidó lo primero, que ha llegado a ser con la reforma del Código la única razón de protección.

Antes se protegía a los legitimarios en razón a su proximidad de parentesco y necesaria tutela de sus derechos económicos, en general, respecto del pródigo, no estrictamente en defensa de su legítima futura. Ahora —tras la reforma— se protegen los derechos económicos vitales: los de tipo alimenticio.

En otro lugar he dado el siguiente concepto de prodigalidad: conducta de la persona consistente en gastos excesivos e injustificados (o excepcionalmente en un total abandono en la conservación y administración de los propios bienes) que pone en peligro la prestación de alimentos en sentido amplio a sus alimentistas (que los estén percibiendo o en situación de reclamarlos) (7) y he recogido los conceptos de los autores actuales (8). Los considero en todo deudores del concepto que magistralmente elaboró CASTÁN.

Por último, he señalado también el gran paralelismo que encuentro entre esta sentencia de prodigalidad y la dictada por el mismo Ponente dos años más tarde sobre el abuso del derecho (14 febrero 1944) (9). En esta última, el abuso del derecho se configura como una conducta de ejercicio de un derecho por acción u omisión, en la que por extralimitación se produce un daño a tercero.

En la prodigalidad, el ejercicio del derecho de propiedad también se verifica con extralimitación (injustificadamente) y crea un riesgo. Por eso ante la prodigalidad, el Derecho adopta una medida preventiva que evite

(7) *La prodigalidad* ..., cit., págs. 68 y 69

(8) *Idem*, pág. 69, nota 288.

(9) *La prodigalidad*..., cit., págs. 75 y sigs

que el riesgo se materialice en daño, dada la trascendencia de la subsistencia de la familia, y ante el abuso del derecho, producido ya el daño, una medida indemnizatoria (reparación-sanción) y además medidas preventivas de la reiteración del daño. Me parece, en consecuencia, que a la prodigalidad se le puede atribuir naturaleza jurídica de abuso del derecho de propiedad.

En resumen, la sentencia de CASTÁN sobre prodigalidad deja perfectamente delimitado el concepto y fundamento de la figura, al tiempo que con las certeras puntualizaciones reseñadas, sitúa esta figura en su justo lugar, creando una doctrina minuciosamente seguida por los autores posteriores, y con vocación de perennidad, con los mínimos retoques que los tiempos demandan.

ANTONIO RODRÍGUEZ YNYESTO

Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil en ICADE

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

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

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

TESIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INTRODUCCION

I. SUPUESTO DE HECHO A ESTUDIAR

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. VENTA Y CESIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. DOS ERRORES DERIVADOS DE UN ERROR FUNDAMENTAL

Vaya por delante el decir que nunca he pretendido que se inscriba la cesión de la acción reivindicatoria con separación o independencia del derecho de propiedad, porque ésto es imposible legalmente, según creo haber probado en aquellos estudios.

Además, en ellos y en éste, me opongo a la interpretación de algunos autores, como VALLET DE GOYTISOLO, al que aún hoy sigue ALVAREZ CAPEROCHIPI, para quienes la cesión de la acción reivindicatoria sólo puede ser y sólo es la autorización para el ejercicio por el cesionario de la acción del cedente, y nunca puede ser ni es una cesión propiamente dicha, inmediatamente traslativa del derecho.

Es decir, me opongo a quienes entienden que, en el caso de compra al vendedor propietario desposeído, el comprador que conoce la desposesión no es propietario sino que sólo está facultado para ejercitar la acción reivindicatoria del vendedor, por lo que sólo llegará a ser propietario en el momento en que obtenga la posesión por tradición, y me opongo porque eso no es lo que dispone el Código Civil (art. 1.526).

Aunque, por algún tiempo y respecto del Derecho romano, lo creyera el genial IHERING, quien, al parecer, aún tiene fieles seguidores que mag-

nifican y quieren fortalecer el sentido social de la posesión y la función de la tradición, de tal manera que, a la vez, menosprecian el sentido social de la propiedad y minimizan y debilitan el sentido y eficacia de la inscripción registral (JOSÉ ANTONIO ALVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho inmobiliario registral*, Editorial Civitas, Madrid, 1986. En particular páginas 131 y 143).

La ley resultante de la evolución histórica secular (arts. 1.526 y 1.460, 2, por analogía) no obliga al vendedor propietario desposeído a que reivindique y recupere la posesión para poder entregarla al comprador, y preconiza que el comprador reivindique como propietario (S. 20 enero 1912). Claro que la ley no impide que el vendedor y el comprador puedan contratar, excepcionalmente, una cesión *impropia*, para que comprador reivindique por *autorización* del vendedor y recuperada la posesión para éste, seguidamente la adquiera para sí, tradición *brevi manu*.

Asimismo, es innecesario y resulta perturbador imaginar la existencia de una tradición *incorporal* o idealizada cuando el vendedor está desposeído y la venta se otorga en escritura pública, aunque sea ésta la opinión de los profesores LACRUZ Y ALBALADEJO, de MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 43), de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (*Derecho inmobiliario registral e hipotecario*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, t. I, págs. 661 a 671), y de otros muchos autores y profesionales del Derecho, como ANTONIO JOSÉ RAMOS BLANES: *La posesión y el Registro de la Propiedad*, Ciclo de conferencias del Centenario de la Ley de Bases del Código Civil, CNRP, Madrid, 1989, págs. 185 a 188).

Cuenta la fábula que todos los cortesanos de cámara elogian la sutil camisa de dormir que el Rey lleva puesta, hasta que la ingenua veracidad de un espectador advierte que el Rey está desnudo. Simboliza la verdad que *enmascara* dicha elucubración teórica, al magnificar la importancia de la posesión y de la tradición, hasta llegar a imaginar y ver la existencia de una tradición que no es transmisión de la posesión, de una tradición que no es tradición, para que el contrato quede imaginariamente vestido con la tradición y no desnudo de ella, porque, según el principio romano, los contratos desnudos de tradición no transmiten el dominio (*...dominia rerum non nudis pactis transferuntur*) —en todo caso, según interpretación conceptualista y no teleológica ni sistemática—, para no verse forzados los opinantes a reconocer que el Rey de los contratos desnudo de la tradición transmite el dominio desnudo de la posesión, aunque resulta conveniente que el Rey de los contratos se invista con el manto real de la escritura notarial, porque es prueba documental pública y aparente de su existencia y de su inmediata eficacia traslativa del derecho que no está investido con la posesión porque otra persona se ha apropiado de la

vestidura posesoria, que es prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho (art. 448, frente a arts. 348, 2, 1.526, 1 y 1.218).

El Rey de los derechos, desnudo de la posesión (no investido con la posesión de la cosa que tiene un poseedor en concepto de dueño) queda transmitido inmediatamente por el Rey de los contratos, solo, no acompañado con una adicional tradición que es imposible mientras no se recupere la posesión que tiene el tercero poseedor.

El Rey de los contratos, el contrato genéricamente nombrado *compraventa*, en tal caso se denomina, específicamente, contrato de *cesión* (de derecho incorporeal) y conviene que se invista con la escritura notarial, que será la prueba documental de su existencia y de su efectividad inmediata, de la transmisión del derecho del *verdadero* propietario *desposeído*, para oponerla a la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño, al *presunto* propietario en cuanto *poseedor*.

Imaginar lo que imaginan el profesor LACRUZ y sus seguidores es lo mismo, en realidad, que hacer caso omiso de la tradición en el caso contemplado, por lo que *parece* no andan descaminados los que patrocinan tal interpretación; precisamente, dicho caso es el único en que el derecho de propiedad se transmite voluntariamente por el contrato de venta sin mediar transmisión de la posesión, voluntaria (art. 1.095) o forzosa (art. 1.096, 1 y 2), como es lógico y legal (art. 1.526).

Pero no se transmite mediante una imaginaria tradición instrumental incorporeal o idealizada, que se dice visible en el artículo 1.462, 2, porque ni es tradición, ni es lógica, ni es legal, ni es jurisprudencial, y así, *en realidad*, andan descaminados quienes olvidan que, desde hace muchos siglos, el caso contemplado por ellos se denomina cesión de la acción reivindicatoria y bajo esta «advocación» está acogido en el artículo 1.526 del Código Civil, aunque tenga otros nombres más conocidos y tranquilizadores como el de venta por el propietario que no es el poseedor en concepto de dueño.

Se trata de dos errores, el de VALLET y el de LACRUZ, que, como otros muchos, nacen de un gran error conceptualista: del error de creer que el artículo 609, 2 excluye la posibilidad de la transmisión por venta sin tradición cuando el vendedor es el propietario pero no es el poseedor en concepto de dueño. Es el mismo error lógico en que incurrió IHERING al no interpretar sistemática y teleológicamente dos preceptos romanos (C. 4,39,9 y D. 6,1,63), forzando la interpretación de otro (D. 6,1,47), para mantener la interpretación conceptualista de otros dos (D. 41,1,31, pr. de PAULO, y C. 20,30,20).

El aludido error conceptualista, acerca del principio romano y acerca del Derecho español vigente, se demuestra con la interpretación histórica

y sistemática, lógica y teleológica, que expuse en mis dos anteriores estudios.

Es más, al error, literalista y sistemático, se oponen dos argumentos, literales y sistemáticos.

Si el artículo 609, párrafo segundo, se lee entero, no sólo su final sino también su principio, se comprueba que existen otros modos de adquirir el dominio, por transmisión, que no son la donación, ni la sucesión, ni la compraventa mediante la tradición, y que están regulados «por la ley», que en este caso concreto es la ley del Código Civil en general y, en particular, la ley del artículo 1.526, distinta de la ley del artículo 1.445, ambas leyes referentes al «contrato de compra y venta», pero una ley relativa a la venta que obliga a entregar la cosa poseída por el vendedor (art. 1.445) y la otra ley relativa a la venta (llamada cesión) que no obliga a entregar porque el objeto vendido no es una cosa poseída por el vendedor sino un derecho incorporal (art. 1.526), como el derecho de la propiedad sobre la cosa que otro posee en concepto de dueño (art. 348, 2).

Si el artículo 1.095 se lee sin olvidar el artículo siguiente, el artículo 1.096, 1, se deduce que la voluntad de entregar puede ser suplida por la ejecución forzosa judicial, lo que no puede ocurrir con el consentimiento contractual, dispositivo primordialmente, y obligatorio consecuentemente.

En la actualidad, se admite por todos que el artículo 1.526 incluye la cesión del crédito hipotecario, aunque el crédito sea lo principal y el derecho real no posesorio e incorporal de hipoteca sea lo accesorio, pero también se ha de admitir que el artículo incluye la cesión del derecho de propiedad incorporal (es decir, de la acción reivindicatoria) porque, en definitiva, la cesión de la acción reivindicatoria, con eficacia inmediata, mas que una excepción al «principio de la tradición» es una consecuencia necesaria del mismo, si se atiende a que es imposible la tradición actual de la posesión que no se tiene, y al fundamento probatorio de la exigencia de la tradición, para aquel que puede entregar (art. 448), pero no para el que no puede entregar porque está enfrentado al poseedor en concepto de dueño (art. 348, 2).

4. TERMINOLOGÍA Y EQUÍVOCOS

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

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

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

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

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

5. APLICACIÓN NOTARIAL Y REGISTRAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. ESTUDIOS ANTERIORES

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

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

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

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

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

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

CESION DE LA ACCION REIVINDICATORIA

EPÍLOGO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7. DOS TEORÍAS ERRÓNEAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RECAPITULACION ACTUALIZADA DE DOS ESTUDIOS ANTERIORES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El problema planteado tiene, teóricamente, dos soluciones alternativas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

propietario desposeído que decir se cede la acción reivindicatoria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

conceptualismo del negocio dispositivo abstracto de cesión imaginado por SAVIGNY.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Derecho subjetivo y acción, apariencia y prueba

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Contrato, forma y prueba

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Voluntad, tradición y cesión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante (v. pág. 577) insiste, diciendo que «se ha impugnado la tesis de que las enajenaciones de las acciones reivindicatorias de inmuebles están sujetas a inscripción... No hemos tenido nunca inconveniente en reformar una opinión después de haber sostenido otra diferente cuando estudios más profundos y concienzudos nos han hecho conocer que nos habíamos equivocado... Este es un deber de lealtad, una obligación de conciencia que no deben excusarse de llenar los que toman sobre sí la misión de escribir para el público. Pero en el caso actual no tenemos que corregirnos, sino, por el contrario, repetir una vez más que (las cesiones de) *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*» (en bastardilla el original, al que he antepuesto el entreparéntesis).

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

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

1.º En apoyo de su tesis, GÓMEZ DE LA SERNA (de quien no se ha de olvidar es el que defiende la necesidad de la tradición contra la tendencia afrancesada de GARCÍA GOYENA), afirma: «El célebre jurisconsulto PAULO dijo en un fragmento, que por su importancia ha sido colocado en el *Digesto* entre las reglas del Derecho: *Is qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (ley 15, tit. XVII, libro L del *Dig.*). Esta regla no debe ser entendida literalmente, porque sin duda es mejor tener la cosa que la acción, según concisamente, escribió POMPONIO (ley 204 del mismo título y libro); lo que quiere decir es que, por ficción del Derecho, el dominio de la cosa no poseída por el dueño está *reemplazado* por la acción reivindicatoria, a lo que es consiguiente que ésta tome el carácter de cosa inmueble cuando se refiere a la propiedad de cosas raíces. Esta ha sido la doctrina corriente entre los jurisconsultos de todas las épocas» (v. pág. 574).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Acaso por las razones que expuse en otra ocasión (v. pág. 583 y sigs.), el criterio auténtico de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA parecía olvidado y aun traicionado por la doctrina española, que prácticamente sólo ve en el artículo 1.526 la cesión de créditos. No obstante, como ya apunté (v. pág. 827), el profesor DÍEZ PICAZO observa que «de acuerdo con la técnica de nuestro Código, debe incluirse en la referida regulación —de la cesión— incluso la cesión de una acción, como, por ejemplo, la acción reivindicatoria».

Expone su opinión en un párrafo que estimo ha de entenderse referido a que «la transmisión se produce por el negocio consensual de cesión... como efecto del simple contrato» (pág. 793 de su obra citada), implicando que la denominada cesión de la acción reivindicatoria es la cesión del derecho de propiedad del que la acción deriva para su defensa y del que es inseparable negocialmente, por lo que en verdad se dice que se transmite el derecho de propiedad no acompañado de la posesión al decir que se transmite la acción; es decir, que no sólo se genera un derecho personal que autoriza al cesionario para el ejercicio de la acción del cedente, como entendía IHERING en 1857, al que siguen otros muchos y entre ellos VALLET DE GOYTISOLO, al que hoy se suma ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ

Del mismo párrafo resulta expresamente que el profesor DÍEZ PICAZO entiende que el contrato de cesión es un contrato consensual, es decir, que se perfecciona por el solo consentimiento, de manera que el artículo 1.526, 1, se refiere no a una forma esencial sino a la prueba del contrato de cesión.

En el mismo párrafo dice el profesor Díez Pícazo que el contrato de cesión es un contrato traslativo por sí solo, que la transmisión se produce como efecto de «simple contrato», acaso recordando la expresión *nudis pacts*, es decir, excluyendo la tradición, lo que determina la eficacia inmediata al desaparecer el condicionamiento suspensivo de la entrega.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obtención judicial de la posesión por el cesionario del dominio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) UNA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) DOS SISTEMAS VIGENTES, LATINO Y DE SAVIGNY

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Según este sistema e interpretación:

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

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

2.^a La tradición o entrega es la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Voluntad dispositiva y obligatoria

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Todo ello dicho sin afán exhaustivo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es más, si se pierde la cosa, se presume que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario (art. 1.183).

Si tiene la culpa, o no prueba que el hecho es fortuito, deberá entregar al comprador el dinero equivalente a la cosa e indemnizarle los daños y perjuicios, dentro de los límites marcados por las facultades moderadoras del Juez (art. 1.103).

La misma solución se aplica, aunque pruebe que la pérdida fue fortuita, cuando retrasó la entrega (*mora debitoris*, del art. 1.100, 3) o vendió a otro la misma cosa (art. 1.096, 3), responsabilidad que será exigible por el primer comprador, porque pierde la posibilidad de adquirir la cosa en cuanto la adquiere el segundo comprador de buena fe que recibe la entrega (art. 1.473, 1 y 3, parte 1.ª).

Se puede advertir así que al vendedor le conviene entregar inmediatamente la cosa, en cuanto quiera eludir la prueba del carácter fortuito de la pérdida sobrevenida, y le conviene no incurrir en mora de entrega (*mora debitoris*) si quiere evitar que se le impute la responsabilidad de la pérdida fortuita. De aquí la importancia de la consignación judicial de la cosa si el comprador se niega a recibirla, cuando el precio se ha cobrado o cuando se pretende cobrarlo oportunamente (CRISTÓBAL MONTES, Angel: «Los subrogados del pago», en *RCDI*, 1988, núm. 586, págs. 906 y sigs.). La consignación no es un simple ofrecimiento de entrega que sitúa al comprador en *mora creditoris* (art. 1.185, final), sino que es una verdadera transmisión de la posesión en concepto de dueño en el momento de la aprobación judicial (art. 1.180, 2).

Esta regulación del riesgo, del peligro de daño y de la esperanza de plusvalía, del *periculum* y del *commodum*, y la regulación del deber de conservar, implican que, en la práctica, el comprador es tratado por la ley como si fuera propietario desde la perfección de la compra, incluso en

caso de pérdida fortuita de la cosa, sin perjuicio de las consecuencias del deber de conservar y del deber de entregar que corresponden al vendedor.

2. Porque el comprador es un futuro propietario, condicional, desde el día en que se perfeccionó el contrato (art. 1.450), todos los *frutos*, incluso los entonces pendientes, pertenecen al comprador (art. 1.468, 2), mediante el cumplimiento de la obligación de entregar, la cosa y sus frutos (art. 1.095), que nace y es debida desde la perfección del contrato, pero que sólo es exigible, sinalagmáticamente, si el comprador ha pagado el precio o se ha aplazado el pago (art. 1.486).

3. Durante la situación de pendencia de la condición legal también hay que considerar la facultad de *disposición* del dominio, la venta de la cosa por el comprador o por el vendedor.

Si el comprador vende la cosa comprada pero aún no recibida, en realidad vende una cosa ajena, todavía, y será de aplicación lo expuesto con anterioridad acerca de la venta de cosa ajena. La cosa dejará de ser ajena en cuanto el comprador obtenga la posesión de ella, por tradición o por ejecución judicial si el cumplimiento es coactivo, si bien debe entregarla al subcomprador seguidamente, aunque sea por *constituto posesorio*.

Si el comprador vende la cosa comprada después de recibida pero antes de pagar el precio, cabe que esté cometiendo una defraudación al vendedor acreedor del precio, un fraude pauliano que más adelante se considerará.

Por otra parte, si el vendedor, antes de cumplir la obligación de entregar al comprador, vende la misma cosa a un segundo comprador, la atribución del derecho de propiedad tiene un tratamiento legal específico, el de la llamada doble venta (art. 1.473 y concordantes, penales y registrales).

Desde luego, el vendedor propietario no puede, lícitamente, vender dos veces la misma cosa, pues incumple lo acordado en la primera venta, y su conducta es delictiva si se realiza con dolo tipificado por el Código Penal. Si no resulta delictiva, puede ser por su culpa o por olvido más o menos negligente o porque considere ineficaz la primera venta. En cualquier caso, el Código Civil cuida de resolver la cuestión que se plantea entre los compradores sucesivos al mismo vendedor (art. 1.473).

2) *Al cumplirse* la condición legal suspensiva, al recibir la tradición de la cosa o al obtener la posesión por mediación judicial, el comprador deviene propietario de la cosa, en el mismo momento.

Cesa la obligación del vendedor de conservar la cosa respecto al futuro, sin perjuicio de la posible reclamación de responsabilidades imputables al mismo con anterioridad a la entrega.

Consolida su derecho sobre los frutos, incluso los pendientes al perfec-

cionarse la compra. Si el vendedor elude la entrega de algunos frutos separados y debidos al comprador, éste podrá pedir su entrega por el vendedor que ha incurrido en mora, pero no será propietario de ellos hasta que obtenga su posesión.

La cosa se ha de entregar con sus accesorios (art. 1.097), en el estado que tenía al comprar (art. 1.468, 2), conforme al principio *periculum est emptoris*.

La condición legal, ya se ha dicho, puede quedar cumplida voluntariamente, por el vendedor y por el comprador, conformes en que la tradición se ha realizado, o involuntariamente, por la puesta en posesión judicial supletoria de la entrega por el vendedor, y por la consignación judicial supletoria de la recepción por el comprador (arts. 1.176 y 1.180).

3) La condición legal queda *incumplida* cuando el comprador no puede obtener la posesión mediante ejecución judicial porque el vendedor, propietario poseedor, vende y entrega la cosa a un segundo comprador (si no se logra probar su mala fe y que se rescinda la segunda venta), en cuanto el segundo comprador de buena fe adquiere la propiedad, frustrando la posibilidad de que el *jus ad rem* del primer comprador pase a ser un *jus in re*.

En resumen, la compra a un vendedor poseedor, supuesta la subsistencia o no pérdida de la cosa que hace posible el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la condición legal, es eficaz, plenamente, en la práctica, desde el momento de la perfección en cuanto a los riesgos y en cuanto al disfrute.

Sin perjuicio de la posible frustración de la adquisición del derecho de propiedad (sobre la cosa o sobre los frutos de la misma) en caso de segunda venta (de la cosa o de sus frutos) a un comprador de buena fe y *accipiens* de la tradición, a favor de quien se cumple la condición legal de la entrega (art. 1.095); aparte de la responsabilidad del vendedor, pecuniaria e incluso penal, y salvados los efectos del principio de fe pública registral (art. 1.473, 2).

Al exigir la tradición adicional al contrato de compraventa para que sea efectiva la acordada transmisión del derecho de propiedad, la ley no hace más que continuar exigiendo lo que se ordenó en tiempos remotos, cuando a la sociedad le importaban más las cosas que los derechos sobre las cosas, cuando lo importante era el pacífico uso, disfrute y disposición de la cosa, el efectivo ejercicio sobre ella del señorío pleno, de hecho y de derecho, y cuando al legislador le importaba la fácil prueba del dominio deducida de la apariencia posesoria (art. 448), considerada al principio de este estudio.

Sólo los codificadores del pasado siglo preconizaron una transmisión de los derechos reales efectiva en el momento de manifestarse la voluntad

acordada de las partes contratantes y una posterior transmisión de la posesión para poder ejercitar con normalidad el derecho ya transmitido, generalizando la solución anteriormente vigente respecto a la venta por el propietario desposeído.

Nuestro ordenamiento, en cambio, continúa manteniendo la solución del Derecho romano evolucionado, pero de tal modo adecuada a las necesidades actuales que su resultado práctico es muy parecido al del sistema francés e italiano, y muy diferente al del sistema alemán, desviado de la trayectoria común romanista por las magistrales enseñanzas de SAVIGNY.

Conviene observar que, cuando se venda una finca en escritura pública, lo normal será que la venta se otorgue sin pacto que excluya el que la entrega ha quedado cumplida (art. 1.462, 2), al menos por acuerdo tácito de *constituto posesorio*, por lo que la situación de pendencia de la condición legal prácticamente tiene poco interés.

Por otra parte, si la finca no está inmatriculada, y la venta se formaliza en documento privado, y no se pacta expresamente la entrega por *constituto posesorio* (o *brevi manu*), la situación es equiparable a la resultante de un contrato de venta en el que se pacta una condición voluntaria suspensiva de la transmisión del dominio, aunque durante la situación de pendencia el comprador sea poseedor en concepto distinto al de dueño actual, que seguidamente se considerará.

Si la finca está inmatriculada, durante la situación de pendencia no es inscribible el *jus ad rem*, aunque puede ser anotada la demanda contra el titular registral vendedor por la que se pida la entrega, para evitar que, entre tanto, pueda llegar a inscribir y adquirir el dominio un segundo comprador de buena fe. Claro que esto se ha de referir al supuesto en que la venta primera está formalizada en documento privado, que habría de ser elevado a escritura pública para que se inscribiera la venta, o al insólito supuesto en que el otorgamiento de la venta en escritura pública, por pacto expreso o tácito, no implicara la entrega, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.462, 2.

c) *Condición voluntaria*. Conforme al Derecho anterior al Código Civil, la efectividad de la transmisión del dominio sobre la cosa vendida estaba condicionada al cumplimiento de dos requisitos o condiciones legales adicionales, complementarias del contrato. Perfeccionado el contrato, queda consumada la efectiva transmisión de la cosa en el momento del cumplimiento simultáneo de ambas condiciones legales o en el del cumplimiento de la más demorada.

El Código Civil, contra el proyecto de 1851, ratifica la vigencia de la condición legal suspensiva consistente en la obtención de la *posesión* en

concepto de dueño de la cosa por el comprador, mediante la dejación de la posesión por el vendedor (tradición) o, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por ejecución judicial de sentencia.

El Código Civil, conforme al proyecto de 1851, deroga la vigencia de la condición legal suspensiva consistente en la obtención de la *posesión* del dinero del precio por el vendedor, que estaba referida a la venta pura y simple, o sea, sin aplazamiento del pago del precio.

Ahora bien, el Código dispone que el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (arts. 1.466 y 1.467), y también dispone que el comprador debe pagar el precio en el momento en que se haga la entrega de la cosa, salvo pacto (art. 1.500, 2).

Además, faculta al vendedor, que ha entregado la cosa y aún no ha recibido el dinero del precio no sólo para exigir el cumplimiento forzoso ejecutando el patrimonio del comprador, para recibir el dinero que en él existe o el que se obtenga por la enajenación forzosa de otros bienes patrimoniales, sino también para rescindir el contrato, y obtener la *devolución* de la *posesión* de la cosa vendida y entregada por haber quedado sin causa la transmisión del dominio acordada, que se ha de considerar inoperante. Sin embargo, si un tercero es el poseedor en concepto de dueño por compra de buena fe a quien la adquirió por la venta rescindible, el tercero habrá adquirido la propiedad en firme y, aunque se declare rescindida la venta, el vendedor habrá perdido la propiedad y no podrá obtener la devolución de la posesión (art. 1.124, 4).

Pero el hecho del *pago* del precio puede configurarse voluntariamente, por pacto contractual, como requisito o condición voluntaria *suspensiva* de la transmisión del dominio y, en tal caso, la efectiva transmisión del derecho depende del cumplimiento de dos condiciones, la condición voluntaria o contractual y la condición legal, ambas de cumplimiento posterior al momento de la perfección del contrato, primero la voluntaria y después la legal. De esta manera queda garantizado el cobro del precio por el vendedor, aunque no queda garantizada la obtención de la propiedad de la cosa por el comprador, ante la posibilidad de que el vendedor contrate una segunda venta que vaya seguida de la entrega (art. 1.473, 3 y 1).

El cobro del precio por el vendedor que entregó la posesión de la cosa al comprador también puede quedar garantizado si se configurara el *impago* como condición resolutoria del contrato. Con esta solución, el comprador de finca inmatriculada puede evitar el riesgo de la doble venta si es diligente en la presentación a inscripción de su título de compra y entrega (art. 1.473, 2). Esta inscripción también garantiza al vendedor el cobro del

precio al impedir que el comprador intente eludir el pago vendiendo y entregando la finca a un subcomprador de buena fe (art. 34 LH).

1) Si se acuerda dicha condición *suspensiva*, el vendedor queda vinculado por su voluntad dispositiva, que sólo surtirá efecto traslativo si se cumple la condición, y quedan condicionados congruentemente los efectos obligatorios de la venta, pero sin que el vendedor quede liberado de su obligación de entregar y sin que la entrega deje de ser condición legal de la transmisión del derecho.

Aunque el pago del precio sea acto debido u obligado y aunque el comprador puede voluntariamente incumplir la obligación, la condición contractual es válida porque el incumplimiento de la condición no depende exclusivamente de la voluntad del deudor (art. 1.115), ya que la obligación de pagar el precio puede quedar incumplida contra su deseo, si le resulta imposible el pago, acaso por su estado de insolvencia o de falta de liquidez.

Pendiente el cumplimiento o incumplimiento de la condición, el vendedor bajo condición suspensiva, como ya ha dispuesto de su derecho condicionalmente, no puede disponer *libremente* del mismo.

El pacto de condición suspensiva implica que sólo cuando quede cumplida la condición suspensiva por el pago del precio será exigible la tradición traslativa de la posesión en concepto de dueño, de manera que el pago del precio antecede a la obtención de la posesión en concepto de dueño actual y a la adquisición del dominio.

Al efecto de quedar cumplida la tradición, importa el cambio en la apariencia de pertenencia del derecho al poseedor de hecho, pero sin olvidar que la posesión en concepto de dueño puede obtenerse por convenio de cambio del concepto en que se posee, sin modificar la situación de posesión de hecho inmediata.

La obligación de dar la posesión en concepto de dueño, normalmente, quedará realizada mediante *constituto posesorio condicional*, convenido al vender: el vendedor que aún no ha hecho la entrega, en el momento del cumplimiento de la condición pasa a ser poseedor en concepto distinto al de dueño, en principio como precarista. Pero también es posible que al vender se convenga una tradición *brevi manu condicional*: el vendedor, que ya ha hecho entrega al comprador como propietario futuro condicional, en el momento del cumplimiento de la condición el comprador pasa a ser poseedor en concepto de actual dueño de la cosa.

Cabe entender que, cuando la venta se otorga en escritura notarial, la deducción legal de haberse cumplido la entrega (art. 1.462, 2) no se refiere a la venta condicionada suspensivamente, por lo que conviene que conste

en la escritura el acuerdo expreso de *constituto posesorio condicional* o al acuerdo expreso de *tradición brevi manu condicional*.

Según el criterio del «legislador» PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el título adquisitivo de venta sometida a condición suspensiva puede ser inscrito en el Registro, porque el titular registral vendedor ha dispuesto de su derecho, aunque sea bajo condición suspensiva, y ya no es un propietario con facultad de libre disposición por cuanto el comprador pasará a ser el propietario actual en el momento en que se cumpla la condición voluntaria, que es suspensiva del efecto traslativo del *derecho* causado por la voluntad contractual, y que es suspensiva del efecto traslativo de la *posesión* causado por el acuerdo voluntario de cambio condicionado del concepto en que está poseyendo inmediatamente el vendedor (acuerdo de *constituto posesorio condicional*) o el comprador (acuerdo de *brevi manu traditio condicional*).

Las resoluciones de la DGRN que suelen citarse por los autores para apoyar la posibilidad de inscribir ventas sometidas a condición suspensiva no hacen más que admitir la posibilidad genérica de registrar títulos traslativos del dominio sujetos a condición suspensiva, al referirse a un legado de usufructo pendiente de aceptación, considerada como condición (R. 30 abril 1878), a una herencia que no ha sido objeto de aceptación expresa, considerada como condición (R. 22 enero 1898), o al pacto, consignado en la inscripción de hipoteca, según el cual el acreedor adquirirá la administración de la finca, que no produce el efecto de impedir actos dispositivos del dueño, ni el de provocar el cierre del Registro (R. 13 junio 1935). Ninguna se refiere a la venta sometida a la condición suspensiva voluntaria que afecta a la transmisión del dominio de la finca.

Con carácter general se resolvió que «adoleciendo de imprecisión la redacción de una condición en la escritura, el Registrador no puede dar cumplimiento a la regla 6.^a del artículo 51 del Reglamento Hipotecario que exige la copia literal en el asiento de las condiciones de toda clase que afecten al derecho que se inscribe» (R. 14 abril 1969), y para todo lo referente a estas inscripciones puede servir de orientación analógica lo dispuesto respecto a las obligaciones sujetas a condición suspensiva garantizadas con hipoteca (arts. 142 y 143 LH).

El hecho en que consiste el cumplimiento de la condición, así como el hecho en que consiste el incumplimiento de la condición, podrá ser *probado* mediante acta notarial, a menos que incluya alguna declaración de voluntad que deba constar en escritura notarial; sin perjuicio de la aplicación analógica de lo dispuesto respecto a las obligaciones condicionales garantizadas con hipoteca (art. 238 LH). Será conveniente que la escritura de venta aclare la manera de probar tanto el cumplimiento como el incumplimiento de la condición.

El *cumplimiento* de la condición suspensiva se hará constar por nota al margen de la inscripción de la compra con eficacia traslativa condicionada suspensivamente (art. 23 LH), porque queda consolidada la transmisión registrada a favor del comprador.

El *incumplimiento* de la condición suspensiva se hará constar mediante una nueva inscripción a favor del vendedor, porque ha claudicado la transmisión registrada a favor del comprador, al igual que se ha de registrar el cumplimiento de la condición resolutoria practicando una nueva inscripción a favor del vendedor, de la que resulte la claudicación de la transmisión registrada con anterioridad a favor del comprador (artículo 23 LH).

Como ya se ha dicho, la condición voluntaria en la compraventa tiene distinto sentido en el Derecho español que en el Derecho alemán.

Según el Derecho alemán se puede condicionar suspensivamente el negocio obligatorio, el contrato de Venta, y no se puede condicionar el negocio dispositivo de una finca, de manera que el cumplimiento de la condición sólo afecta a obligaciones y no a disposiciones, sólo tiene eficacia personal y no eficacia real, determina el momento de la exigibilidad de la obligación de disponer del dominio de una finca, de transmitirlo, por el negocio dispositivo inmobiliario.

Según el Derecho español, en cambio, se condiciona la voluntad contractual, primariamente dispositiva y consecuentemente obligatoria, de manera que el cumplimiento de la condición determina el momento de la exigibilidad de la obligación de entregar la posesión en concepto de dueño para que quede cumplida la condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio contratada.

Según el Derecho español, se inscribe el título de compra bajo condición suspensiva con *acuerdo condicional* de transmisión de la posesión por *constituto futuro* o *brevi manu futuro*, acuerdo probado mediante la misma escritura notarial de venta (art. 1.462, 2, si no hay pacto expreso en contra).

La inscripción de la *venta* acordada bajo condición suspensiva ha de ser admisible si se quiere evitar el perjuicio que podría padecer el comprador si el vendedor otorgara una segunda venta no condicionada y seguida de tradición que accediera al Registro antes de que se pudiera presentar a inscripción la primera venta (art. 1.473, 2).

Por la misma razón, será inscribible la *cesión* del derecho del propietario desposeído sometida a condición suspensiva, en su caso.

El *Registro de ventas a plazos de bienes muebles*, que se lleva en los Registros Mercantiles, incluye «las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles y perfectamente identificables en las que figura el pacto de reserva de dominio... [art. 2, a), de O. 15 noviembre 1982, y

art. 6. n. 12, de L. 17 julio 1965), aplicables a automóviles y otros vehículos, objeto de venta seguida de la entrega de la posesión inmediata de la cosa, aunque no en concepto de dueño actual, ya que el comprador, hasta que pague el precio, sólo es un propietario futuro condicional y sólo posee en tal concepto, pues, entre tanto, el vendedor se ha reservado el dominio y su derecho es oponible a tercero subadquirente (art. 23 de la Ley citada).

En cambio, por el contrato de *leasing* que, en principio, habría de tener por objeto bienes industriales o comerciales de pronta obsolescencia, frente a la entidad financiera (prestamista), el financiado (prestatario) sólo es, contractualmente, un arrendatario con un derecho personal de opción de compra por un pequeño valor residual de la cosa, ya que sólo se puede ejercitar la opción después de haber pagado —como plazo de un arriendo breve— la totalidad del precio y de los gastos de la compra por la entidad financiera, más los intereses correspondientes, de manera que, entre tanto, el financiado sólo tiene un derecho personal de arrendamiento y nunca un derecho de propiedad por compra, aunque sea bajo la condición suspensiva del total pago del precio, y la entidad financiera, para el caso de impago del crédito subyacente, no necesita una garantía hipotecaria o pignoraticia, que tendría que ejecutar dada la prohibición del pacto de comiso, que así queda eludida.

2) Cuando, al perfeccionarse la venta, se acuerda que el *impago* del precio será *condición resolutoria* del efecto traslativo del dominio de la cosa vendida, el vendedor y el comprador vinculan condicionalmente sus voluntades, la de disposición de la cosa en reciprocidad de la adquisición del dinero y la de disposición del dinero en reciprocidad de la adquisición de la cosa.

La venta surtirá efecto traslativo del derecho de dominio al comprador en el momento del cumplimiento de la condición legal de obtención de la posesión en concepto de dueño. Pero, si se cumple la condición resolutoria el vendedor será considerado como si nunca hubiera dejado de ser propietario. En consecuencia, la transferencia de la posesión al comprador lo será en concepto de dueño actual pero con titularidad dominical resoluble, no pura y simple.

Si la condición resolutoria queda incumplida definitivamente, el comprador consolida la adquisición del derecho de propiedad desde el momento en que recibió la posesión, de manera que debe ser considerado como un propietario adquirente por compra pura y simple, mediante entrega. En el mismo momento, queda modificado el concepto en que poseía el comprador, que pasa a ser un normal poseedor en concepto de dueño, como lo sería por compra pura y simple seguida de entrega.

Si la condición resolutoria queda cumplida, la transmisión del dominio

queda desvirtuada, por claudicación (*causam finitam*) o ineficacia sobrevenida de su causa, es decir, del contrato de venta, como si el contrato nunca hubiera existido, de manera que el vendedor debe ser considerado como un propietario que nunca ha dejado de serlo; es decir, que no readquiere el dominio como ocurriría si se hubiera convenido y cumplido una retroventa seguida de tradición. El vendedor acaso necesitará pedir la *devolución de la posesión* inmediata de la cosa, pero no necesita pedir la *retrotransmisión de la propiedad*.

Al cumplirse la condición, el comprador, que obtuvo la posesión en concepto de dueño condicional, pasa a ser poseedor en concepto distinto al de dueño, normalmente como precarista, por acuerdo de *constituto posesorio* convenido al perfeccionarse el contrato y para el supuesto de resolución.

Queda probado el título adquisitivo (de venta bajo condición resolutoria, seguida de entrega) cuando se formaliza la venta en escritura pública, porque se entiende cumplida la entrega (art. 1.462, 2).

En la inscripción registral se transcribirá la condición resolutoria acordada (art. 9, 1, 2.^a, LH, y art. 51, regla 6.^a, RH).

Las escrituras notariales suelen prever cómo ha de probarse el cumplimiento de la condición, para que se practique nueva inscripción a favor del que vendió bajo la condición resolutoria que ha quedado cumplida (art. 23 LH y art. 59 RH), y también cómo ha de probarse el incumplimiento de la condición resolutoria, para que se haga constar por nota al margen de la inscripción de la compra (art. 23 LH y art. 56 RH).

Ahora bien, debe ser escrupulosa la calificación de esta prueba porque ha de acreditar la extinción de un derecho condicional del vendedor (normalmente en función de garantía del cobro del precio aplazado) o la extinción de un derecho condicional del titular registral actual del dominio.

En principio, si el comprador se opone a la resolución por falta de pago, habría de ser el juez quien declarara si se ha incumplido la obligación de pagar el precio y con qué alcance, teniendo en cuenta la reciprocidad de sus consecuencias y, concretamente, la obligación del vendedor de devolver o consignar la cantidad recibida a cuenta del precio y la posible necesidad de interpretar y moderar cláusulas penales abusivas, lo que supone una limitación a tener en cuenta cuando se ha de aplicar lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario (art. 59 RH).

El vendedor ha de ejercitar su acción personal (que nace de la venta y del cumplimiento de la condición) directamente contra el comprador y, además, en su caso, contra los subadquirentes, porque también queda resuelta su adquisición (*resoluto jure dantis resolvitur jus concessum*), excepto si están amparados por la fe pública registral. Así pues, el vende-

dor no ha de ejercitar una acción reivindicatoria contra el poseedor en concepto de dueño, a menos que éste lo sea por título distinto al del comprador o subadquiriendo del comprador.

Los contratantes podrán convenir, expresamente, que el impago del precio producirá la resolución, de la venta y de la transmisión del dominio, de pleno derecho, es decir, por el solo hecho del incumplimiento y según lo convenido legalmente, sin que el vendedor tenga que manifestar su opción por desistir del contrato en vez de exigir el cumplimiento, quedando así excluida la posibilidad de que el comprador demore injustamente el pago del precio (art. 1.504).

Ahora bien, el vendedor ha de notificar, notarial o judicialmente, al comprador, su voluntad de considerar resuelto el contrato, a menos que el comprador pague el precio en el acto de la notificación, que el precepto legal configura como un último requerimiento de pago, de tal manera que si, en el acto del requerimiento, el comprador se opone a la resolución, el juez no podrá concederle nuevo plazo para pagar el precio, a diferencia de lo que ocurre cuando no se ha pactado dicha resolución de pleno derecho y es posible que el juez conceda al comprador un nuevo plazo para el pago del precio, caso de «haber causas justificadas» (art. 1.124).

En el supuesto del artículo 1.504, la resolución afecta a terceros subadquirentes, aunque lo sean por compra y de buena fe, porque se trata de una verdadera condición resolutoria voluntaria.

Claro que esta condición resolutoria *sólo* si se registra (por transcripción en el cuerpo de la inscripción del título de compra) al quedar cumplida perjudicará a tercero registral inscrito, al que sea comprador a un titular registral, a menos que hubiese comprado de mala fe y no quede amparado como el que confía en la apariencia registral (art. 34 LH).

Se trata de una verdadera condición resolutoria porque el impago del precio no depende exclusivamente de la voluntad del deudor que incumple su obligación de pagarlo (art. 1.115), pues también puede dejar de cumplirla contra su deseo, si le resulta imposible pagar el precio. Ahora bien, el vendedor que considera resuelta la venta no tiene que entrar a considerar si el impago es voluntario o involuntario: le basta afirmar que el comprador no ha pagado, supuesto que el comprador no puede probar que la afirmación no es cierta.

Según el Derecho alemán, si se condiciona resolutoriamente el contrato de Venta de una finca en caso de impago del precio, cumplida la condición procede que el comprador, quien obtuvo el dominio por negocio dispositivo acuerde y actúe con el vendedor una nueva *Auflassung* por la que el vendedor vuelva a ser propietario, sin perjuicio de haber pertenecido al comprador en el periodo intermedio.

3) En resumen, en el Derecho español, durante la pendencia de la condición, sea suspensiva, sea resolutoria, coexisten dos titulares condicionales del dominio: el titular *actual* condicional, que será el vendedor con condición suspensiva y será el comprador con condición resolutoria, y otro titular condicional, que será el comprador bajo condición suspensiva (titular *futuro* potencial) y será el vendedor bajo condición resolutoria (titular *pretérito* anterior).

Lo que se ha de considerar prioritariamente es el supuesto de *cumplimiento*. Cuando se trata del cumplimiento de una condición *suspensiva*, éste es un requisito voluntario pero necesario para la *efectividad traslativa* de la venta, determinante del momento en que puede ser exigida la entrega para que al adquirir la posesión quede adquirido el dominio. Cuando se trata del cumplimiento de una condición *resolutoria*, éste es *causa de ineficacia*, causa de *resolución*, del contrato de venta.

El cumplimiento de la condición *suspensiva* ha de ir seguido de la tradición, al menos por *constituto posesorio* o *brevi manu* acordados al contratar, para que quede cumplida la transmisión del dominio contratada. El cumplimiento de la condición *resolutoria* implica que el vendedor nunca ha dejado de ser propietario, de manera que el comprador, que nunca ha llegado a ser propietario, debe *devolver* la posesión al vendedor, que es el verdadero dueño como lo era al vender.

Cuando se cumple la condición resolutoria, el comprador no está obligado a *entregar* la posesión en concepto de dueño para que el vendedor *readquiera* el dominio, que es lo que ocurre en el Derecho alemán.

En este sentido, no se ha de confundir la venta con eficacia traslativa sometida a *condición* resolutoria (arts. 1.504, 1.505) con la venta que faculta al vendedor a *readquirir* la propiedad en los términos estipulados para el *retracto convencional* (arts. 1.507 y sigs.), que afecta a tercero civil y a tercero registral si consta inscrito el derecho a retraer (art. 1.510).

Cuando ROLANDINO se interrogaba acerca de cómo el vendedor, en el supuesto de cumplimiento de la condición resolutoria de la venta, es propietario antes de obtener la entrega, con aparente incumplimiento del requisito de la tradición complementaria de la venta, parece que no advertía el alcance del cumplimiento de la condición como causa de ineficacia sobrevenida de la venta.

No es lo mismo el cumplimiento de la condición que determina el fin de la suspensión de la *eficacia* del contrato que pervive, que el cumplimiento de la condición que determina la *ineficacia* del contrato que se resuelve.

d) *Contrato de venta de cosa y tradición*

La solución española es muy diferente a la solución alemana.

1. En el Código alemán, inspirado en el criterio de SAVIGNY respecto a la interpretación del Derecho romano, para la transmisión del dominio de la cosa *mueble* del vendedor, la Venta es un negocio obligatorio, un contrato, que obliga a dar, en el sentido de que obliga a transmitir el dominio y la posesión, mediante el posterior negocio dispositivo denominado Tradición, que es un acuerdo dispositivo real manifestado en forma de transmisión de la posesión, por el que se transmite el dominio.

En el supuesto de incumplimiento de la obligación de entregar la posesión, para que se transmita el dominio por virtud del acuerdo real, se plantea la cuestión de interpretar si el acuerdo real aún no se ha alcanzado o puede considerarse tácitamente convenido al tiempo de contratar la Venta, de manera que se pueda compeler al vendedor a la entrega, fundada en un acuerdo real anterior a ella. Lo primero a considerar es el negocio dispositivo Tradición, que por sí solo transmite el dominio, con abstracción inicial de su causa, del contrato de Venta, que sólo ha de ser considerado, en segundo plano, para corregir el posible enriquecimiento sin causa contractual.

El dominio queda transmitido al transmitir la posesión por efecto del acuerdo real subyacente, y la transmisión del dominio perdura pese a la ineficacia del contrato (porque la disposición se configura como no derivativa, en principio) y pese a la falta de derecho del vendedor poseedor que se apropia la cosa ajena y transmite su posesión (mediante el negocio Tradición), a quien confía en que el derecho pertenece al poseedor que le transmite la posesión.

En su caso, la devolución del dominio de la cosa al poseedor que formalizó Tradición dispositiva requiere la formalización de una nueva Tradición dispositiva, de sentido opuesto, una retrotradición dispositiva.

En el Código español, para la transmisión del dominio de la cosa mueble o inmueble propiedad del vendedor, la venta es un contrato primordialmente dispositivo, es el acuerdo de la voluntad dispositiva del vendedor y de la voluntad adquisitiva del comprador, que, consecuentemente, obliga a dar, en el sentido de que —excepto cuando el vendedor está desposeído— obliga a transmitir la posesión en concepto de dueño de la cosa para que quede transmitido el dominio, por causa de la venta, en el momento en que obtenga la posesión el comprador, al cumplirse esta condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio contratada: condición que puede quedar cumplida por las voluntades (no contractuales) del vendedor y del comprador, mediante la entrega y la recepción de la posesión, o sea mediante la tradición o, en defecto de

acuerdo traditorio, puede quedar cumplida forzosamente, aun contra la voluntad del vendedor, mediante la puesta en posesión por ejecución judicial de sentencia firme. Lo primario es el contrato de venta que transmite el dominio, en el momento del cumplimiento obligado de la tradición, que puede ser suplida judicialmente.

Según el Código alemán, el vendedor de cosa mueble queda obligado a dar, a realizar la Tradición alemana, a transmitir el dominio mediante el posterior negocio dispositivo Tradición, es decir, queda obligado a disponer. Así, el comprador es un simple acreedor, titular de un derecho personal a que se le transmita el dominio mediante acuerdo dispositivo posterior, que puede no alcanzarse, quedando incumplida la obligación de dar, la de transmisión del dominio, al no quedar realizada la Tradición dispositiva traslativa.

Según el Código español, el vendedor no queda obligado a disponer del dominio, sino que dispone de su derecho contractualmente, contrata su enajenación y transmisión; contractualmente enajena y transmite el dominio, aunque bajo la condición legal suspensiva de quedar transmitida la posesión, cuando la tiene el vendedor, no cuando la tiene un tercero. Así el comprador es el titular futuro y condicional del dominio por causa de compraventa, y tiene derecho y acción personal para conseguir el cumplimiento de la condición legal suspensiva de la efectividad de la transmisión del dominio, mediante la voluntaria entrega de la posesión por el vendedor o, en su defecto, mediante la supletoria y forzosa puesta en posesión por ejecución judicial. Por esto, la tradición española no es un negocio que pueda quedar abstraído de la venta.

Según el Código alemán, la voluntad dispositiva acordada no radica en el contrato, aunque puede acompañar al contrato, sino que normalmente se manifiesta en el momento de la transmisión voluntaria de la posesión.

Según el Código español, la voluntad dispositiva acordada es el contrato, que obliga a entregar si el vendedor es poseedor en concepto de dueño (art. 1.445) porque se presume que el poseedor en concepto de dueño es el verdadero propietario (art. 448), pero que no obliga a entregar si el vendedor está desposeído porque un tercero posee en concepto de dueño (art. 1.526 y art. 348, 2).

Hay que pensar que, históricamente, en el uso del lenguaje forense, decir poseedor (en concepto de dueño) equivale a decir (más que propietario presunto) propietario *indiscutido*, que no ha de litigar para defenderse de una acción interdictal o reivindicatoria. El comprador está en posesión en cuanto posee en concepto de dueño pacíficamente, por justa causa (art. 1.462, 1), al menos presunta (art. 448). A esta posesión del propietario, cuando no tiene título probatorio de la pertenencia del derecho, se refiere

la información posesoria inmatriculadora de la Ley Hipotecaria de 1861.

Resumiendo: El sistema alemán distingue, el contrato obligacional, que obliga a transmitir el dominio, y la tradición dispositiva del dominio, que lo transmite por acuerdo real al transmitirse la posesión. El sistema español distingue, el contrato dispositivo y obligacional, que transmite el dominio y que obliga a entregar la posesión, y la tradición que es el cumplimiento voluntario de la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño, pues la ley condiciona la efectividad de la transmisión del dominio a la obtención de la posesión porque hasta entonces no se puede ejercitar el dominio, y entre tanto la presunción probatoria ampara al vendedor y no al comprador (art. 448).

2. En el Derecho alemán, el negocio jurídico dispositivo Tradición se acuerda *solvendi causa*, como pago de una obligación de dar el dominio, nacida, en su caso, de un contrato de venta, aunque el negocio dispositivo real Tradición queda abstraído del contrato de Venta que es su causa, del que nace la obligación de dar el dominio y de dar la posesión.

La Tradición puede hacerse *sin expresar* el contrato causa (abstracción *formal*), aunque la Tradición surte efecto traslativo con independencia inicial de la existencia del contrato *manifestado* como causa (abstracción *sustantiva*). Pero no cabe decir que la causa de la tradición es el pago de una obligación, sin más, porque la causa es el contrato del que nace la obligación que se paga con la Tradición.

Se hace Tradición abstracta por causa de pago de una obligación no abstraída del negocio obligacional del que nace, salvando el negocio abstracto de constitución de obligación por promesa o reconocimiento de deuda, formalmente manifestada.

En el Derecho español, la tradición, en cuanto es una simple actuación material o un acuerdo de traspaso posesorio (por *constituto* o *brevi manu*), no puede ser abstracta sustantivamente. Formalmente se puede abstraer la expresión de la causa de la que nace la obligación de dar la posesión en concepto de dueño (arts. 1.088, 1.089), que se quiere cumplir haciendo tradición (art. 1.095), pero la actuación traditoria, en cuanto cumplimiento de una condición legal suspensiva del efecto contratado, no está abstraída del contrato, de manera que no hay transmisión de la propiedad cuando resulta que hubo error porque se entregó cosa que nunca se debió entregar o porque ya estaba pagada la obligación mediante entrega anterior de otra cosa (cuando se trata de dinero o cosa «fungible»), «pero aquel a quien se pida la *devolución* (de la posesión en concepto de dueño de la cosa, que no la retrotransmisión del *dominio* de la cosa) puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa (deber de consecuencia u otra obligación natural) (art. 1.901).

En este sentido, no se puede decir, sin más, que el pago de una obliga-

ción es la causa de la tradición. Se aclara que la dación de una cosa en pago de un crédito dinerario, la adjudicación en pago de una suma de dinero, no es el pago de una obligación de entregar la posesión de una cosa específica (que se entrega), sino un *subrogado* del pago del crédito dinerario, no es una compra o una permuta de la cosa a cambio de la transmisión del crédito dinerario, porque el crédito queda extinguido al hacer la dación en pago (v. estudio de Angel CRISTÓBAL MONTES «Los subrogados del pago», en *RCDI*, mayo-junio 1988, págs. 852 y sigs.).

El Código Civil califica como cuasi contratos a las actuaciones lícitas que, no siendo contratos, según alguna ley, son fuente o causa de obligaciones y derechos personales correlativos (art. 1.887).

Así, considera que existe un *cuasi contrato de pago y «cobro de lo indebido»*, *por error*, en la actuación de dos personas de las que una entrega y otra recibe la posesión en concepto de dueño de una cosa, por creer el primero que está obligado a realizar la tradición por causa de un contrato y por creer el segundo que tiene derecho a recibir la tradición por cualquier «otra justa causa» distinta de la que cree el *tradens*. En tal supuesto, no puede decirse que el cambio de poseedor en concepto de dueño de la cosa entregada y recibida se realizó en cumplimiento de una obligación nacida de un contrato cierto que sea causa de transmisión del dominio de la cosa, y la ley dispone que quien recibió la *posesión* está obligado a devolverla a quien hizo la entrega (arts. 1.895 a 1.901).

Si el *accipiens* no actúa devolviendo la cosa al *tradens*, éste podrá judicialmente pretender la *devolución*.

La prueba de la entrega y la prueba del error por el que hizo la entrega incumbe al que afirma haberla hecho (art. 1.900).

Si el demandado niega haber recibido la cosa reclamada, bastará que el demandante pruebe la entrega para que se considere probado el error manifestado (art. 1.900).

Cuando el demandado no niega haber recibido la cosa (art. 1.901), la ley presume que hubo error si el demandante prueba que nunca estuvo obligado a la entrega por la causa que manifiesta tuvo en consideración al hacer la entrega, no expresada a quien la recibió, o que la obligación de entregar que tuvo por dicha causa ya estaba pagada con la correspondiente entrega de otra cosa, cuando lo debido fue una cosa genérica, en particular dinero «fungible» o consumible.

Sin embargo, el demandado que recibió la entrega y se niega a la devolución pretendida podrá alegar e intentar probar que la entrega de la posesión en concepto de dueño de la cosa se le hizo «a título de liberalidad o por otra causa justa» (art. 1.901), es decir, a consecuencia de cualquier supuesto de hecho legal del que nació su derecho a recibir la entrega para adquirir el dominio.

Esto es así porque la ley no exige que al realizar una tradición se manifieste su causa, porque hay abstracción formal.

Los principales *supuestos* que pueden subsumirse en el supuesto genérico normativo son el de entrega de cosa específica por causa errónea de venta con recepción por causa errónea de donación, y el de entrega de dinero (de cierta cantidad de moneda con un determinado valor nominal) por causa errónea de préstamo mutuo con recepción por causa errónea de donación (cuando el *accipiens* cree ser donatario del *tradens* que cree haber contratado un préstamo). En ambos casos, en principio, hay que entender que los implicados actúan verdaderamente de buena fe, por error.

1.º El primer supuesto es el más importante a considerar, concretamente cuando el *accipiens*, que cree ser propietario de la cosa específica, la vende y entrega a un tercero, asimismo de buena fe, que cree comprar al verdadero dueño. En tal caso, la solución legal es que el dinero del precio queda como subrogado real de la cosa y el que hizo la entrega errónea sólo tiene derecho a que se le devuelva el precio cobrado o a que se le ceda la acción contra el comprador para hacerlo efectivo cuando aún no ha pagado el comprador a su vendedor (art. 1.897).

Es decir, la ley considera que el comprador, que recibió la posesión por tradición del que fue *accipiens* del verdadero propietario, pasa a ser el nuevo propietario, aunque la cosa no pertenecía al vendedor.

Esta solución puede ser considerada como una excepción al principio general de adquisición derivativa, similar a la excepción ordenada para el caso, paralelo o análogo, en que la rescisión declarada de un contrato (en este caso sería un cuasi contrato) no perjudica, por derivación o propagación, a un subcomprador, a menos que sea de mala fe (art. 1.295, 2).

Es decir, la ley no dispone que se trate de un supuesto de nulidad o resolución de un *cuasi contrato*, sino de rescisión de un *cuasi contrato*, de una relación personal voluntaria y lícita extracontractual, que *no* nace de las voluntades contractuales de las partes implicadas, sino que nace de las voluntades de las partes actantes de la tradición en que se materializa el cuasi contrato.

Esta solución implica que sólo queda exceptuado de la devolución de la cosa el comprador de buena fe, por cuanto «se presume celebrados en fraude de acreedores —en este caso del acreedor a la devolución de la posesión— todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes» (art. 1.297). En

este caso, el acreedor defraudado, perjudicado, es quien tiene derecho a la devolución de la posesión de la cosa, en principio.

El comprador que hubiere actuado de mala fe, probada, no está facultado para negarse a la devolución que se le pide y responde de los daños y perjuicios si por cualquier causa le fuere imposible devolverla (art. 1.298).

Obsérvese que la protección al tercero comprador no se funda en la protección a la confianza en la apariencia posesoria, no se funda en que es poseedor que obtuvo la posesión de otro poseedor anterior en concepto de dueño, sino que se funda en que es un poseedor *titulado*, un tercero con título de adquisición (cierto y no sólo presunto en cuanto poseedor), un tercero poseedor con título de adquisición que no deviene ineficaz por derivación de la ineficacia del título de adquisición de su causante, con título que no queda rescindido al quedar rescindido el título del vendedor.

La solución no es la que resulta de configurar la tradición como un negocio abstracto de su causa conforme a las ideas de SAVIGNY. Hay que pensar que aún no había sido aprobado el Código Civil alemán de 1896 cuando se publicó el español vigente de 1889, que, con las variaciones reconocidas, no hace más que cristalizar el Proyecto que FLORENCIO GARCÍA GOYENA elaboró en 1851, cuando la interpretación del Derecho romano imaginada por SAVIGNY y fomentada por sus discípulos aún no había tenido ocasión de ser conocida y de fraguar en España.

Pensar que el legislador español de 1889 recoge en el artículo 1.901, en relación con el artículo 1.897, la «teoría» de SAVIGNY acerca del pseudo-romano negocio dispositivo abstracto de transmisión mobiliaria por tradición, es pensar en algo que el pueblo alemán rechaza, pero que, afortunadamente, no encaja en el sistema y el ordenamiento jurídico español vigente.

En el Derecho alemán, el que recibe la tradición, por error acerca de la causa, es propietario, incluso respecto a quien le entregó la cosa por error acerca de la causa, y como propietario transmite su derecho por tradición a un tercero, acaso por causa de venta.

En el Derecho español, el tercero comprador de buena fe es tratado como si hubiera comprado al verdadero dueño, que deja de serlo pero tiene derecho al precio.

El Código Civil protege al tercero civil comprador de buena fe frente a la acción rescisoria del título del vendedor, impidiendo su propagación por derivación, al igual que la Ley Hipotecaria de 1861 dispuso la inoponibilidad a un tercero registral de buena fe de la acción rescisoria del título del vendedor, a menos que constara anotada la demanda de rescisión.

2.º En el supuesto de la entrega en *préstamo* y de la recepción, por error, como *donación*, hay que distinguir la entrega de cosa específica en comodato y la entrega de dinero en préstamo mutuo.

Por contrato de préstamo *comodato* no se acuerdan las dos recíprocas disposiciones traslativas del dominio, de la cosa y del dinero, que se acuerdan al vender, sino que se constituye a favor del prestatario comodatario un derecho personal al uso de la cosa mueble específica del prestamista comodante, sin retribución, sino gratuitamente, porque el derecho de uso retributivo de cosa mueble específica es un alquiler.

Si el propietario entrega en comodato a quien cree recibir una donación, el cuasi contrato implica la obligación para el pseudocomodatario-donatario de devolver la posesión de la cosa que él creía tener en concepto de dueño por donación. Si de buena fe vendió a un comprador de buena fe será aplicable lo dispuesto en el artículo 1.897. La situación no se ha de confundir con la de venta y entrega a un tercero de la cosa que el comodatario por contrato se apropia indebidamente, porque entonces, aunque el comprador sea de buena fe, el verdadero propietario podrá reivindicar y recobrar la cosa, según el Tribunal Supremo, contra la opinión germanizante más extendida (art. 464, 1).

En cambio, por contrato de préstamo *mutuo* se constituye a favor del prestatario un derecho personal al uso de dinero del prestamista, un uso que por referirse a cosa «fungible», que se consume por el uso conforme a su destino, implica que la propiedad de las específicas monedas que se entregan como capital del préstamo pasa a pertenecer al prestatario por tradición a causa de préstamo (sea esta entrega o no lo sea constitutiva de la perfección del contrato), y también que el prestatario, una vez *usado* y consumido el dinero conforme a lo pactado, a cambio de un precio o interés (fruto civil del dinero), debe devolver el mismo capital nominal que recibió, configurado como un capital *ajeno* (del prestamista), pero transmitiendo la propiedad de las específicas monedas representativas del capital, por causa de préstamo vencido y mediante tradición, en forma más o menos simbólica y «desmaterializada».

Si el propietario entrega en préstamo mutuo a quien cree recibir una donación, el cuasi contrato implica la obligación para el pseudoprestatario-donatario de devolver el capital recibido. En este caso no cabe que aparezca la figura del tercero comprador, pero sí podría existir una disposición o un consumo fraudulento del dinero recibido.

A propósito de esto, cabe decir que, según el Derecho alemán, el negocio abstracto de *promesa de deuda* implica la abstracción formal y sustantiva o de la eficacia vinculante de una obligación que ha nacido con anterioridad por causa de contrato u otra fuente de obligación personal pecuniaria, mientras que en el Derecho español la promesa de pagar una

deuda es simple reconocimiento de la existencia de una obligación pecuniaria, con abstracción formal de su causa, sin expresión de la causa que, en caso de entrega de dinero (*solvendi causa*), puede dar lugar a una situación de cuasi contrato de pago de lo indebido por error (art. 1.901).

Acerca del tema de la posibilidad o imposibilidad del negocio dispositivo abstracto, según las ideas de SAVIGNY legalizadas en el Código Civil alemán, en el ordenamiento jurídico español son de gran interés *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, de LUIS DíEZ-PICAZO y de MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (Madrid, 1988. Ed. Civitas, S. A.). Por su reciente publicación no he podido considerar otro sobre *El pago de lo indebido y la transmisión de la propiedad por tradición en el sistema del Código Civil español*, de CARMEN VILA RIBAS (Barcelona, 1989. Librería Bosch).

Algunas conclusiones a destacar son las siguientes:

En el Derecho español la tradición cumple, simultáneamente, dos funciones: la esencial de posibilitar el ejercicio normal del derecho comparado y la adicional de determinar el momento de la transmisión del derecho del vendedor al comprador.

Pero la tradición no es, *siempre*, requisito de la transmisión por venta del dominio del vendedor, por cuanto si el propietario es poseedor en concepto de dueño de la cosa pero se niega a entregar, el traspaso posesorio puede conseguirse por mediación judicial, sin tradición, pues sólo ficticiamente se puede denominar tradición al traspaso posesorio forzoso o coactivo, y porque, si el propietario no es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, la transmisión del dominio se realiza en el momento de la perfección del contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal.

Por otra parte, la tradición se puede cumplir por simple acuerdo de constituto posesorio (art. 1.463).

Es más, si el contrato de compraventa se otorga en escritura notarial, la tradición se considera cumplida, al menos por constituto posesorio tácito (art. 1.462, 2).

En ningún caso el traspaso posesorio en forma de un acuerdo real de transmisión del derecho, a diferencia de la tradición de SAVIGNY, porque el contrato de compraventa es el acuerdo traslativo del derecho, y del contrato nacen las obligaciones ordenadas a lograr la efectividad de la transmisión del derecho.

La tradición ha de ser entendida con estas limitaciones legales, sin desorbitar su sentido y sus funciones, sin magnificarla ni mitificarla.

B) CONTRATO DE CESIÓN QUE NO OBLIGA A ENTREGAR (art. 1.526)

1. La palabra *cesión* es *equivoca*, ante todo porque designa, por sí sola, el *contrato* de cesión o venta de derecho incorporal y el *efecto transmisivo* o traslativo del contrato de cesión, es decir, la *transmisión* del derecho incorporal por efecto del contrato de cesión.

El significado prioritario es el de *contrato* de cesión, por contraposición para distinguir el contrato de *venta* en sentido estricto o venta de cosa (*venditio rei*) del contrato de *cesión* o venta de derecho incorporal o de acción (*cessio actionis*).

Pero también es usual el significado de *efecto transmisivo*, para distinguir la *transmisión* en sentido estricto o transmisión de cosa, de la *cesión* o transmisión de derecho incorporal.

El Código Civil alude al efecto transmisivo en el epígrafe del capítulo que trata «de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales», por contrato de venta, o contrato de cesión de propiamente dicha (capítulo VII del título IV, que trata «del contrato de compra y venta»), pero alude al contrato de cesión en los artículos que comprende el capítulo (arts. 1.526 a 1.536), al referirse a «la cesión de un crédito, derecho o acción...» (art. 1.526), a la cesión de un crédito (arts. 1.527 y 1.530), a la venta o cesión de un crédito (arts. 1.528 y 1.536), a la venta, al vendedor cedente, y al comprador cesionario (arts. 1.528 y 1.531 a 1.535).

En la doctrina civilista suele darse poco relieve al contrato de cesión, como compraventa especial de derecho incorporal, que ontológicamente no obliga a entregar, algo que se ignora o se olvida, mientras que se da gran relieve a la transmisión de los créditos en la Parte General del Derecho de obligaciones.

La palabra *cesión* también se utiliza para significar una transmisión, aunque no sea por contrato de cesión, de un derecho distinto al de propiedad privada de una cosa o a un derecho real cuasi posesorio.

2. La palabra *cosa* significa derecho de propiedad acompañado o investido con la posesión en concepto de dueño, y la palabra *acción* significa derecho incorporal, definido como derecho que no está acompañado o investido con la posesión o cuasi posesión de su objeto, bien circunstancialmente, porque el propietario está desposeído, o bien esencialmente, porque no se trata de un derecho posesorio o cuasi posesorio, como ocurre con un crédito.

Según la letra del epígrafe legal citado, es claro que el contrato de cesión tiene por *objeto* derechos incorporales, y es claro que los derechos de crédito son los de más relieve, aunque también hay «otros derechos incorporales» que, ante todo, serán los derechos reales incorporales, tanto por su naturaleza excluyente de una cuasi posesión y usucapión (así el de

hipoteca y el de prenda, que se ceden a la vez que el crédito del que son accesorios, según el art. 1.528), como su situación actual de desposesión, cuando se trata de derechos reales posesorios, o cuasi posesorios, sobre todo del derecho del propietario desposeído, pero también el derecho del usufrutuuario desposeído por un tercero. Lo que no responde a un criterio caprichoso sino histórico, referido a la contraposición entre la *venta* que obliga a entregar la posesión, en concepto de dueño, o la cuasi posesión, correspondiente a un derecho real parcial posesorio (no en concepto de dueño), y la *cesión* que no obliga a entregar, que excluye la obligación de hacer tradición, porque en razón de su objeto, ontológicamente, es imposible la entrega, esencialmente (de un crédito) o en la actualidad (de una propiedad en situación de desposesión), aunque no quede excluido el acatamiento a la vinculación contractual de la voluntad dispositiva, y a sus obligaciones correspondientes.

Por razones históricas, la cesión se refiere, en el Código Civil, con evidente sinonimia, a las acciones inseparables negocialmente de los respectivos derechos incorporales que defienden (incluso a las acciones negociables con independencia del derecho matriz, referidas a facultades o poderes secundarios derivados del mismo).

Ahora bien, las acciones cesibles, en principio, se refieren a derechos que no se están ejercitando en juicio, que no son derechos litigiosos, aunque puedan serlo (art. 1.355, 2).

Dado que *la venta con obligación de entregar sólo puede referirse a cosas corporales*, es decir, al derecho de propiedad y a los derechos reales cuasi posesorios, siempre que estén acompañados de la posesión o cuasi posesión actual sobre alguna cosa corporal, *todos los demás bienes son objeto de cesión y no de venta*. Así, históricamente, se contrapone la venta de *cosa* a la cesión de *acción*, personal (crédito) o real, la reivindicatoria, sinónima del derecho del propietario desposeído.

Es claro que el propietario despojado de hecho podrá intentar recuperar la posesión, dentro del año siguiente al despojo de hecho, ejercitando la acción interdictal recuperatoria, que es de carácter posesorio, fundada en su posesión anterior. Pero si vende antes de transcurrir el año no existirá un contrato de venta con obligación de entregar, sino que existirá un contrato de cesión de su derecho incorporal, del derecho sin la posesión, porque el vendedor no puede entregar sin recuperar la posesión, para lo que ha de litigar contra el poseedor de hecho, reivindicando o ejercitando la acción interdictal recuperatoria, *antes de vender*.

Al vender dispone de su derecho, como la tiene, sin la posesión de hecho, y así lo acepta el comprador que conoce la situación de desposesión de hecho, de manera que el vendedor ya no puede actuar en juicio, ni como propietario, ejercitando la acción reivindicatoria, ni como poseedor

que fue, ejercitando la acción interdictal recuperatoria, porque ha dispuesto del derecho con todas sus acciones, las derivadas del mismo y las derivadas de su situación posesoria.

Pero el comprador, aunque no fue el despojado de hecho, sí que puede ejercitar la acción interdictal, por cuanto en la demanda se «ofrecerá información para acreditar: 1.º Hallarse el reclamante *o su causante* en la posesión o en la tenencia de la cosa; 2.º que ha sido ... despojado de su posesión o tenencia...» (art. 1.652 y arts. 1.654, 1.656, 2, 1.658, 2 y 3, 1.659 LEC).

Este es otro argumento para fundamentar que la venta, en caso de desposesión del vendedor, incluso de simple hecho, es inmediatamente traslativa (art. 1.526).

El artículo 1.462, 1, no es obstáculo, porque se refiere al poseedor de hecho y de derecho, que hace entrega de la posesión de hecho y de la posesión de derecho, es decir, en concepto de dueño, pacífica.

Así pues, durante dicho primer año desde el despojo, el cesionario puede ejercitar no sólo la acción reivindicatoria, sino también la acción interdictal, pero no la acción de desahucio, porque nunca ha tenido la posesión *real* según dice la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por tanto, la situación de desposesión, en cuanto se refiere a la relación entre el comprador y el tercero poseedor tiene peculiaridades destacables durante un año, en el período inicial de la desposesión (art. 1.652 LEC) y en el período final de la posesión por el despojante, antes de la consumación de la usucapión (art. 36, 1, LH).

A este propósito conviene observar que, según la ley, el contrato de cesión transmite inmediatamente un derecho incorporal *con todo su contenido* de facultades, deberes y acciones, por lo que la cesión del derecho del verdadero propietario desposeído, aunque históricamente pero con sinonimia se denomina cesión de la acción reivindicatoria (art. 348, 2), incluye *todas las acciones* que al tiempo de la cesión, a modo de accesorios (art. 1.528), corresponden al cedente por razón de su propiedad sobre la cosa, incluso las acciones posesorias *interdictales* y las acciones *personales que afectan a la pertenencia del derecho*, sobre todo las de devolución de la posesión, las rescisorias o de reducción del precio por defecto desconocido de la cosa (así, art. 1.484), la rescisoria por incumplimiento de contrato (art. 1.124) y las de nulidad o resolución, que puedan implicar una devolución de la posesión de la cosa a su verdadero dueño.

Desde luego, se ha de tener en cuenta que los derechos incorporales pueden ser transmitidos o cedidos no sólo por el contrato de compraventa denominado contrato de cesión, sino también por otros contratos traslativos, como el de permuta, el de obra nueva a realizar, o el de sociedad, es decir, por los otros «ciertos contratos» traslativos (art. 609, 2, al final).

pero no mediante tradición, por razón de su objeto, lo que se ha de referir, sin duda alguna, al derecho del propietario desposeído. Además, el derecho incorporal puede ser objeto de disposición no sólo contractual, sino también por donación o testamento (art. 609, 2).

La cesión del derecho del propietario desposeído se ha de referir tanto a cosas inmuebles, a fincas, estén inmatriculadas en el Registro o no lo estén, como a *cosas muebles*, en el ámbito en que sea posible su reivindicación, por lo que conviene hacer algunas observaciones.

El artículo 464 distingue claramente la venta mercantil y la venta civil, al tratar de la posibilidad de reivindicar la cosa poseída por un comprador de buena fe, que desconoce la falta de derecho del vendedor.

La venta mercantil, por comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, o en mercado, feria o Bolsa, causará «prescripción de derecho», es decir, irreivindicabilidad de la mercadería (art. 85 C. de Co.) y de la moneda del precio (art. 86 C. de Co.), o sea, una adquisición *a non dominio*, inmediata, por tercer adquirente a título oneroso y de buena fe (art. 464, 4).

En cuanto a la venta civil, «la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe —por el comprador— *equivale a título*» (art. 464, 1, punto primero) por presunción legal *juris tantum* (art. 448) (y la venta otorgada en escritura pública *equivale* la *entrega*, según el art. 1.462, 2). Es decir, que el poseedor en concepto de dueño, de buena fe, que se presume mientras no se pruebe el conocimiento de la falta de derecho del vendedor, se ha de considerar que lo es por justo título adquisitivo del derecho de propiedad, por compra y entrega, mientras no se pruebe en juicio que es otro el propietario.

Por ello, el propietario puede reclamar y obtener la devolución de la cosa que hubiere perdido o de la que hubiese sido privado ilegalmente, por sustracción (robo o hurto) o por apropiación indebida (del depositario o del comodatario, por ejemplo), contra quien la posee por compra, aun siendo de buena fe (art. 464, 1, punto segundo).

No obstante, para recuperar la posesión de la cosa propia que el poseedor compró, en venta pública, al que la halló o al que la sustrajo (robó o hurtó), habrá de reembolsar al poseedor por compra del precio dado por ella, sin perjuicio de reclamarlo al que le vendió indebidamente. Con ello se protege al comprador, de buena fe, de la cosa que el propietario perdió o que le fue robada o hurtada (art. 462, 2).

Esta solución parece fundada en la dificultad para el comprador en venta pública de identificar al vendedor que la había encontrado o sustraído, de manera que el propietario recuperará la cosa de su propiedad, que puede tener gran valor para él, pero se ha de arriesgar a perder el precio reembolsado, que puede ser muy inferior al valor real. En definitiva, la

solución, respecto al comprador es similar a la que se aplica al cesionario de un crédito litigioso (arts. 1.535 y 1.536), porque ahora se trata de la venta y entrega de una cosa antes de ser judicialmente reivindicada por el propietario no poseedor. Precisamente paralela a la situación contemplada por el «legislador» FLORENCIO GARCÍA GOYENA, quien, al preguntarse por qué ha de aplicarse el denominado «retracto anastasiano» sólo a créditos litigiosos cedidos y no, también, a la cesión de la acción reivindicatoria, ya litigiosa confirma que, según criterio auténtico, del «legislador», la cesión del derecho de propiedad, incorporal y controvertido, está incluida entre los supuestos contemplados por el artículo 1.526, 1, del Código Civil.

De manera análoga, el reivindicante de cosa empeñada en Monte de Piedad, para recuperar la cosa que ha probado ser de su propiedad, ha de anticipar el reintegro debido por el empeño, incluso los intereses vencidos (art. 463, 3).

La solución del apartado segundo del artículo 464 no incluye la cosa comprada a quien se la apropió indebidamente, pero no por hallazgo ni por sustracción, acaso porque puede ser más fácilmente identificado por el comprador, que será quien ha de reclamar por acción personal de compra el precio que pagó por ella, conforme a las normas generales del saneamiento en caso de evicción del derecho.

La obligación de devolver nace, en estos casos, no de cumplimiento o incumplimiento contractual, sino de acto ilícito.

Desde luego, el propietario puede actuar penalmente contra el que encontró la cosa y se la apropió, o se la sustrajo, o se la apropió indebidamente, en los supuestos tipificados por el Código Penal, y, en su caso, contra los cómplices y encubridores, como podría ser el comprador de mala fe.

Pero tratándose de la apropiación por el depositario o por el comodatario, si no se ejercita la acción penal, lo procedente es ejercitar la acción personal del depósito o comodato contra el depositario o comodatario obligado a devolver la posesión de la cosa, y, a la vez, contra el poseedor causahabiente (sobre todo por compra), de buena o de mala fe; aunque será necesario ejercitar la acción reivindicatoria cuando la acción personal resulta inapropiada por ser desconocido el tracto derivativo entre el poseedor actual y el depositario o comodatario.

Con estas mismas limitaciones a la reivindicación, el propietario desposeído puede vender su derecho de propiedad, es decir, ceder su acción reivindicatoria (art. 1.526, 1), mientras que el poseedor puede vender y entregar (arts. 448 y 464), aunque sea injustamente.

La posibilidad de reivindicar, que es conforme a la interpretación jurisprudencial, no germanista, pese a lo mucho escrito por autores espe-

cializados en el tema, es importante si la cosa es muy valiosa, como una obra de arte o una piedra preciosa identificable, cuando se la apropió indebidamente y la vendió persona no comerciante que la custodiaba o la tenía en préstamo de uso.

En cuanto al derecho de propiedad sobre una «cosa perdida», es decir, en paradero ignorado, de la que se perdió la posesión (art. 461), estimo que puede ser objeto de cesión, porque, mientras el derecho no se pierda también, por el propietario actual, es un derecho incorporal, un derecho no acompañado de la posesión, y la cesión se refiere a los derechos incorporales, sin exclusión (art. 1.526).

La doctrina mercantilista, disociada de la civilista en el Derecho español, estudia la cesión o transmisión de créditos incorporados a un *título valor*, derechos originariamente incorporales por su propia esencia pero corporalizados, cosificados, representados por un documento, del que es aparente propietario, a la vez que es aparente acreedor, el poseedor legítimo, por tradición o entrega del documento, aunque se exija una adicional fórmula de endoso o transmisión sobre el mismo documento.

Pero se suele dar poco relieve al contrato, de venta o cesión por el que se transmite o cede el crédito al hacer tradición del documento, aunque el contrato ya no es de pura cesión porque el derecho esencialmente incorporal ha quedado incorporado, corporalizado en un documento del que se transmite la propiedad como si se tratara de una cosa poseída por el vendedor o cedente.

Tampoco se insiste en diferenciar el sistema alemán con su negocio dispositivo de créditos y acciones denominado Cesión, y con su Tradición, negocio dispositivo, de cosa mueble y ahora de crédito corporalizado o de documento que corporaliza el crédito, negocio abstraído legalmente del contrato de venta que es su causa, frente al sistema español en que la tradición no es más que la transmisión de la posesión de una cosa, aunque ésta sea un documento que legitima al poseedor del mismo como titular del crédito, incorporado, siempre que la tradición sea consiguiente a un contrato traslativo y obligatorio (u otra justa causa de la transmisión de la propiedad) respecto al cual no cabe hablar de abstracción causal, aunque sea sin perjuicio de la defensa de terceros compradores confiados en la apariencia posesoria y documental.

Por otra parte, los resguardos o certificados de depósito de mercancías, que prueban una relación contractual entre el propietario depositante y el depositario, al menos indiciariamente prueban la propiedad de las mercancías poseídas en concepto de dueño por el depositante, y la transmisión de la posesión del documento puede ser una forma de tradición de las mercancías si consta probado un contrato causa de la transmisión del dominio, al que puede acompañar el certificado, sin perjuicio de hacer

constar en el mismo certificado la causa de la transmisión de las mercancías depositadas (por analogía con el art. 1.463, respecto a la entrega de la llave del almacén).

También se han de considerar la cesión de la acción o *participación social* en una sociedad anónima como derecho esencialmente incorporal, aunque incorporado por imperativo legal a un título valor, la «acción», porque la legislación especial bursátil y fiscal, así como la doctrina, considera con preferencia el aspecto de la entrega o transmisión de la posesión del documento, sin profundizar suficientemente en el contrato de venta u otra justa causa del traspaso de la participación que el documento incorpora y representa, con implicaciones en la competencia para la documentación de la causa por profesionales bursátiles o por Notarios.

A mi entender, también es posible la cesión de las titularidades condicionales de derechos reales, como la del que compra bajo condición suspensiva o la del que vende con condición resolutoria, antes del cumplimiento de las condiciones, o, incluso, la del que compra pura y simplemente, antes de cumplirse la condición legal de la entrega (art. 1.095), al igual que el vendedor puede ceder su acción o derecho para el cobro del precio o el prestamista puede ceder su acción o derecho a recibir la devolución del capital prestado.

Por otra parte, la transmisión por precio alzado de varias cosas específicas se rige por la normativa del contrato de venta en sentido estricto (arts. 1.491, 1.492), mientras que la venta de un *conjunto de bienes*, compuesto o integrado por varias «partes» o bienes de diversa índole (cosas, derechos reales parciales, posesorios, o *derechos posesorios en situación de desposesión*, créditos y deudas, etc.), que pueden no estar enumerados (art. 1.531), se configura legalmente como un contrato de cesión, un título universal de venta, una venta de una universalidad de bienes, o sea, la cesión, de «una herencia» (arts. 1.531, 1.533, 1.534), o de «la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos» (art. 1.532), o de la participación ganancial del cónyuge supérstite, antiguos mayorazgos, etc.

En consecuencia, procede aplicar la normativa general sobre venta de derechos incorporales (art. 1.526), lo que implica no sólo la innecesidad de la descripción singular o individualizada de los componentes del conjunto (art. 1.531 y art. 14, 3, LH), sin perjuicio del correspondiente inventario adicional o *a posteriori*, sino también la eficacia probatoria contra tercero de la correspondiente documentación, pública o privada, del contrato (art. 1.526, 1), y la inaplicación del régimen específico para la transmisión de cada uno de los componentes, tanto si se trata de cosas, de las que se transmite la propiedad sin tradición, ni específica, ni genérica, al igual que si se tratara de un derecho de propiedad no acompañado de posesión, como si se tratara de créditos figurados en letras de cambio, etc., sin

perjuicio de la obligación del cedente de facilitar la toma de posesión, o la documentación del crédito al cesionario; aparte, la ley cuida el resaltar las especiales características de la llamada obligación de garantía o saneamiento, referida a la cualidad de heredero (art. 1.531) o a la responsabilidad por la evicción del todo o de la mayor parte del conjunto de bienes cedido (art. 1.532).

El régimen de la cesión universal será aplicable, por analogía, a otros títulos traslativos universales, como los de fusión o absorción de sociedades, trasposos patrimoniales entre entidades, etc.

En cualquier caso, cuando la cesión se formaliza en escritura notarial es claro que la escritura prueba el contrato y la entrega de los bienes poseídos por el cedente (art. 1.462, 2).

3. El artículo 1.445, primero que trata del contrato de venta en sentido estricto, alude a la obligación esencial del vendedor, la de entregar la posesión de la cosa que posee, pero no alude a la forma ni a la prueba de la venta, que se rigen por las normas generales para los contratos consensuales (art. 1.450).

Por contra, el artículo 1.526, primero que trata del contrato de cesión y único que tiene carácter general, no alude a la obligación de entregar, porque éste es un contrato de compraventa en sentido genérico, de cambio de algún objeto contractual por dinero, pero especial en cuanto su objeto es un derecho incorporal, es decir, un derecho no acompañado de posesión, incluso un derecho posesorio en situación actual de desposesión, y ontológicamente no cabe hablar de una entrega o transmisión de la posesión, que la ley no exige ni necesita excluir expresamente.

El mismo artículo 1.526 tampoco se refiere a la *forma* del contrato de cesión, pues, con carácter general, el contrato de compraventa se rige por las normas sobre forma de los contratos (arts. 1.278 a 1.280), según las cuales deben constar en documento público los «contratos que tengan por objeto la... transmisión... de derechos reales sobre bienes inmuebles» (art. 1.280, 1, 1.º), así como «la *cesión* de acciones o derechos procedentes de un contrato consignado en escritura pública» (art. 1.280, 1, 6.º), supuesto este último en el que se ha de incluir la cesión del derecho de propiedad, no acompañado de la posesión, por quien adquirió el derecho de propiedad y la posesión de una finca por compra y entrega (art. 1.280, 1, 1.º, y art. 1.460, 2) (así como también la cesión de los derechos hereditarios o de la participación en gananciales, según el art. 1.280, 1, 4.º).

Tal exigencia de documento público se ha de acomodar a la norma general de libertad contractual de forma (art. 1.278), y a la posibilidad

de suplir la documentación *a posteriori* de la perfección del contrato (art. 1.279), sin perjuicio de su validez y eficacia.

Es decir, que la ley no exige forma esencial, constitutiva del contrato de cesión.

En cambio, el artículo 1.526, 1, sí alude a la *prueba* del contrato de cesión y del efecto transmisivo, es decir, de la transmisión que queda realizada en el momento de su perfección. La transmisión del derecho, por ser éste incorporal, no queda probada y publicada por la posesión, a diferencia de lo que ocurre con la transmisión de la propiedad de una cosa por compra y entrega o ejecución judicial (arts. 1.095 y 1.096; art. 448), y como la prueba del contrato de cesión se rige por las normas generales para los contratos, resultaba conveniente destacarlo, haciendo expresa remisión a los preceptos que regulan, para los contratos en general, la prueba documental, pública (art. 1.218) o privada (art. 1.227), contra tercero civil.

De esta manera se confirma, a la vez, que el efecto transmisivo del derecho queda producido en el momento de la perfección del contrato, y que, desde entonces, el cesionario es el nuevo titular civil del derecho incorporal cedido, que adquiere por título de cesión, sin tradición, ontológicamente excluida.

Es decir, la ley recuerda que la prueba de la transmisión, al no ser aplicable la presunción posesoria (art. 448) ha de consistir, primariamente, en la prueba plena documental preconstituida al juicio. Sobre todo contra el tercero poseedor, sujeto pasivo de la acción reivindicatoria, pues se trata de la transmisión de un derecho real (art. 1.280, 1, 1.º) y el derecho del propietario cedente consta «consignado» en escritura pública (art. 1.280, 1, 6.º).

Sin perjuicio de la prueba en juicio por otros medios, como la prueba por testigos de la cesión verbal.

Además, esta prueba documental, al igual que ocurre respecto a la del contrato de venta, es necesaria para lograr la *inscripción* en el Registro de la Propiedad, inscripción que determina la eficacia del título traslativo, por cesión, contra tercero registral, desde la fecha de la presentación del documento o título probatorio (art. 1.526, 2, en relación con el art. 1.537 y el art. 606), impidiendo que pueda prevalecer un segundo comprador más diligente en la presentación (art. 32 LH), como muy bien argumentaba PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA respecto a la cesión del derecho de propiedad del titular registral desposeído; inscripción en la que, desde luego, procede que no conste la situación de desposesión del vendedor (art. 5 LH). Lo mismo cabe decir del título de venta o cesión de crédito hipotecario, una vez inscrito, respecto a otro título de cesión del mismo

crédito que hubiera sido otorgado con posterioridad y no hubiera sido presentado con anterioridad en el Diario del Registro.

Por todo ello, resulta contrario a la ley entender que la escritura notarial que documenta el contrato de cesión es una forma constitutiva del contrato, como tampoco lo es la tradición para la transmisión del dominio, pese a la opinión de algunos autores (art. 1.462, 2), y también resulta contrario a la ley entender que la escritura, como la posesión iniciada por la tradición, es una forma publicitaria de la transmisión del dominio, y necesaria porque el dominio afecta a terceros y no sólo a las partes contratantes.

4. El contrato de cesión, por razón de su objeto (ontológicamente), y legalmente, se configura, como un contrato de compraventa que *no obliga al vendedor a entregar*. El legislador no impone obligaciones imposibles y por esto una «ley» especial regula un contrato de compraventa que no impone al vendedor la obligación de entregar en todos aquellos supuestos en que el vendedor no es poseedor de una cosa y, por tanto, no puede realizar la tradición o entrega, la transmisión de la posesión (arts. 1.526 a 1.536).

En consecuencia, el contrato de cesión surte su efecto traslativo inmediatamente, en el momento de su perfección, porque su efectividad actual no está sometida a condición legal suspensiva; ni a una entrega ontológicamente imposible ni a otra condición, como el pago del precio o la notificación.

La exclusión de la obligación de entregar no impide que, como contrato de compraventa, sea *fuentes de obligaciones* para el vendedor y el comprador, las que, si no hay norma especial aplicable (arts. 1.526 a 1.536), resultarán ordenadas por las normas aplicables al contrato de venta de cosa, aunque modalizadas por el objeto incorporal y la consecuente exclusión de la obligación de entregar.

a) Así, el contrato de cesión obliga al *vendedor* o cedente a realizar todo lo necesario para que el comprador o cesionario pueda ejercitar el derecho comprado o cedido, ya adquirido, y, por tanto, a facilitar la documentación, de la cesión y del derecho cedido.

Asimismo, el vendedor o cedente responde de la efectividad de la transmisión acordada, al igual que el vendedor de cosa está «obligado» a garantizar o sanear el derecho, y responde de la existencia y pertenencia del derecho cedido; aunque el alcance de esta responsabilidad ha de ser adecuado a la naturaleza del derecho cedido, por lo que el Código cuida el precisar la garantía respecto a un crédito cedido (arts. 1.529 y 1.530) y sus derechos accesorios (art. 1.528), a una herencia (art. 1.531, en relación

con los arts. 1.533, relativo a los frutos, y 1.534, relativo a las deudas), o a un conjunto patrimonial (art. 1.522).

En cuanto al derecho de propiedad incorporal, el cedente responderá de la pertenencia del derecho que cede, adquirido por el título que dice tener, y regirán, por analogía, los preceptos referentes al saneamiento por evicción de la cosa poseída por el vendedor y por el comprador vencido (arts. 1.475 y sigs.), con los pactos acordados (art. 1.475, 3), entre los que puede estar el de la cesión del derecho como dudoso a efectos de moderación de la indemnización.

Claro que en la compraventa ordinaria, el comprador poseedor actúa como demandado por un tercero reivindicante que dice ser el propietario de la cosa comprada, mientras que el cesionario es quien, como reivindicante, ha de demandar al poseedor, por lo que al cesionario le conviene convenir el auxilio procesal del cedente, del *otor*, según preceptos que son aplicables no sólo al comprador demandado, sino también al comprador demandante (arts. 1.481, 1.482, conforme a la opinión de MANRESA).

Por otra parte, los efectos de la evicción, conforme a la ley y a lo pactado, son distintos según que el comprador conociera la situación de desposesión del vendedor al tiempo de la perfección del contrato de cesión o de aparente de venta de cosa, o la desconociera, y al conocerla después no desistiera del contrato (art. 1.460, 2).

También habrá que tener en cuenta los preceptos sobre rendición de cuentas por el poseedor vencido, al cesionario y no al cedente (arts. 451 a 458), e incluso los relativos a la garantía por defectos de la cosa de la que se ha recuperado la posesión (art. 1.484 y sigs.).

b) En cuanto a la obligación del *comprador* o cesionario de pagar el precio, conviene tener en cuenta que, al igual que en la venta, el pago del precio no condiciona la transmisión, pero en la venta dicho pago condiciona la exigibilidad de la entrega cuando ésta es posible, mientras que en la cesión este condicionamiento, como es lógico, no existe.

El conocimiento de la desposesión inducirá al vendedor a cobrar el precio en el momento de la perfección del contrato, que es el de la transmisión del dominio, o a aplazar el cobro pero con alguna garantía.

El comprador que desconocía la desposesión tendrá que decidir si desiste del contrato, cuando es verbal o consta en documento privado, considerando que no ha pagado o que es dudoso pueda recobrar el precio pagado si sufre la evicción, aparte de su derecho a obtener una reducción del precio (art. 1.460, 2).

El artículo 1.526, en su párrafo segundo, alude a la eficacia, contra tercero inscrito, del contrato de cesión registrado, mediante escritura notarial según el párrafo primero del mismo artículo, contrato que se suele

referir a la cesión de crédito hipotecario, pero que también ha de ser referido a la cesión del derecho de propiedad incorporal, según lo argumentado y lo que, con mayor extensión, expresé en mi estudio segundo, al que me remito por no repetir argumentos, incluso aludido en este estudio tercero.

En el mismo estudio segundo analicé con bastante detenimiento el artículo 1.526, y sus dos párrafos o puntos, y también a él me remito para completar lo que antecede, respecto a la prueba de la cesión (art. 1.526, 1) y a su eficacia contra tercero inscrito (art. 1.526, 2), a la posibilidad de su inscripción, y a la no referencia en ella de la situación de desposesión, tanto en el caso de no manifestarse en la escritura, como en el caso, improbable, de manifestarse, siempre en cumplimiento del artículo 5 de la Ley Hipotecaria, que excluye la inscripción de la posesión.

Más adelante, al estudiar la doble cesión, se considera concretamente de la aplicación del artículo 32 LH y del artículo 1.473, 3.

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA insistió en la conveniencia de inscribir la cesión de la acción reivindicatoria, es decir, del derecho de propiedad incorporal, para evitar el posible perjuicio al primer cesionario que no inscribió dando lugar que lo hiciera un segundo cesionario de buena fe.

En esta situación hay que pensar en la posible responsabilidad del Registrador que no practique la inscripción de una primera cesión *expresa*, por entender —erróneamente— que no es inscribible, y sin embargo practique la inscripción de la segunda cesión, porque en la escritura notarial no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor, sobre todo cuando es desconocida por el segundo comprador.

Por otra parte, aunque la irreivindicabilidad de cosa mueble de la que se transmitió la posesión por contrato de venta mercantil (art. 464, 4) esté en evidente relación con la irreivindicabilidad de finca respecto de la que se registró el título de transmisión por contrato de venta (arts. 32 y 34 LH), no cabe duda de que el estudio de la reivindicación y de la cesión de la acción reivindicatoria merece más atención de la que suele dispensársele.

Con anterioridad se ha resumido la argumentación que conduce a estimar incluido en el artículo 1.526 la cesión del derecho del propietario desposeído, desde un punto de vista civil, considerando la interpretación gramatical (concepto de derecho de propiedad incorporal, en mi estudio segundo), los antecedentes históricos (C. 4, 39, 9, que equipara la acción real —reivindicatoria— a la acción personal a efectos de cesión, y otros textos, en mis estudios primero y segundo), los antecedentes legislativos (Proyecto de Código Civil de 1851 elaborado por FLORENCIO GARCÍA GOYENA, y Ley Hipotecaria de 1861, de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en ambos estudios), las razones sistemáticas (arts. 448 y 348, 2; 609, 2; 1.445

y 1.526, etc.), la lógica y la teleología de los intereses en juego (estudio segundo), la doctrina «antigua», de los legisladores, de MORELL y MANRESA, o «moderna», de DíEZ PICAZO) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912, 12 de abril de 1890).

También se ha considerado la cesión del derecho de propietario desposeído que consta inscrita, atendido el criterio auténtico de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, sobre todo en el estudio segundo, relativo al contrato de cesión, a la escritura que lo documenta y a la inscripción que lo publica, con efectos sustantivos y procesales (art. 1.526, 2; arts. 2, 1, 20, 23 —hoy 32— LH 1861, según GÓMEZ DE LA SERNA; y hoy arts. 5, 36, 2, y 41 LH).

Ahora, desde el punto de vista registral, es interesante resaltar dos preceptos del Código Civil: el inmediatamente anterior al artículo 609 (el art. 608) y el último que trata del contrato de compra y venta (art. 1.537).

El artículo 609, el primero del Libro III, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», incluyendo la adquisición «por la ley» del artículo 1.526, está inmediatamente precedido por el artículo 608, el último del Libro II, que trata «de los bienes, de la propiedad y de sus manifestaciones», y de su título VIII, respecto «del Registro de la Propiedad», que mantiene la vigencia de la Ley Hipotecaria (arts. 605 y 608), según el cual «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», de modo que ésta, en bloque, queda integrada en el Código Civil y sus reformas ciertas, no solamente en aquellos aspectos considerados por el artículo 608, son reformas del Código Civil y viceversa, en el sentido de que no puede haber contradicción entre los preceptos de uno y otro cuerpo legal, según interpretación mayoritaria de los autores y de la jurisprudencia, pese a la opinión de LA RICA acerca de una pretendida dualidad legislativa, civil y registral.

Por otro lado, el Libro IV del Código Civil, el «de las obligaciones y contratos», que en su título IV, trata «del contrato de compra y venta», distinguiendo la venta que obliga a entregar la posesión (arts. 1.445 a 1.525) de la venta que no obliga a entregar la posesión de la cosa (arts. 1.526 a 1.536, cap. VII), cierra el título con un capítulo, el VIII, que consta de un solo artículo, el 1.537, según el cual «*todo* lo dispuesto en este título (el referente a la compraventa) se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria», de manera que la disposición comprende todo lo referente a la compraventa ordinaria de cosa poseída por el vendedor y todo lo referente a la venta o cesión de derechos incorpóreos, incluidos el derecho de crédito hipotecario y el

derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído que puede ejercitar la acción reivindicatoria.

Es decir, conforme a los artículos 608 y 1.537, el Código Civil queda perfectamente coordinado y complementado con la Ley Hipotecaria, sin contraposición ni omisión alguna, en cuanto a los «modos de adquirir la propiedad» y en cuanto al título de compraventa.

El legislador registral PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, claramente dice y repite que el titular registral, si resulta desposeído, puede vender y el comprador puede inscribir su título de compra, sin más (arts. 2 y 20 LH) a efectos de oponibilidad a tercero registral en caso de doble venta (art. 23, hoy 32 LH).

Prácticamente, nadie niega que pueda estar inscrita la cesión porque en la escritura notarial no se manifiesta o expone la desposesión del vendedor, pero la interpretación de esta situación registral ha sido objeto de una gran diversidad de teorías, todas ellas desorientadas por no considerar el criterio auténtico, del legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA.

El *legislador* aclara que el titular registral y sólo él puede disponer de su derecho de propiedad, y en este sentido el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 es antecedente del artículo 38, 1, Ley Hipotecaria.

Además, el *legislador* sale al paso de quienes decían que el Registro no puede acoger derechos dudosos o controvertidos, aclarando que se refiere a la cesión del dominio de finca inmatriculada otorgado por el titular registral, y creo que ningún Registrador podrá oponerse a que el Registro ampare y ayude al titular registral desposeído injustamente por un poseedor no titulado cerrándole el camino para que pueda vender su derecho como lo tiene, sin la posesión, teniendo que recurrir a simular que está en posesión y no desposeído.

Para remachar su criterio, el *legislador* aclara que *no* se refiere a la inmatriculación de fincas por contrato de cesión de la acción reivindicatoria, porque sabía, como legislador, que la Ley Hipotecaria de 1861 pretendía que la inscripción primera, la del inmatriculante, fuera la de un *propietario poseedor*. Por eso mismo, estudia el caso no sólo al tratar del título inscribible (art. 2 LH), sino con mayor atención al estudiar el tracto sucesivo, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía que «también será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de *no* hallarse anteriormente inscrito el dominio...a favor de la persona que lo transfiera... Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente y, en su defecto (caso de inmatriculación) conforme a lo prevenido en los artículos 397 al 410 de esta Ley», preceptos que tratan del *propietario* que careciera del título de dominio inscrito y obtiene información posesoria, a propósito «de la inscripción de

las obligaciones contraídas (disposiciones o ventas acordadas) y no inscritas (en la Contaduría de Hipotecas) antes de la publicación de la presente Ley».

El legislador se preocupa del título «falso» o simulado, y se refiere como «poseedor» al propietario poseedor, al igual que otros autores de su época, como se ve en el Código Civil austriaco y puede estudiarse con gran detalle en la obra de don BIENVENIDO OLIVER, y en su historia de la denominada «implantación» del Registro, atendida la titulación de la Contaduría de Hipotecas, con índices muy fiables, y la novedad que supone la posibilidad de la pérdida de su dominio por el verdadero propietario según aplicación de los artículos 23 (hoy 32) y 34 de la Ley Hipotecaria, rechazada en algunas regiones forales.

Por contraposición al Derecho español, en el Derecho alemán, el negocio jurídico denominado Cesión no es un contrato, no es un negocio obligatorio, del que sólo nacen obligaciones, sino que es un negocio dispositivo traslativo, pero no de cosas, sino de créditos y acciones, inclusive la acción reivindicatoria y otras acciones reales, no sólo acciones personales o créditos, un negocio distinto del contrato que obliga a ceder o transmitir el crédito o la acción, como el contrato de Venta, que es causa del negocio dispositivo Cesión, aunque el negocio Cesión es un negocio abstracto, inicialmente abstraído del negocio obligatorio causa.

El negocio dispositivo Cesión cumple, respecto a créditos y acciones, la misma función que cumplen los negocios dispositivos de cosas, el negocio Tradición de cosa mueble y el negocio *Auflassung* de cosa inmueble.

Los autores españoles, como ya se ha dicho, estudian el negocio abstracto refiriéndose a los negocios dispositivos traslativos de cosas, sobre todo el de transmisión de cosa inmueble, relegan a su segundo plano al negocio de transmisión de cosa mueble, al negocio Tradición, y olvidan el negocio dispositivo traslativo de créditos y de acciones, el negocio o acuerdo de Cesión, al igual que olvidan el español contrato de cesión de créditos y demás derechos incorpóreos o acciones.

Olvidan, sobre todo, el contrato de cesión de la acción reivindicatoria, cesión ésta que en el Derecho alemán se configura como un acuerdo dispositivo traslativo de la acción que sustituye a la transmisión de la posesión que es la «forma» publicitaria del acuerdo real en el negocio dispositivo Tradición, con lo que se llega, como ya se ha dicho, a lograr la transmisión del derecho del propietario desposeído mediante la concurrencia de tres acuerdos: el acuerdo contractual obligatorio de Venta, el acuerdo real del negocio dispositivo Tradición y el acuerdo de Cesión de la acción reivindicatoria, que sustituye a la transmisión de la posesión en cuanto permite su obtención judicialmente, aunque se entienda que el derecho queda transmitido en el momento de concertar el acuerdo real y

el acuerdo de Cesión de la acción, no en el de la obtención de la posesión. En el Código Civil español este triple acuerdo está representado, simplemente, por el contrato de cesión de la acción reivindicatoria del artículo 1.526.

Tampoco alude la doctrina española a que, además de por el contrato de venta denominado contrato de cesión, el efecto de cesión, o sea, de transmisión de «acciones», o derechos incorporales o no de cosas, puede estar causado por los otros «ciertos contratos» traslativos que cuando tienen por objeto una cosa poseída por el vendedor requieren el complemento de la tradición, por razones históricas y de prueba del derecho de propiedad; aparte de poder estar causado por donación o por testamento o por otros supuestos de hecho configurados «por la ley», que también son causa de transmisión del derecho de propiedad de cosa poseída por el disponente (art. 609, 2).

Obsérvese, por otra parte, que los autores españoles clásicos, que contraponen cosas y acciones, reales o personales, centran su estudio, más que en el derecho de propiedad, en la acción reivindicatoria que defienden la pertenencia y el ejercicio del derecho por el propietario, acción que, mediante la prueba judicial oportuna, permite lograr la declaración judicial de la pertenencia del derecho a quien no es el poseedor en concepto de dueño y, en consecuencia, le faculta para obtener la devolución de la posesión de la cosa por ejecución judicial de la sentencia firme.

Por eso, el gran español y valenciano (de Catarroja) don BIENVENIDO OLIVER y ESTELLER, quien durante muchos años fue subsecretario de la Dirección General de los Registros y del Notariado —antes de que le sucediera, más adelante, el gran español y asturiano (de Sama de Langreo) don JERÓNIMO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ—, quiso estudiar el «importantísimo problema de la Aseguración o Consolidación de la propiedad territorial» y «explicar sumariamente, aunque con la suficiente amplitud, la naturaleza de la expresada relación jurídica y *principalmente la teoría de la prueba de ese mismo derecho* —en bastardilla el original—; materias ambas poco estudiadas entre nosotros, sobre todo la última, y sin cuyo previo conocimiento no pueden comprenderse los verdaderos términos en que se halla planteado a la hora presente aquel problema...».

En consecuencia, dice, «he dividido mi obra en cuatro partes».

«Versa la primera sobre la constitución de la propiedad territorial y demás derechos reales sobre inmuebles. En ella, después de fijar el origen, fundamento y caracteres esenciales de los derechos llamados *personales* y de los *reales* o sobre cosa, y de explicar la naturaleza de estos últimos cuando afectan a inmuebles, las condiciones generales para la adquisición, transmisión y gravamen de los mismos, especialmente las que de antiguo vienen designándose con los nombres de *título* y de *modo*, y el carácter

absoluto o revocable de la adquisición de los expresados derechos, expondré con algún mayor detenimiento la doctrina relativa a la *Prueba del derecho de propiedad territorial*, del que han hecho caso omiso hasta ahora todos los escritores de Filosofía del Derecho o Derecho llamado Natural, a pesar de que en esa doctrina descansa o se cimenta toda la propiedad territorial, y de ella recibe su mayor garantía y defensa, exponiendo los extremos que debe comprender tan difícil prueba y los diferentes medios adaptados para practicarla en los principales pueblos antiguos y modernos, incluso en nuestra Patria, tanto *directos* (titulación, Catastro descriptivo, Catastro parcelario y Registro de la Propiedad) como *indirectos* (Posesión y Prescripción, o más propiamente Usucapión), concluyendo esta parte de mi obra con una sumaria explicación de la doctrina sobre la Reivindicación de los inmuebles» (*Derecho inmobiliario español*. Tomo I, Madrid, 1892, pág. 833).

Después, el savignyismo y el germanismo imperantes en nuestra doctrina desvían la atención de los estudiosos hacia el negocio abstracto (art. 1.091) y la protección a la apariencia, en particular la protección al comprador *a non domino*, de buena fe, de cosa mueble (art. 464) y al poseedor usucapiente... con olvido de la reivindicación de fincas.

Con ocasión de la reforma hipotecaria de 1944-1946, destaca, aisladamente, la obra del eminente jurista RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (*Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*. Madrid, 1953, Ed. Reus).

Incumplimiento del contrato de compraventa (art. 1.124).

Antes de pasar a examinar con detenimiento el artículo 1.473, conviene considerar someramente, sólo desde el punto de vista civil, excluido el registral, las acciones procedentes por incumplimiento del contrato de compraventa (art. 1.124), distinguiendo, por una parte, las acciones del *comprador*, acreedor a la entrega de la posesión de la cosa específica, que ya entregó el dinero del precio, contra el vendedor demandado, que aún es propietario poseedor de la cosa o que, fraudulentamente, la ha vendido y entregado a un segundo comprador (doble venta), y, por otra parte, las acciones del *vendedor*, acreedor a la entrega de la posesión del dinero del precio, que ya entregó la cosa, contra el comprador que aún es poseedor de ella o que fraudulentamente la ha vendido y entregado a un subcomprador.

1) Cuando el comprador demanda, por incumplimiento de contrato (art. 1.124), al vendedor que no le ha entregado la posesión de la cosa, ni siquiera por *constituto posesorio*, aunque ha recibido el dinero del precio, hay que examinar dos posibilidades alternativas.

Si el vendedor continúa siendo propietario poseedor, el comprador puede pedir el cumplimiento forzoso de la entrega de la cosa y obtener judicialmente la posesión (art. 1.096, 1), o bien puede optar por pedir se declare rescindiendo el contrato.

Pero si el vendedor no continúa siendo poseedor porque, incumpliendo la disposición ya contratada y la obligación consiguiente de entregar la cosa al comprador que pagó el precio, actuando fraudulentamente, ha vuelto a disponer de la cosa vendiéndola a un segundo comprador, y se la ha entregado, entonces, el primer comprador puede pedir que se rescinda su propia compra o bien pedir el cumplimiento forzoso de la entrega, pero previa declaración de la rescisión de la segunda venta, actuando contra vendedor y comprador.

Si se prueba que el segundo comprador compró de mala fe, porque conocía la existencia de la primera venta no seguida de tradición, se declarará rescindida la segunda venta y el segundo comprador quedará obligado, como si fuera el vendedor, en cuanto es cooperador consciente y voluntario en el fraude, a entregar la cosa al primer comprador demandante, defraudado por la segunda venta, que es ilícita (arts. 1.291, 3, y 1.295), e incluso delictiva en el supuesto que está tipificado penalmente (art. 531, 2, CP).

En cambio, si no se prueba que el segundo comprador compró de mala fe, se declarará que adquirió la propiedad del vendedor propietario poseedor (art. 1.473, 1 y 3, primera parte) y que la primera venta queda rescindida, porque el vendedor ha hecho imposible la ejecución forzosa de la entrega, de manera que el primer comprador tiene derecho a que el vendedor le abone la indemnización de los daños y perjuicios, incluida la devolución del dinero del precio pagado.

Cabe que el segundo comprador haya vendido y entregado la cosa a un subcomprador (tercero subadquirente por compra), quien también ha de ser demandado.

Si se prueba que el segundo comprador y el subcomprador compraron con mala fe, porque ambos conocían la existencia de la primera venta no seguida de tradición, se declarará rescindida la segunda venta así como la subcompra y el que el subcomprador debe entregar la posesión al primer comprador (art. 1.298).

Si sólo se prueba la mala fe del segundo comprador, se declarará rescindida la primera venta sin perjuicio para el subcomprador (art. 1.295, 2); entonces, el primer comprador puede pedir la indemnización al segundo comprador que hizo imposible la devolución (art. 1.298) y, en su defecto, al vendedor (art. 1.195, 3).

2) Cuando el vendedor demanda por incumplimiento de contrato al comprador que ha recibido la cosa pero no ha entregado el dinero del

precio, puede pedir el cumplimiento forzoso por ejecución patrimonial, con el embargo correspondiente de bienes patrimoniales del comprador, o puede pedir la rescisión del contrato y la consiguiente *devolución* de la cosa (arts. 1.295 y 1.096, 1).

Es posible que el comprador no continúe siendo propietario poseedor y no pueda devolver la cosa al vendedor, porque fraudulentamente la ha vendido y entregado a un tercero subcomprador en primer grado, como es posible que la actuación fraudulenta incluya la insolvencia producida por la enajenación de todos los bienes patrimoniales para impedir el embargo y la ejecución. El vendedor se ve forzado para recuperar la cosa que vendió y entregó, a demandar al comprador y al tercero y probar su mala fe (arts. 1.291, 3, 1.294, 1.297, 2), pues de no ser así la rescisión no le perjudica y no está obligado a devolver la posesión al vendedor demandante (art. 1.295, 2).

Esta venta fraudulenta puede ser posterior a la notificación de la demanda de rescisión, cuando ya la cosa es litigiosa (art. 1.291,4). [También es cosa litigiosa la que es objeto de reivindicación, que el poseedor demandado vende fraudulentamente (art. 1.291, 4), sin perjuicio de que el reivindicante, libremente, pueda ceder (art. 1.526) su derecho de propiedad incorporal ya litigioso.]

Cabe que el subcomprador de mala fe haya vendido y entregado la cosa a un subcomprador en segundo grado, quien, si se prueba que compró con mala fe porque conocía la fraudulencia de la venta antecedente, también debe devolver (art. 1.295, 2).

Mientras que, si no se prueba que actuó de mala fe al comprar, se declarará que la rescisión de la venta antecedente no perjudica al subcomprador en segundo grado, por lo que no debe devolver (art. 1.295, 2), entonces el vendedor puede pedir la supletoria indemnización de daños y perjuicios (incluido el pago del precio) al subcomprador primero que no puede devolver (art. 1.298) o al comprador que le vendió (art. 1.295, 3).

La Ley Hipotecaria de 1861 alude a las acciones de rescisión por fraude al comprador en caso de doble venta (art. 37, núms. 4, 5 y 6) y al vendedor en caso de fraude pauliano (art. 37, núm. 7).

Segunda venta y segunda cesión (artículo 1.473).

Es muy importante analizar el artículo 1.473, que atribuye la propiedad al segundo comprador que desconoce la existencia de la primera venta y confía en la apariencia posesoria, en la apariencia documental o en la apariencia registral, según los casos:

A) a) Cuando se trata del vendedor de *finca no inmatriculada*, que posee (art. 1.473, 3, parte primera) o de la que está desposeído (art. 1.473, parte segunda).

b) Cuando se trata del vendedor de *finca inmatriculada*, que posee o de la que está desposeído (art. 1.473, 2).

B) Cuando se trata del vendedor de *cosa mueble*, que posee (art. 1.473, 1) o de la que está desposeído (art. 1.473, 3, parte segunda, por analogía).

A) a) 1) El artículo 1.473, *párrafo tercero, parte primera*, se refiere al propietario poseedor de *finca no inmatriculada* que la vende a un *primer comprador*, al que no da posesión, ni siquiera por *constituto posesorio*, lo que en la realidad sólo ocurre cuando se trata de una venta verbal o en documento privado, y no cuando se otorga en escritura pública, salvo pacto (arts. 1.280, 1, 1.º, 1.218, 1.462, 2). Conviene referirse, en este caso, al comprador primero en documento privado y al comprador segundo en escritura notarial.

El vendedor ha dispuesto traslativamente de su derecho por contrato de venta a favor del primer comprador. Aunque conserva la posesión y, por tanto, la propiedad, ya no es un propietario que legalmente pueda disponer de su derecho, y el primer comprador pasará a ser el nuevo propietario en el momento en que obtenga la posesión, sea por entrega (art. 1.095) o sea por ejecución judicial supletoria (art. 1.096, 1). La voluntad dispositiva traslativa del vendedor quedó vinculada al contratar, si bien, por razones de prueba del dominio (art. 448), la ley condiciona la efectividad de la transmisión, o sea, la adquisición del derecho, a la obtención de la posesión por el comprador, aunque sea contra la voluntad del vendedor.

En este sentido, si aquel vendedor, antes de que obtenga judicialmente la posesión el primer comprador (art. 1.096), vende la finca a un *segundo comprador* y se la entrega, dispone de lo que ya no puede disponer, porque el primer comprador compró la finca bajo condición *legal* suspensiva, pendiente de cumplimiento o incumplimiento.

La cosa específica vendida y a entregar, porque continúa en posesión del vendedor, parece que le pertenece libremente (art. 448), aunque, en realidad, ya ha dispuesto de ella, la ha enajenado, en cuando ha contratado que quedará transmitida al comprador en el momento en que éste obtenga la posesión, pero no sólo por la entrega voluntaria, sino también, en su defecto o supletoriamente, por ejecución judicial de la obligación de transmitir *la posesión* (art. 1.096, 1), de manera que la efectividad de la transmisión del *derecho* no depende tanto de su voluntad posterior como del

cumplimiento de una condición legal suspensiva en situación de pendencia de cumplimiento, que puede ser forzoso, en contra de la voluntad del vendedor.

1. No obstante, según la ley (art. 1.473, 3, parte primera), adquiere la propiedad el segundo comprador al que el vendedor hace entrega de la cosa, si compró de *buena fe*, porque confiaba en la exactitud de la apariencia posesoria, en la concordancia de la apariencia con la realidad, en la legitimación posesoria, en la prueba por presunción legal de ser propietario el poseedor en concepto de dueño (art. 448), en cuanto ignoraba la existencia de la primera venta.

El segundo comprador de buena fe adquiere el dominio en el momento de recibir la entrega de la finca, aunque sea (art. 1.462, 2) por *constituto posesorio* instrumental, y en el mismo momento deviene imposible el cumplimiento de la condición legal necesaria para la adquisición de la propiedad por el primer comprador, quien conserva su derecho de crédito contra el vendedor para que le indemnice los daños y perjuicios sufridos, incluyendo la devolución del precio pagado.

2. Ahora bien, no adquiere la propiedad el segundo comprador que compra de *mala fe*, que conoce la existencia de la primera venta, no sólo porque, en cualquier caso, todos deben respetar los derechos ajenos aunque no sean derechos reales (como no lo es el *jus ad rem* del primer comprador no propietario actual, hasta que obtenga la posesión), sino porque, en este caso, la toma de posesión por el segundo comprador hace perder al primer comprador la posibilidad inmediata de que llegue a ser efectiva la transmisión de la propiedad de la cosa específica, en el momento de obtener la posesión por ejecución procesal, cuando el vendedor se niega a realizar la entrega (art. 1.096, 1), y le fuerza a actuar no sólo contra el vendedor, sino, además, contra el segundo comprador, para probar la mala fe de éste, y obtener la rescisión de la segunda venta, única posibilidad que le queda para obtener la posesión y, al mismo tiempo, el dominio.

El conocimiento del segundo comprador le convierte en cooperador consciente y voluntario en el fraude que comete el vendedor contra el primer comprador, vendedor que acaso simula la segunda venta de la finca para que el segundo comprador la venda y le entregue el dinero del precio cobrado, o la parte acordada con lo que, además del precio recibido del primer comprador, obtiene el precio o parte del precio percibido del subcomprador, es decir, que, prácticamente, obtiene dos veces el valor en venta de la finca: una del primer comprador y otra del subcomprador; a menos que el primer comprador actúe judicialmente y pueda probar la mala fe del segundo comprador.

La situación del primer comprador, acreedor a la entrega de la posesión

de la cosa, frente al vendedor y a su cooperador, es similar a la del vendedor, acreedor a la entrega del dinero del precio, frente al comprador y a su cooperador, cuando el comprador con precio aplazado vende la cosa comprada, para no devolverla, y sus bienes, para eludir el pago del precio debido por la cosa recibida.

Desde luego, el primer comprador no puede actuar como reivindicante, porque no llegó a ser propietario antes de la segunda venta y no lo es al demandar, sino que ha de ejercitar, contra el vendedor y el segundo comprador, la acción de rescisión por fraude, directo en cuanto a la entrega de la posesión de la finca, o indirecto en cuanto a la dudosa recuperación del dinero del precio pagado de la compra y de los perjuicios (art. 1.291, 3); si no logra que se declare rescindida la segunda venta, porque no logra demostrar la mala fe del segundo comprador, no es posible que obtenga la posesión de la cosa y sólo cabe que el vendedor, si no es insolvente, le devuelva el precio que cobró y le indemnice con dinero los perjuicios que le ha causado (art. 1.295, 3).

En cambio, si logra probar la mala fe del segundo comprador obtendrá judicialmente la posesión de la cosa (quedando dueño de ella) y, además, la indemnización de los perjuicios con dinero que habrá de entregarle el vendedor.

Cabe que el segundo comprador de mala fe haya vendido la finca a un subcomprador (tercero subadquirente por compra) antes de la interposición de la demanda por el primer comprador, y en tal caso el demandante tendrá que demandar al vendedor, al segundo comprador y, simultánea o sucesivamente, al subadquirente, y si no prueba la mala fe de éste, aunque pruebe la mala fe del segundo comprador, sólo podrá obtener la devolución del dinero del precio y la indemnización de los perjuicios (art. 1.295, 2), a costa del segundo comprador que ha hecho imposible la obtención de la posesión al vender a un comprador de buena fe (art. 1.298), o a costa del vendedor (art. 1.295, 1).

La prueba de la defraudación es más fácil si la venta al segundo comprador o la venta al subcomprador se realizan, después de interpuesta y notifica la demanda del primer comprador al vendedor, pidiendo la entrega de la cosa, cuando desconoce la segunda venta, o bien al vendedor y al segundo comprador, pidiendo la rescisión de la segunda venta, que ya conoce, es decir, si se ha vendido o revendido «cosa litigiosa» (art. 1.291, 4).

Más adelante se considerará el caso del primer comprador en escritura notarial, poseedor y propietario por *constituto posesorio* (art. 1.462, 2).

Interesa resaltar que en el supuesto considerado, de una primera venta no seguida de entrega y una segunda venta complementada con la tradición al segundo comprador de finca no inmatriculada, conforme a los

principios romanos el segundo comprador es el propietario porque en él concurren los dos requisitos, el contrato y la tradición, pero la doctrina canónica medieval valoró no ya la buena fe presumida del segundo comprador, sino su *mala fe probada*, para negarle en tal caso la adquisición de la propiedad, por su actuación fraudulenta, perjudicial al primer comprador. Aunque la solución se aplicó, originariamente, no a la segunda venta de una cosa seguida de la investidura de la posesión mediante la tradición, sino a la formal investidura canónica-feudal de un beneficio eclesiástico, perjudicial para otro pretendiente, en un momento histórico en que los beneficios feudales tenían un gran contenido patrimonial y en que las discordias sobre las investiduras llegaron a ser *casus belli*.

2) El artículo 1.473, *párrafo tercero, parte segunda*, se refiere al vendedor propietario de *finca no inmatriculada*, que está *desposeído* de ella porque otra persona es el poseedor en concepto de dueño, y que cede dos veces su derecho de propiedad incorporal; sobre todo, a un cesionario primero en *documento privado* y, después, a un segundo cesionario, en *escritura notarial*.

En este caso, la propiedad corresponde al primer cesionario, puesto que la cesión es inmediatamente traslativa del derecho. Por ello, en principio, se considera propietario el que exhibe documento probatorio de fecha fehaciente más antigua, sea escritura notarial o sea documento privado (art. 1.227). Pero dejará de ser considerado propietario si se prueba la existencia de una cesión anterior, verbal o en documento privado, y, además, que el segundo cesionario compró de mala fe, porque conocía la existencia de la primera cesión y, por lo tanto, sabía que el cedente se atribuía un derecho que ya no le pertenecía por haberlo transmitido, de manera que cedía un derecho ajeno, cometiendo un acto ilícito.

Es de gran importancia observar que el precepto legal aplicable (art. 1.473, 3, parte segunda) confirma que el efecto traslativo de la cesión del derecho del propietario desposeído se produce en el momento de la perfección del contrato de cesión, aunque no se formalice en escritura pública que pruebe plenamente la fecha de perfección respecto a terceros, de conformidad con lo dispuesto en el precepto fundamental del artículo 1.526.

Pero también es importante observar que la fehaciencia de la fecha de la cesión resulta decisiva en caso de doble cesión cuando el segundo cesionario compra de *buena fe*, de manera que adquiere la propiedad a la vez que la pierde el primer cesionario que no fue diligente en documentar adecuadamente la cesión incumpliendo lo dispuesto por la ley, porque debe constar en documento público el contrato que tenga por objeto la transmisión de la propiedad de una finca, así como la cesión del derecho

de propiedad cuando el cedente lo adquirió mediante escritura pública (art. 1.280, 1, 1.º y 6.º).

Se refiere la ley al segundo cesionario de buena fe porque compró confiando en la *manifestación* del vendedor, de ser propietario, y de ser poseedor (aunque en realidad esté desposeído), ante el Notario autorizante de la escritura (el Notario, testigo cualificado por la fe pública notarial, y la escritura, documento que prueba plenamente dicha manifestación mientras no se desvirtúe judicialmente su fehaciencia), manifestación *corroborada* por la comprobación notarial de la existencia del *título de adquisición manifestado* por el vendedor, según presunción legal *en la que se fundamenta la buena fe del concesionario* (art. 1.218 y art. 1.280, 1, 6.º), que ignora si existe una primera cesión y una posible prueba que desvirtúe la presunción legal de título del cedente.

En este sentido, la apariencia notarial, la legitimación documental (art. 1.218) del *vendedor* cumple una función similar a la legitimación por la posesión (art. 448) y la legitimación registral (art. 38, 1, 2, LH). En las tres legitimaciones hay dos adquisiciones sucesivas: la del enajenante y la del adquirente, ambos, poseedores, titulares escriturados (art. 1.280, 1, 6.º) o titulares registrales.

b) El artículo 1.473, *párrafo segundo*, se refiere a *finca inmatriculada* y al titular registral del dominio, que vende a un primer comprador y, más tarde, a un segundo comprador, quien logra se inscriba su título porque el primero ha demorado la presentación del suyo y ya no se puede inscribir (arts. 17 y 20 LH); titular registral al que se atribuye la propiedad, a menos que hubiera comprado de mala fe, probada (art. 32 LH), de manera que el primer comprador pierde la propiedad en el momento de la presentación del título del segundo comprador, que pasa a ser el titular registral actual del dominio; efecto fundado en la fe pública notarial (art. 1.218) y en la fe pública registral (art. 32 LH).

Es de buena fe el segundo comprador que compra confiando en la manifestación del vendedor, quien dice ser propietario y poseedor, y que exhibe la escritura que es prueba plena, directa, de su título de pertenencia del derecho (arts. 1.218 y 1.462, 2), y que compra confiando en la apariencia registral, respecto al título de pertenencia del vendedor (art. 38, 1 LH) y respecto a la posesión (art. 38, 1, punto segundo).

1) Al igual que respecto a finca no inmatriculada, se ha de considerar, ante todo, el supuesto en que el titular registral de la finca inmatriculada es *poseedor* en concepto de dueño cuando otorga la primera venta.

Más concretamente, se trata del vendedor en escritura notarial, de venta y entrega consumada (art. 1.462, 2), al primer comprador, que pasa

a ser el propietario a la vez que deja de serlo el vendedor; quien, por segunda vez, otorga otra venta en escritura notarial, en la que manifiesta ser propietario y poseedor y declara que vende y entrega (art. 1.462, 2), cuando ya no es propietario y, por tanto, no vende cosa propia, sino cosa ajena, de manera que el segundo comprador contrata a *non domino*, con quien fue propietario pero dejó de serlo, aunque se atribuya la propiedad y, por tanto, que la posesión la tiene en concepto de dueño.

1. Conforme a la ley (art. 1.462, 2) es normal que el vendedor en escritura notarial, al menos de momento, quede constituido poseedor en precario, reconociendo al comprador como poseedor en concepto de dueño, pero no inmediato, sino por mediación del vendedor (poseedor inmediato en concepto distinto al del dueño y, a la vez, mediador en la posesión mediata del dueño), de manera que la finca queda en poder de hecho y en tenencia del vendedor. Y puede ocurrir que el comprador no presente la escritura en el Registro.

A este vendedor, que aparece como titular registral del dominio, le resultará fácil vender por segunda vez, diciendo ser propietario (aunque ya no lo es) y poseedor en concepto de dueño (que tampoco lo es) a un segundo comprador de *buena fe*, a quien, después de la venta, puede hacer entrega material de la finca, de manera que el comprador a *non domino* empiece a usarla como propietario, como la usaría cualquier poseedor usucapiente que compró de buena fe a quien no era propietario (arts. 1.941, 1.950), si bien este comprador segundo adquiere la propiedad de la finca en el momento de la presentación en el Registro de su título, si queda inscrito (art. 32, LH).

Siempre que este segundo comprador empiece a usar la finca como propietario, sin oposición inicial, cabe considerar que en el acto del otorgamiento de la venta se produce una inversión en el concepto en que poseía el vendedor (arts. 433 a 437) y queda realizada la entrega, probada por escritura notarial (art. 1.462, 2).

El primer comprador podrá ejercitar la acción de rescisión de la segunda venta y, a la vez, la de rectificación del Registro (art. 38, 2, y 40 LH), contra el vendedor y el segundo comprador, poseedor por título de compra inscrito, pidiendo que se declare rescindiendo el título y nula la inscripción, por la venta fraudulenta, con la que el vendedor no propietario y el comprador de mala fe intentan privarle del dominio que le pertenece por compra y entrega del anterior propietario, juicio en el que es primordial la prueba de la mala fe del segundo comprador, para desvirtuar las presunciones de buena fe deducidas de la posesión (art. 436) y de la inscripción (art. 38, 1, punto segundo, LH). Esta demanda conviene que sea anotada (art. 42, 1, LH). Si el demandante logra probar la mala fe del segundo

comprador, podrá obtener sentencia que declare rescindida la segunda venta, que es el verdadero propietario por venta y entrega, y que ordene la rectificación del Registro (inscribiendo, mediante testimonio, la sentencia a favor del primer comprador), y también que el segundo comprador debe devolverle la posesión e indemnizarle.

No obstante, el primer comprador puede vender su pretendido derecho de propiedad *incorporal*, para que sea su comprador (cesionario) el que demande al segundo comprador o continúe el procedimiento ya iniciado por la demanda del cedente. La cesión podrá constar registralmente a través de la anotación de la demanda del cesionario; pero si la cesión es posterior a la demanda, y se trata de la cesión de un derecho ya litigioso, resulta innecesaria una posterior anotación referida a esta cesión, porque la anotación de la demanda ya garantiza suficientemente su pretensión, que es lo anotado. Con esto queda aclarado que la cesión del derecho de propiedad incorporal que puede ser objeto de inscripción, a la que aluden mis dos estudios anteriores, es la cesión otorgada por el titular registral del dominio que está desposeído, supuesto distinto del ahora contemplado, en que el titular registral es el demandado, contra el que se pide la rectificación del Registro ejercitando una acción rescisoria.

2. Pero también puede ocurrir que el primer comprador sea poseedor inmediato en concepto de dueño, o mediato y con mediador de su posesión o con servidor de su posesión que no sea el vendedor, de manera que a éste no le quede posesión alguna que le permita aparentar que es poseedor en concepto de dueño de la finca vendida por segunda vez.

En tal caso, el segundo comprador de *buena fe* adquiere la propiedad si logra inscribir su título (art. 32 LH y art. 1.473, 2), pero no adquiere la posesión, pese a que se estime que adquirió la posesión en cuanto compró mediante escritura notarial (art. 1.462, 2), porque esta estimación se refiere al caso en que el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y, por hipótesis, en el caso contemplado, el vendedor no es poseedor, además de no ser propietario.

Si el segundo comprador, titular registral, insta el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra el primer comprador poseedor, éste podrá oponer «demanda de contradicción» de la exactitud del Registro, alegando y probando ser poseedor por título de compra al titular registral anterior al actuante (art. 41, 6, causa segunda de oposición), lo que forzaría al segundo comprador a tener que reivindicar en juicio declarativo.

Si el primer comprador, *poseedor*, considera que el segundo comprador actuó con *mala fe*, no procede que reivindique, porque ya tiene la posesión, pero puede ejercitar la acción rescisoria de la segunda venta y, a la vez, la de rectificación del Registro, como ya se ha considerado.

No obstante, el primer comprador y poseedor puede optar por esperar a que el segundo comprador inscrito reivindique para obtener la posesión, pero también entonces, para oponerse con éxito y evitar la condena, tendrá que probar la mala fe del segundo comprador, y correrá un riesgo adicional en cuanto el segundo comprador puede vender a un tercero su pretendido derecho de propiedad *incorporal* y si este tercero compra de buena fe hará imposible el que pueda vencer el primer comprador, a menos que hubiera anotado la demanda antes de ser presentada la escritura de cesión inscrita y que probara la mala fe del segundo comprador.

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, en su Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, aclara que cualquier comprador, aunque obtenga la posesión y adquiera el dominio, no realiza una adquisición en firme, si su vendedor consta inscrito, mientras no inscriba su título de compra, porque puede perder el dominio si llega a presentar antes el suyo un segundo comprador de buena fe.

Conviene observar que cuando el primer comprador de finca *inmatriculada* no compra mediante escritura notarial, sino verbalmente o en documento privado, y no recibe la posesión del vendedor, ni siquiera por *constituto posesorio*, expreso o tácito pero que pueda ser probado, frente a su *jus ad rem* prevalece el *jus in re* del segundo comprador que adquiere la propiedad por compra y mediante la entrega, aunque sea por *constituto posesorio* tácito y probado (art. 1.462, 2), a menos que comprara de mala fe porque conocía la existencia de la primera venta.

Ahora bien, si no inscribe su título de compra, su buena fe sólo se puede apoyar en la posesión propia y del vendedor (art. 1.473, 3, primera parte), mientras que, si inscribe su título de compra, su buena fe también se puede apoyar en la inscripción, la propia y la del vendedor (art. 1.473, 2, y art. 32 LH).

En cambio, si se trata de finca *NO inmatriculada*, y el primer comprador es propietario por compra y entrega por *constituto posesorio* (art. 1.462, 2), cuando el vendedor, que pasó a ser precarista, simula ser poseedor en concepto de dueño y entrega la finca, materialmente, a un segundo comprador, éste no adquiere la propiedad, aunque de buena fe crea que es poseedor en concepto de dueño como consecuencia de la simulación del vendedor, porque en la legislación civil española, respecto a fincas no inmatriculadas, no existe precepto equivalente al artículo 464, 4, según el cual, en caso de *única* venta mercantil de cosa mueble, por el poseedor que parece ser el propietario, el comprador que obtiene la posesión adquiere la propiedad, si es de buena fe, si desconoce que el vendedor no es el verdadero propietario, aunque posea en concepto de dueño y como tal disponga. La comparación teórica se hace, naturalmente, entre el vendedor civil que otorga una segunda venta de cosa que ya no le

pertenece y el vendedor mercantil que vende por primera y única vez una cosa que nunca le ha pertenecido porque es otro el verdadero dueño.

El primer comprador puede pedir la rescisión de la segunda venta, demandando al vendedor y al segundo comprador, y no ha de probar que éste es de mala fe, porque la protección al segundo comprador de buena fe se refiere a un primer comprador no propietario, con *jus ad rem*, pero no a un primer comprador propietario, con *jus in re*.

El cumplimiento de la entrega al primer comprador se ha de considerar con atención para no incurrir en grave error. Así, cuando el propietario de una casa vivienda no inmatriculada la vende dos veces mediante sendas escrituras públicas, el otorgamiento de la primera venta equivale a la entrega (art. 1.462, 2) y determina que el primer comprador es el propietario, aunque sea el segundo comprador, también según escritura notarial, quien primero la ocupe, utilizando la llave que le entregó el vendedor (aunque en tal caso el primer comprador y verdadero propietario se encuentre con un ocupante no propietario cuando utilice su propia llave).

La Ley Hipotecaria de 1861 traslada la eficacia sustantiva de la venta mercantil *a non domino*, fundada en la posesión del vendedor y en la posesión del comprador (hoy art. 464, 4), a la venta civil de finca *a non domino*, fundada en la inscripción del vendedor y en la inscripción del comprador, y traslada la presunción de buena fe del poseedor actual (art. 436) consiguiente a la presunción de propiedad deducida de la posesión del poseedor anterior (art. 448), a la presunción de buena fe del titular registral actual (art. 34, 2) consiguiente a la presunción de propiedad deducida de la inscripción del titular registral anterior (art. 23, implícitamente, hoy explícitamente art. 38, 1, LH).

De esta manera el primer comprador perjudicado no es, simplemente, un comprador que no tomó posesión y aun no llegó a ser dueño, sino un comprador que tomó posesión y es dueño, pero que deja de serlo si no logra probar la mala fe del segundo comprador, mientras que, conforme al Derecho civil anterior, el segundo comprador queda afectado por la rescisión aunque sea de buena fe.

Es decir, se amplía la protección al segundo comprador, titular registral actual por compra al titular registral anterior, frente a demandas del primer comprador no inscrito, de manera que su buena fe le permite ampararse en la inscripción, no sólo contra un primer comprador aún no propietario, lo que es conforme al Derecho civil, sino también contra un primer comprador ya propietario, lo que no es conforme al Derecho civil, sino conforme al Derecho registral (art. 23, hoy 32 LH).

2) También conforme al Derecho civil y registral (art. 1.473, 2), cuando se trata de una finca inmatriculada pero el titular registral del dominio

está *desposeído*, porque existe un tercer poseedor en concepto de dueño de la finca, si vende o cede dos veces consecutivas su derecho de propiedad, el primer comprador o cesionario adquiere el derecho cedido (art. 1.526), pero si demora la presentación de su título en el Diario del Registro, de manera que el segundo comprador o cesionario se le anticipa a presentar su título probatorio de cesión (que será de derecho ajeno), y se practica la inscripción a su favor, el segundo comprador adquiere el derecho que fue del cedente y, en el mismo momento, lo pierde el primer cesionario.

En cambio, no hace perder el derecho al primer cesionario, el segundo cesionario que compra de *mala fe*, porque conoce la existencia de la primera cesión, es decir, conoce que el cedente se atribuye un derecho que ya no le pertenece y cede derecho ajeno.

Claro que frente al cesionario inscrito se ha de probar la existencia de la primera cesión y que la conocía al comprar.

A este caso se refiere en sus *Comentarios* (pág. 574) PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, para resaltar que la cesión de la acción reivindicatoria, es decir, del derecho del propietario desposeído, que es titular registral del dominio, es inscribible y conviene que se inscriba, para evitar que logre inscribir un segundo cesionario antes que el primero presente su escritura en el Diario del Registro. Por lo que conviene pensar en la *posibilidad de que el Registrador sea responsable del perjuicio que pueda causar al primer cesionario*, si denegó la inscripción de su título adquisitivo porque en la escritura se manifiesta la situación de desposesión del vendedor y, en cambio, practicó la inscripción de la compra por el segundo cesionario porque en la escritura no se manifiesta la situación de desposesión del vendedor.

B) 1) El artículo 1.473, *párrafo primero*, se refiere al propietario *poseedor de cosa mueble* que la vende a un primer comprador al que no da posesión, ni siquiera por *constituto posesorio* convenido, y después la vende a un segundo comprador al que no hace entrega de la cosa, quien adquiere la propiedad, a menos que comprara de mala fe.

El supuesto es análogo al ya examinado de venta por el propietario poseedor de finca no inmatriculada que no da posesión al primer comprador, sino al segundo comprador, sólo que las cosas muebles, normalmente, no se venden en escritura pública, y se entregan manualmente, lo que facilita la adaptación de lo ya estudiado a este caso.

2) El artículo 1.473 no se refiere expresamente al caso insólito del propietario *desposeído* de la cosa mueble reivindicable (art. 464, 1) que vende su derecho de propiedad incorporal a un cesionario y después a un segundo cesionario, pero el supuesto es análogo al ya examinado de cesión por el propietario desposeído de finca no inmatriculada, y la solución será

la misma, teniendo en cuenta las fechas probadas de la primera y de la segunda cesión y la posible mala fe del segundo cesionario, cuando la primera venta es verbal y en documento privado y la segunda en escritura pública, o bien su buena fe, cuando confía en la pertenencia al cedente con título de adquisición probado mediante escritura pública (arts. 1.218, 1.280, 1, 6.º).

Incluso cabe pensar en que el primer cesionario ceda su derecho incorporal con su acción rescisoria contra el segundo cesionario de mala fe.

Claro que el cesionario que haya de actuar contra el tercer poseedor acaso tendrá que probar su compra mediante escritura pública (art. 1.526, 1).

Estos supuestos pueden ocurrir si se trata de cosas muebles de mucho valor, superior al de bienes inmuebles, e identificables.

Así pues, el artículo 1.473 dispone la adquisición por el segundo comprador de buena fe en perjuicio del primer comprador que demoró, bien la toma de posesión, bien la documentación fehaciente, bien la inscripción, dando lugar a una apariencia, posesoria, documental (en caso de doble cesión), o registral, de pertenencia del derecho de propiedad, con libre disposición, al vendedor; apariencia en la que confió el segundo comprador o segundo cesionario; conforme al principio general *qui prior est in tempore potior est in jure*, que, para asegurar el tráfico jurídico, ampara al comprador que primero toma posesión, documenta fehacientemente su compra al cedente, presenta a inscripción su título probatorio de compra, siempre que no hubiera comprado de mala fe, probada.

La segunda venta puede ser otorgada sin malicia, acaso porque el *vendedor* se olvidó, más o menos negligentemente, de la primera venta, o creyó que no era válida y eficaz, pero normalmente será una venta ilícita, con culpabilidad dolosa del vendedor, que quiere defraudar el derecho del primer comprador, porque la segunda venta es por precio mayor que la primera o porque intenta cobrar los precios de ambas.

El *segundo comprador* puede ser un mero instrumento del fraude del vendedor, porque confía en la apariencia posesoria (art. 448) y desconoce la existencia de la primera venta que el vendedor no le manifiesta. Pero puede comprar con *mala fe* porque conoce la existencia de la primera venta, simplemente, o porque está en connivencia con el vendedor para defraudar al primer comprador, incluso simulando la segunda venta para eludir con ella la ejecución judicial de la puesta en posesión a favor del primer comprador.

Civilmente, el segundo comprador de mala fe es *coautor* del acto ilícito de defraudación, en cuanto parte contratante de la venta fraudulenta, y no puede ser considerado como tercero respecto al contratante defraudado porque su mala fe le convierte en un *alter ego* del vendedor defraudador.

Por esto no adquiere el dominio aunque reciba la posesión de la cosa que debió entregarse al primer comprador; quien ha de probar su mala fe si quiere que se declare rescindida la segunda venta y se le haga entrega judicial de la posesión que consuma la adquisición del dominio por compra.

El que venda dos veces la misma cosa asume el *riesgo* de los casos fortuitos que puedan determinar la pérdida de la cosa hasta que se realice la entrega al primer comprador (art. 1.096, 3).

El acto ilícito de defraudación puede ser un *delito penal*. El Código Penal, libro II («De los delitos y sus penas»), título XIII («De los delitos contra la propiedad»), capítulo IV («De las defraudaciones», después de los capítulos que tratan de los robos, de los hurtos, y de las usurpaciones de inmuebles), trata «de las estafas y *otros engaños*» (Sección 2.ª, arts. 528 y 529 sobre estafas, 531 y 532 sobre engaños) como defraudaciones distintas «del alzamiento, quiebra, concurso e insolvencia punibles» (Sección 1.ª) y «de la apropiación indebida» (Sección 4.ª) (conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal.)

Como *engaño* fraudulento tipifica el que comete «quien fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare...» (art. 531, 1), o «dispusiera de un bien... lo enajenare dos o más veces...» (art. 531, 2), u «otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado» (art. 532, 2.º).

Como *apropiación indebida* tipificada la que cometen quienes «en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, negaren haberlos recibido» (art. 535, 1), o quienes «encontrándose un bien perdido se lo apropiaren con ánimo de lucro» (art. 535, 2).

Según la ley penal «se consideran autores: 3.º los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado» (art. 14), y «son cómplices los que (no siendo autores) cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos» (art. 16).

A propósito de la distinción entre *acto ilícito civil* y *delito penal*, es de gran interés un estudio de JUAN MANUEL ALONSO MONTERO, Teniente Fiscal de la Audiencia de Zaragoza, en el que considera la doctrina y la jurisprudencia penal, la acción pauliana por fraude civil a acreedores, la normativa registral y la responsabilidad civil sin responsabilidad penal («La nulidad de las enajenaciones fraudulentas en el delito de alzamiento de bienes». *La Ley*, número 1.219, de 18 de marzo de 1988).

A la doble venta, en relación con la *actuación del Registrador*, que ha de subordinar a los fundamentales preceptos legales otros reglamentarios, como el artículo 104, el artículo 111, 3, y el artículo 432, a), c), d), todos

del RH, se refieren dos recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, fechadas el 26 y 28 de julio de 1988. Son de gran interés en cuanto recuerdan la necesidad de despachar la documentación por riguroso orden de presentación en el Diario, sin atender en desmesura a la documentación conexas presentada con posterioridad, en concepto de documentación correspondiente a inscripción necesariamente previa, a la que se refiere el artículo 111, 3, RH, cuando entre una y otra puede existir algún asiento de presentación que resultaría perjudicado al anteponerle dicho documento presentado con posterioridad.

Puede resumirse como sigue lo expuesto acerca de la doble venta y de la doble cesión.

Civilmente se ha considerado la adquisición por el *segundo comprador* de buena fe, poseedor por entrega (art. 1.473, 3, parte primera, y 1); y, por el contrario, la adquisición por el *primer comprador*, acreedor a la entrega de la posesión, cuando prueba la mala fe del segundo comprador poseedor, y queda rescindida la segunda venta y obtiene la posesión, por entrega del segundo comprador y del vendedor o por ejecución judicial (art. 1.473, 3, parte primera, y 1, art. 1.096, 1); así como la adquisición por el *subcomprador* de buena fe y poseedor (porque la rescisión de la segunda venta no perjudica a tercero subadquirente, a menos que sea de mala fe probada), quien no debe devolver la posesión de la cosa porque adquiere en firme, en cuanto la rescisión del título de adquisición de su transmitente no determina, por derivación, la rescisión del título de adquisición del subadquirente por compra (art. 1.295, 2). Deja de ser tercero, y es más bien cooperador en el fraude, no sólo el segundo comprador de mala fe (cooperador-autor), sino también el subcomprador de mala fe (cooperador-cómplice).

Registralmente se ha considerado la adquisición por el *segundo comprador* de buena fe, *cuando el vendedor ya no es propietario* porque vendió y entregó al primer comprador, adquisición que se realiza por aplicación al caso de doble venta del principio de inoponibilidad a tercero inscrito de lo no inscrito (art. 32 LH y art. 1.473, 2); así como la adquisición por el *subcomprador* de buena fe inscrito, aunque se declara rescindida la segunda venta por la mala fe del segundo comprador inscrito, porque, desde la Ley Hipotecaria de 1861, la acción de rescisión del título del transmitente no perjudica por derivación al tercero registral de buena fe (art. 37, 1, LH), y porque, desde el Código Civil, la acción de rescisión del título del transmitente ya no perjudica a tercero civil subadquirente de buena fe (art. 1.295, 2).

Civilmente y registralmente se ha considerado la adquisición por el *segundo cesionario* de buena fe del derecho del propietario desposeído, ya sea de finca no inmatriculada por aplicación de la protección a la buena

fe o confianza en la apariencia documental (art. 1.473, 3, segunda parte, arts. 1.218 y 1.280, 1, 6.º), ya sea de finca inmatriculada, por aplicación del principio de inoponibilidad a tercero inscrito de lo no inscrito (art. 32 LH y art. 1.473, 2).

Se trata de supuestos de *venta de cosa ajena, a non domino*, en un sentido amplio, en el que se incluye el supuesto en que el vendedor ha dejado de ser propietario con libre disposición porque ha vendido la cosa a un primer comprador, aún acreedor a la entrega de la posesión o la puesta en posesión por ejecución judicial, para que se cumpla la condición legal suspensiva del efecto contratado de la transmisión del derecho (art. 1.473 y art. 32 LH en algunos casos).

Como *supuestos de venta y adquisición a non domino* hay que considerar los resultantes de la inoponibilidad, a *tercero registral* por compra, de las resoluciones judiciales declaratorias de la ineficacia del título de adquisición del vendedor, que civilmente determinan la ineficacia del título del comprador, pero no registralmente (art. 34 y 37 LH), a menos que dicho tercero ni siquiera sea un verdadero tercero civil, en cuanto es parte, coautor o cómplice, en el acto ilícito determinante de la ineficacia de la compra, por su conocimiento de la ilicitud de la venta, o, aun siendo tercero civil, conozca la posibilidad de que resulte ineficaz el título adquisitivo del vendedor.

También hay que incluir la adquisición por el tercero de buena fe inscrito en los supuestos de inexactitud de la inscripción del transferente a los que se refiere el artículo 4.º, apartado final, de la Ley Hipotecaria.

Como supuesto de venta de cosa ajena, *a non domino*, se ha de incluir la *venta mercantil de cosa mueble* por el poseedor aparente propietario al comprador que recibe la posesión y adquiere la propiedad, pese a que el vendedor no es el verdadero propietario; quien así pierde la propiedad de la cosa que extravió, que le fue sustraída por hurto o por robo, o de la que se apropió indebidamente el depositario, comodatario, comisionista o administrador que la recibió con obligación de devolverla (art. 464, 4, CC, en relación con el artículo 535, 1, CP). Sin olvidar que, según una opinión germanizante muy extendida, pero que el Tribunal Supremo no comparte, lo que se dice de la venta mercantil se aplica también a la venta civil de cosa mueble apropiada indebidamente por el vendedor, pero no a la venta de cosa extraviada o sustraída (art. 464, 2).

Desde luego, no hay precepto equivalente al artículo 464, 4, referido a fincas, que atienda a la posesión del vendedor y a la posesión del comprador, aunque los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria cumplan la misma función pero en atención a la inscripción del vendedor y a la inscripción del comprador.

Es obvio repetir que la usucapión por el que compra *a non domino*,

incluso la del poseedor con justo título de compra, se funda más en el *uso continuado* de la cosa que en el título de adquisición, o en la confianza en la apariencia posesoria del vendedor.

Resulta de todo lo dicho que, en el caso de doble venta de una finca, *parece* que la *mala fe* del segundo comprador que excluye la adquisición *a domino* (art. 1.473, 3, primera parte) se ha de distinguir de la *mala fe* del segundo comprador que excluye la adquisición *a non domino* (art. 1.473, 2), pero hay que recordar que quien vende por segunda vez defraudando al primer comprador, aunque al vender aún es el dueño *actual* (art. 1.473, 3, primera parte) ya no es un dueño que puede disponer libremente de su derecho, porque su titularidad ya no es pura y simple, pues al vender la finca al primer comprador dispuso de su derecho y, desde entonces, existe una doble titularidad condicional del derecho de propiedad: la del vendedor, propietario actual aunque dejará de serlo si se cumple la condición legal suspensiva del efecto traslativo contratado, y la del primer comprador, propietario futuro que pasará a ser el único titular en cuanto se cumpla, voluntaria o *forzosamente*, la condición, a menos que, antes, adquiera la propiedad un segundo comprador de buena fe.

En ambos supuestos, la mala fe del segundo comprador consiste en un conocimiento de la primera venta que le hace cooperador consciente y voluntario de la defraudación del vendedor al primer comprador, sea éste un futuro propietario por compra aún no seguida de entrega (art. 1.473, 3, primera parte), o sea éste un propietario actual por compra y entrega ya realizada (art. 1.473, 2).

La segunda venta es rescindible si el segundo comprador es de mala fe, y la rescisión sólo afecta al subcomprador si también es de mala fe, en cuanto coopera a la defraudación al primer comprador. La prueba del conocimiento, de la mala fe del subcomprador es innecesaria cuando el Registro de la Propiedad resulta o aparece la existencia de la causa de la rescisión, porque consta anotada la demanda de rescisión planteada por el primer comprador defraudado (arts. 32 y 37 LH).

Desconocimiento de la desposesión del vendedor (arts. 1.460, 2, y 1.462, 2).

Cuando en el momento de la perfección del contrato de venta el comprador desconoce la situación de desposesión del vendedor, puede parecerle que se ha realizado la tradición, según acuerdo de *constituto posesorio* o de tradición *brevi manu*.

Más tarde, cuando el comprador llega a conocer la desposesión, en principio, podrá «desistir» del contrato (art. 1.460, 2, por analogía secular), porque, al contratar, era imposible que el vendedor pudiera entregar,

era objetivamente imposible la prestación esencial del vendedor y, por tanto, era imposible el contrato de venta ordinaria, pura y simple (art. 1.445), de manera que «no hay contrato» (art. 1.261), sino sólo *apariencia* de contrato, que no surtirá efecto como tal contrato de venta ordinaria, pura y simple, que obliga a entregar (art. 1.275).

Esta venta ordinaria, en principio, parece que se ha de considerar inexistente o nula (según la terminología conceptual que se adopte), por razón de su objeto, por ser totalmente imposible la prestación esencial del vendedor que consiste en transmitir la posesión de la cosa, de la que se ha acordado la transmisión del dominio.

Ahora bien, históricamente, la pérdida de la posesión de la cosa se asimila analógicamente a la pérdida de una parte física de la cosa, pues el propietario, aunque ha perdido la posesión de la cosa, conserva su derecho de propiedad incorporal y controvertido, con la correspondiente acción reivindicatoria para recuperar la posesión, al igual que el propietario que ha perdido una parte física de la cosa conserva el resto de la cosa (Digesto 18,4,21).

Al supuesto de pérdida de parte física de la cosa se refiere el artículo 1.460 del Código Civil, según el cual «Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiera perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. Pero si se hubiera perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido».

Es decir, la ley considera que el comprador, libremente, se conforma con adquirir el *resto* de la cosa y reclamar la reducción del precio, salvo si desiste del contrato. Esta no es una simple alternativa u opción, pues se preconiza la persistencia del vínculo contractual en cuanto su inexistencia ha de ser expresamente perdida, dentro de un breve plazo, al igual que la posible reducción del precio.

Una acción de reducción posible del precio convenido, salvo desestimiento, a elección del comprador, se regula también por el Código Civil en otros supuestos de hechos similares, es que la cosa adolece de ciertos defectos que afectan a su valor; así, cuando, después de la perfección del contrato de venta, el comprador llega a conocer que la finca tiene menor cabida que la contratada (arts. 1.469 a 1.472) o que la cosa comprada adolece de ignorado vicio o defecto físico (arts. 1.484 a 1.499), y en estos casos la acción prescribe a los seis meses, contados desde el día de la entrega (arts. 1.472 y 1.490), o bien que la finca está gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, y en este caso la opción se podrá ejercitar durante un año a contar desde el otorgamiento de la escritura, aunque transcurrido el año, la indemnización se

podrá pedir dentro de otro año, a contar desde el día en que se ha descubierto la carga o gravamen (art. 1.483).

Cuando se trata de una finca, la pérdida parcial puede consistir, por ejemplo, en el incendio y pérdida total de un edificio, ya que siempre queda como *resto* el solar (supuesto al que se refiere el Digesto 18,4,21) o puede consistir, acaso, en una grave avulsión fluvial de un campo, del que resta una parte importante, supuesto parecido al de falta de cabida de la finca.

La acción de reducción del precio, salvo desestimiento, es una acción personal del comprador perjudicado, que sólo será eficaz entre las partes contratantes, pues el Código alude a «rescisión» en algunos casos (arts. 1.469, 1.483 y 1.486), y así será aplicable lo dispuesto con carácter general en cuanto a los efectos de la rescisión propiamente dicha (art. 1.295), con las peculiaridades de cada caso.

Una peculiaridad importante es la duración de la acción, que no es la general de cuatro años (art. 1.299), sino la específica, de seis meses (arts. 1.472 y 1.490) o de un año (art. 1.483), en los casos similares al de pérdida de una parte física de la cosa, para el que parece aplicable el plazo de seis meses que corresponde al supuesto de defecto de cabida (art. 1.472).

De todos modos, este supuesto no se ha de confundir con la rescisión propiamente dicha, por *lesión*, por haber convenido *poco* dinero a cambio de la cosa (art. 1.291, 1, 2), por fraude (art. 1.291, 3, 4) o porque lo determine la ley (art. 1.291, 5), casos en los que no se faculta al comprador lesionado para pedir judicialmente un *aumento del precio o la rescisión, sino tan sólo para pedir o no pedir la rescisión*.

El supuesto tampoco se ha de confundir con la rescisión por incumplimiento voluntario de una prestación objetivamente posible en el momento de la perfección del contrato, rescisión que puede pedir la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra parte, sin que pueda pedir una reducción del precio cuando se trata de un comprador perjudicado, salvando la posible indemnización del perjuicio (art. 1.124).

En el momento de la perfección del contrato, existe un defecto del presupuesto objetivo del contrato, de la cosa que es objeto de la venta, que disminuye su valor, una minusvalía, y la ley concede al comprador una doble acción alternativa, redhibitoria o *quantum minoris*, para rescindir el contrato o equilibrar las prestaciones al minorar o reducir el precio.

Análogamente, la pérdida de la posesión anterior a la venta, conocida por el comprador después de la compra, implica, según la ley, que éste se conforma con la cesión del derecho de propiedad no acompañado de la posesión, salvo si manifiesta oportunamente que desiste del contrato.

1) A menos que el comprador, después de descubrir que el vendedor no era poseedor y que la tradición era imposible y no se ha realizado, opte por desistir de la compra, existirá contrato, pero no existirá tradición, aun cuando la venta se otorgue en escritura pública, porque la tradición es traspaso de la posesión del vendedor, aunque sea poseedor con mediador o con servidor de la posesión.

Según la Historia y la Lógica, lo que entonces existe es un contrato de compraventa, pero no un contrato de venta ordinaria, de cosa poseída por el vendedor, que le obliga a entregar la posesión al comprador en la actualidad de la perfección del contrato, sino un contrato de venta de un derecho de propiedad incorporeal (porque no va acompañado de la posesión que tiene un tercero) y controvertido (porque el tercero se atribuye la propiedad), un contrato de venta denominado contrato de cesión (art. 1.526), que no obliga a entregar la cosa, un contrato secularmente nombrado contrato de cesión de la acción reivindicatoria, porque será el comprador quien obtenga la posesión, judicialmente, reivindicando contra el tercero poseedor, actuando como propietario, por cesión que excluye la tradición.

En principio, el desconocimiento de la situación de desposesión del vendedor faculta al comprador para reivindicar; notificando al vendedor la demanda (art. 1.481) para que pueda auxiliarse procesalmente, en cuanto a su prueba de la pertenencia del derecho al perfeccionarse la cesión o venta (art. 1.482).

Si el reivindicante logra recibir la posesión, podrá pedir y obtener una reducción del precio, que puede ser proporcional a los costes de la reivindicación, del mismo modo que el comprador puede pedir una reducción del precio proporcional al valor de la parte física perdida de la cosa (art. 1.460, 2).

Si el reivindicante es vencido por el poseedor, podrá ejercitar contra el vendedor la acción de saneamiento de la evicción (art. 1.480), porque la Sentencia firme del juicio reivindicatorio declara que el derecho vendido no pertenecía al vendedor, sino al poseedor demandado (art. 1.475 y jurisprudencia), y condena al vendedor a la devolución del valor de la cosa al tiempo de la evicción, de los gastos del contrato, de las costas del pleito, etc. (art. 1.478), sin perjuicio de lo convenido con buena fe (art. 1.475, 3, 1.476, 1.477).

2) Ahora bien, si el comprador opta por desistir del contrato, hay que considerar algunas cuestiones:

1. El plazo para desistir puede estimarse que será el de seis meses desde el día de la entrega *aparente* (art. 1.472), porque históricamente la analogía se refiere a la pérdida física parcial de la cosa. La analogía con

el supuesto de gravamen oculto, con su plazo de un año (art. 1.483), resulta menos fundada, en cuanto el Código Civil lo configura más bien como un supuesto de posible vencimiento en juicio, si se ejercitara la acción negatoria, atendida la colocación del precepto en el texto legal, al ser el último de los que tratan de la evicción y no el último de los que tratan de los «defectos o gravámenes ocultos».

2. Por otra parte, la manifestación del desistimiento por el comprador, frente al vendedor, no impide que el vendedor pruebe su inoportunidad, porque el comprador, con anterioridad, ya había manifestado, con alguna declaración o manifestación de voluntad o con algún hecho propio concluyente, que optaba por conformarse y no ejercitar la acción redhibitoria o rescisoria.

3. Pero la cuestión más importante a dilucidar es la posibilidad de desistir del contrato, de rescindirlo, cuando el comprador desconoce la desposesión del vendedor, que no ha sido manifestada en la *escritura notarial* de venta, la que *parece* referirse a un contrato de venta de finca inmatriculada, seguido de entrega (art. 1.462, 2), que se ha inscrito (art. 36, 2, LH).

Desde un punto de vista registral, cabría pensar que la petición de inscripción implica conformidad con la situación ya conocida al presentar la escritura en el Diario, y también que el hecho de vender el cesionario implica una conformidad con la situación ya conocida al vender (si bien, aunque entonces la desconociera, no podría obtener la rescisión del contrato en perjuicio de su causahabiente tercero protegido, conforme al artículo 37, 1, LH: sin impedir que fuera éste quien pidiera la rescisión del contrato de compra propio y del de compra por su causante, alegando la desposesión).

Esta es la situación legal a la que parece se refiere la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1890, que aplica la legislación anterior al Código Civil. El titular registral por compra litiga contra su vendedor desposeído, que es el titular registral anterior, y se declara rescindido el contrato inscrito, por desistimiento del comprador que no está dispuesto a ejercitar la acción reivindicatoria contra el tercero poseedor en concepto de dueño.

Pero el Código Civil introduce una reforma legislativa de gran importancia en el artículo 1.462, 2. Acerca de él, ya se ha estudiado el supuesto en que el vendedor es el poseedor de la cosa vendida, y se ha visto que, salvo pacto, normalmente, se ha de considerar acordada una entrega por acuerdo de tradición, *brevi manu* o de *constituto posesorio*, que hace inoperante la antigua cláusula de estilo por la que, expresamente, el vendedor dejaba de ser poseedor en concepto de dueño y se constituía posee-

dor en concepto distinto al de dueño, al menos como precarista. Ahora bien, hay que examinar el supuesto en que el vendedor no es el poseedor porque un tercero le ha desposeído (art. 348, 2).

El precepto, hay que recordarlo (p. 798), procede del Proyecto de Código Civil de 1851, que en su artículo 1.385 decía que «cuando por disposición de la ley o por la voluntad de las partes se haga la *venta en escritura pública*, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». La redacción, como se ve, es similar a la del vigente artículo 1.462, 2.

También hay que observar que el proyectado precepto se refiere, exclusivamente, a la prueba del cumplimiento posible de la obligación de entregar la *posesión*, porque en el Proyecto de 1851 el contrato de compra transmite el dominio por sí solo, sin tradición adicional. Esto permite destacar, como ya hice en mi primer estudio (p. 799), que el artículo 1.462, 2, vigente, no se puede referir al aspecto *dispositivo* del contrato, a la tramitación del *dominio*, sino sólo al aspecto *obligatorio* del contrato, a la prueba del cumplimiento posible de la obligación de entregar la *posesión*.

Es decir, el artículo 1.462, 2, no se puede referir a la *disposición traslativa del derecho*, oponible, por el comprador, al tercero poseedor en concepto de dueño contra quien reivindica para obtener la posesión, sino que se ha de referir, exclusivamente, al *cumplimiento de la obligación de entregar la posesión*, oponible, por el vendedor, al comprador que pretende, como comprador y no como propietario por compra, que se le entregue la posesión que ya recibió, al menos por *constituto posesorio*, o que se le entregue la posesión que tiene un tercero en concepto de dueño, para lo que el vendedor tendría que recuperarla reivindicando.

Así pues, el artículo 1.462, 2, no se puede referir a una imaginaria tradición *incorporal* instrumental del vendedor desposeído al comprador, que LACRUZ considera necesaria para que se consume la transmisión del dominio del vendedor desposeído al comprador, mediante escritura pública que suple o sustituye a la tradición *corporal* imposible.

El legislador —dejando a salvo la eficacia del pacto, expreso, o tácito pero claro, por el que las partes manifiestan que no se ha consumado la entrega— dispone que el comprador no puede pedir judicialmente, con éxito, ni el cumplimiento ejecutivo o forzoso de algo que ya está cumplido, ni la rescisión del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar, sin entrar a considerar si es o no es posible su cumplimiento ejecutivo o forzoso, habida cuenta de la normal voluntad de las partes que contratan la venta en escritura pública, ante Notario, asesor jurídico y testigo cualificado.

Si el vendedor ha quedado constituido poseedor en concepto distinto

al de dueño, como en el de precarista, lo procedente no es que el comprador pida el cumplimiento de la entrega cuando el vendedor retiene indebidamente la posesión de hecho que el comprador reclama se le *devuelva*, incluso cuando el vendedor intente aparece como poseedor en concepto de dueño, sino que el comprador, como propietario por compra, ejercite contra el vendedor, que ya no es el propietario, la acción de desahucio por precario extinguido, u otra similar que sea procedente conforme a la relación contractual, que no es la de compraventa, que les vincula.

Cuando se conoce, después de la compra, que el vendedor estaba desposeído al vender, no cabe que el comprador pida el cumplimiento ejecutivo o forzoso de la entrega, que es imposible sin reivindicar, a lo que no está obligado el vendedor, pero tampoco cabe que el comprador pida la rescisión del contrato (art. 1.462, 2), porque se ha de entender que el comprador, que no formalizó pacto alguno de reserva de acciones respecto a la obligación de entregar, conoce o, al menos, ha podido conocer, pues tuvo «medios racionales y motivos suficientes» para conocer, la situación posesoria, y se conforma con ella; de manera que, en vez de actuar judicialmente contra el vendedor, *para debatir su desconocimiento de la desposesión* de éste y que se declare rescindido el contrato, lo procedente es que actúe contra el tercero poseedor para obtener de él la *posesión*, sin perjuicio de poder ejercitar, contra el vendedor, la acción de saneamiento en caso de evicción del *derecho* de propiedad, o la acción de reducción del precio e indemnización de los gastos y perjuicios de la obtención judicial de la posesión que el vendedor no le entregó, *si es cierto que desconocía la desposesión* de éste.

Hay que insistir en que, según el Proyecto de 1851, el vendedor adquiere la propiedad por el contrato de venta, sin que la efectividad de la transmisión del derecho esté condicionada a la transmisión de la posesión del vendedor al comprador, de manera que ninguna dificultad puede tener el comprador para ejercitar contra el tercero poseedor la acción reivindicatoria a él correspondiente como propietario por compra. La misma solución es la procedente en el Derecho francés y en el italiano.

Pues bien, el precepto del Código Civil vigente, *el artículo 1.462, 2, se ha de entender que tiene el mismo sentido que tenía en el Proyecto de 1851*, que exclusivamente alude a la imposibilidad para el comprador de que sea estimada su alegación de incumplimiento de la obligación de entregar, a efectos de lograr el cumplimiento ejecutivo o forzoso, o bien la rescisión del contrato, tanto si el vendedor retiene indebidamente la posesión de hecho y procede desahuciarle, como si el vendedor no puede hacer entrega porque la posesión la tiene un tercero, contra quien el vendedor ni está obligado a reivindicar, ni puede reivindicar, porque ya ha dispuesto de su derecho y la disposición ha sido aceptada por el comprador, a quien

corresponde reivindicar como propietario por compra (del derecho de propiedad incorporal).

No le parecerá así a quien crea que cuando el vendedor está desposeído no puede haber transmisión del dominio sin tradición, aunque sea *incorporal*. Porque olvida que cuando el vendedor tiene un derecho de propiedad *incorporal*, el contrato de compraventa procedente, según la ley, es el contrato de cesión, que no obliga a entregar y que transmite el derecho *incorporal* en el momento de contratar (art. 1.526). Porque olvida, además, que en caso de desconocimiento de la desposesión, la ley preconiza que la compraventa contratada no es una *venta de cosa*, sino que es una *cesión del derecho de propiedad incorporal*, a menos que el comprador desista, oportunamente, del contrato (art. 1.460, 2). Y porque no observa, por último, que cuando se ha otorgado la venta en escritura pública, sin reserva de acciones, no cabe pedir ni el cumplimiento ejecutivo o forzoso de la entrega, ni la rescisión del contrato por incumplimiento, *en ningún caso*: de manera que, *en el caso de desposesión* del vendedor, cuando la venta se formalizó en escritura notarial, y salvo pacto probado por la misma escritura, sólo cabe que el comprador reivindique contra el tercero poseedor, sin perjuicio de obtener la reducción del precio que corresponda en atención a la situación de desposesión del vendedor y a los gastos y perjuicios padecidos para obtener la posesión judicialmente (art. 1.462, 2).

En cambio, cuando la venta fue verbal o consta se ha formalizado en documento privado no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1.462, 2, y el comprador que desconocía la desposesión del vendedor sí que podrá optar conforme al artículo 1.460, 2: Podrá conformarse con reivindicar (art. 1.460, 2), por lo que conviene elevar a escritura notarial el contrato que ha de ser probado —aunque sea por testigos— ante el tercero poseedor en concepto de dueño demandado (art. 1.526, 1). Pero también podrá actuar contra el vendedor pidiendo se declare rescindido el contrato, en consideración a su desconocimiento de la desposesión del vendedor (art. 1.460, 2), al igual que, antes de entrar en vigor el Código Civil, podía hacerlo incluso en el caso de haberse formalizado la venta en escritura notarial, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1890 (p. 1357 del estudio segundo). Pero no podrá pedir que reivindique el vendedor y le apodere al efecto (Sentencia 20 de enero de 1912).

En cuanto a la prueba del desconocimiento alegado, el vendedor intentará probar que el comprador conoció o «tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición», la desposesión del vendedor, y el comprador podrá argumentar la falta de información suficiente obtenida del vendedor, sobre todo cuando ocultó su propio conocimiento de la desposesión, y, más aún, cuando manifestó

expresamente o dio a entender que era poseedor, incluso actuando maliciosamente.

En resumen, en caso de desposesión del vendedor, el artículo 1.462, 2, no implica una tradición *incorporal* y *no faculta* al comprador para que reivindique, porque esta facultad resulta de lo dispuesto por el artículo 1.460, 2, en relación con el artículo 1.526, y con el artículo 609, 2, al principio («por la ley»). Ahora bien, el artículo 1.462, 2, *impide* que el comprador, que no puede exigir el cumplimiento ejecutivo, pueda alegar incumplimiento y obtener la rescisión del contrato, fundándose en el hecho de su desconocimiento al comprar de la desposesión del vendedor, sin perjuicio de lo cual podrá pedir la ayuda procesal del vendedor para ejercitar la acción reivindicatoria con éxito y tener expedita, en su caso, la acción de saneamiento por evicción, y podrá reclamar el resarcimiento de los gastos y perjuicios correspondientes, teniendo en cuenta el resultado del litigio, como reducción del precio (art. 1.460, 2). En este sentido se ha de interpretar la Sentencia de 20 de enero de 1912, según ya dije.

Como *antecedente histórico* de la aplicación del artículo 1.460, 2, al supuesto de desconocimiento de la desposesión del vendedor, aludí al texto fundamental del Digesto 18,4,21 y a los dos principios o reglas del Derecho (Digesto 50,17,15 y 204) recordados por los legisladores FLORENCIO GARCÍA GOYENA y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA como relativos a la misma cuestión, y también apunté que el olvido de la razón analógica secular y vigente facilita concebir opiniones tan fantásticas como la de creer en la existencia de una tradición *incorporal*. Estimo innecesario repetir aquí lo ya dicho en este estudio y en el anterior.

Pero *conviene precisar algunas ideas*.

El criterio auténtico de GÓMEZ DE LA SERNA se refiere al desconocimiento del *hecho* de la desposesión que determina un *error en la calificación* del contrato verdaderamente otorgado, que es el de cesión y no el de venta de cosa. La teoría de LACRUZ, en cambio, se funda en un *error juris*, en el desconocimiento del Derecho, de las normas, vigentes pero olvidadas, contenidas en los artículos 1.526 y 1.460, 2; conduce al error de ver en el artículo 1.462, 2, la existencia de una imaginaria tradición *incorporal*.

El criterio auténtico de GÓMEZ DE LA SERNA se funda en el supuesto del *conocimiento* de la desposesión, al que se refiere el artículo 1.526, y aplica su solución al supuesto de desconocimiento, teniendo en cuenta los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, según su interpretación histórica. La teoría de LACRUZ considera en primer plano el supuesto del *desconocimiento* de la desposesión, en un intento bien intencionado pero equivocado de resolver un «problema registral» que legalmente no existe, dejando prácticamente olvidado el supuesto del conocimiento de la desposesión.

A la desposesión *manifestada* al contratar, y, por tanto, conocida, se

refiere el artículo 1.526. A la desposesión no manifestada o no expuesta al contratar, pero que es conocida y queda *silenciada*, se refiere el artículo 1.526 y la Sentencia de 21 de diciembre de 1905. A la desposesión no manifestada por ser *desconocida* se refiere el artículo 1.526 y los artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, así como la Sentencia de 20 de enero de 1912.

El artículo 1.526, 1, se refiere a la *prueba* de las *voluntades contractuales*, primariamente *dispositivas*, en el supuesto de desposesión del vendedor, que excluye la obligación de entregar.

El artículo 1.462, 2, se refiere a la *prueba del cumplimiento de la obligación de entregar* en el supuesto de una escritura notarial que califica el contrato otorgado como venta de cosa, que obliga a entregar (art. 1.445).

El precepto dispone que el otorgamiento del contrato escriturado, la *declaración* de las voluntades contractuales, dispositivas y obligatorias, significa, supone, implica, *equivale* la *manifestación* de las voluntades de ambas partes contratantes de considerar cumplida la obligación de entregar la cosa, equivale a la *expresión de la conformidad* con la situación posesoria en la que queda el comprador al autorizarse la escritura, normalmente a consecuencia de un tácito pacto o acuerdo de *constituto posesorio*.

El precepto dispone que la escritura notarial es prueba plena, documental, preconstituida, del acuerdo alcanzado acerca de la efectividad del cumplimiento de la obligación de entregar la cosa.

El artículo 1.462, 2, *impide*, a quien compra una cosa según escritura notarial, demandar con éxito al vendedor alegando incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y pidiendo que se proceda al cumplimiento ejecutivo o que se declare la rescisión del contrato (art. 1.124).

A menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente se considera cumplida la obligación de entregar la cosa, es decir, salvo pacto de reserva de acciones que permita pedir al juez, cuando el vendedor continúa siendo poseedor en concepto de dueño, el supletorio cumplimiento ejecutivo de la entrega actualmente posible, o la rescisión del contrato, o bien, cuando resulte que el vendedor acaso pudiera estar desposeído, que actúe contra el tercero poseedor, recupere la posesión y se la entregue al comprador, o que el comprador pueda pedir la rescisión del contrato sin necesidad de probar su desconocimiento de la verdadera situación posesoria (desconocida o conocida por el vendedor), que haga necesario reivindicar contra un tercero que parece poseedor en concepto de dueño.

El legislador del artículo 1.462, 2, quiere evitar las dificultades de la prueba de la entrega, y de la recepción, de la posesión de la cosa, e impedir alegaciones abusivas, del comprador contra el vendedor o viceversa.

El comprador siempre podrá obtener la posesión material desahuciando al vendedor precarista que se niega a *devolver* la cosa, que no posee en concepto de dueño desde la fecha del otorgamiento; pero no podrá pedir una entrega que ya se ha realizado por *constituto posesorio*.

El comprador tampoco puede pretender del vendedor la entrega o la rescisión cuando existe un tercero que parece ser poseedor en concepto de dueño. En tal caso, el comprador, como propietario por contrato de compraventa, actuará directamente contra el tercero, y con él dilucidará si el vendedor no era el verdadero propietario (y entonces procede exigir el saneamiento al vendedor). o era el verdadero propietario, por lo que el tercero debe *devolver* la posesión, al comprador y propietario *actual*, ya lo sea por compra y entrega *anterior* la desposesión por el tercero (art. 609, 2, al final, 1.445, 1.462, 1, 1.095, y 348, 2), ya lo sea por cesión *posterior* a la desposesión por el tercero (arts. 609, 2, al principio, «por la ley»), conocida por el comprador (art. 1.526) o desconocida por éste (arts. 1.526, 1, 1.460, 2, y 1.462, 2), sin perjuicio en este segundo caso de la posterior reclamación del comprador contra el vendedor acerca de la reducción del precio, una vez aprobada la certeza de la posesión en concepto de dueño del tercero vencido, así como la fecha en que comenzó ésta, y, quizá, el desconocimiento de la desposesión por el comprador.

En definitiva, la escritura notarial prueba la *conformidad* del comprador en no pedir la rescisión de la compra, o cualquiera actuación complementaria del vendedor para obtener una entrega, que ya se ha realizado si el vendedor no estaba desposeído.

En cambio, la escritura notarial no es prueba de ser poseedor el vendedor, ni siquiera presuntamente, ni equivale a una tradición cuando ésta es imposible, y no se exige por la ley para quedar transmitido el derecho incorporal del propietario desposeído.

Según la ley sustantiva, es fundada la demanda del comprador contra el tercero poseedor en que ejercita la acción reivindicatoria para obtener la posesión de la cosa comprada mediante escritura notarial (arts. 609, 2, al final o al principio, art. 348, 2, y arts. 1.445, 1.095, o arts. 1.526 y 1.460, 2, en su caso, más el art. 1.462, 2, en cualquier caso).

Según la ley sustantiva, es infundada la demanda del comprador contra el vendedor en que, alegando no haber recibido la posesión de la cosa, ejercita la acción de rescisión del contrato formalizado en escritura notarial (art. 1.462, 2, salvo pacto), aunque alegue que desconocía la desposesión del vendedor (arts. 1.526 y 1.460, 2).

Dos errores de Derecho:

1.º Venta, con acuerdo de cesión impropia, y tradición futura (historicismo involucionista).

El que exista la regulación especial del contrato de compraventa del derecho de propiedad no acompañado de la posesión, con efecto traslativo en el momento de la perfección (art. 1.526 y art. 1460, 2), no impide que las partes contratantes, cuando el vendedor de una cosa no es poseedor de ella porque la posee un tercero en concepto de dueño, puedan convenir, expresa o tácitamente, que el vendedor asuma, por el contrato y no por la ley, la obligación o deber adicional de recuperar la posesión de la cosa para entregarla al comprador y que, entonces, sólo en el momento en que se entrega la cosa al comprador pasará éste a ser el propietario, por compra y entrega.

Adicionalmente, o sin aludir a la obligación del vendedor de recuperar la posesión, se puede autorizar al comprador para que ejercite la acción reivindicatoria del vendedor.

Esta es una autorización que algunos autores denominan «cesión», sin adjetivo calificativo que permita diferenciarla, como cesión impropia que es, de la cesión propiamente dicha (que no autoriza al cesionario para que ejercite el derecho o la acción del vendedor o cedente, sino que transmite el derecho en el mismo momento de la perfección del contrato) porque opinan que la cesión siempre es autorización para el ejercicio del derecho o de la acción del cedente por el cesionario, siguiendo el parecer de MÜHLENBRUCH, quien creía que esto era lo dispuesto para la cesión de créditos en el Derecho romano vigente en Alemania el pasado siglo XIX, y el parecer de IHERING, quien creía en 1857 lo mismo que aquél e hizo aplicación de su creencia a la cesión del derecho del propietario no poseedor. Opinión de IHERING, en cuanto al Derecho romano, que VALLET DE GOYTISOLO defendió como vigente en el Derecho español y que hoy sigue ALVAREZ CAPEROCHIPI.

En su *Derecho inmobiliario registral*, antes citado, que fue divulgado cuando ya estaba en prensa mi estudio segundo y no pude contestar «por alusiones», a propósito del trabajo de VALLET DE GOYTISOLO acerca de «la buena fe, la inscripción y la posesión en la fe pública» (*RDP* 1947, páginas 941 y sigs., recogido en sus *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, 1978, págs. 465 y sigs.) dice que «ejerció una *particular influencia* en mi comprensión del fenómeno registral como totalidad» (pág. 131), y que «es, también, una vez más, *clave* para entender» «las posturas planteadas en el conflicto entre posesión y registro» (pág. 143), deduciendo que «la prescripción comenzada —es decir, la posesión en concepto de dueño por un tercero extrarregistral— perjudica al titular inscrito que tenga la condición de tercero hipotecario» (pág. 122), porque «está claro que la acción registral —del artículo 41 LH— no puede dirigirse contra el poseedor a título de dueño» (pág. 127); opiniones a las que se unen una serie de

manifestaciones de su «comprensión del fenómeno registral» que merecen una detallada réplica, aquí improcedente.

Dice (pág. 131) que «*incidentalmente* mantiene la postura *antigua* sobre la proponibilidad de la acción real del artículo 41 frente al poseedor a título de dueño Eusebio Giménez Roig...» Su «comprensión del fenómeno registral» no le permite comprender que mi estudio de 1980 no mantiene una postura «antigua» sobre dicha proponibilidad, ni «incidentalmente» se refiere al artículo 41 LH, porque todo el estudio intenta probar la falta de fundamento de la opinión conceptualista de IHERING, expuesta en el año 1857, acerca de la cesión de la acción reivindicatoria, en la que se funda VALLET, indirectamente, en una exaltada obra de juventud (año 1947), opinión que representa un salto atávico al Derecho romano primitivo, a la que también se dedica mi estudio segundo, con el que queda contestada ampliamente la opinión de VALLET y de ALVAREZ CAPEROCHIPI, aparte de lo que argumentó en este estudio tercero.

Habida cuenta de la trascendencia registral *negativa* de estas opiniones, creo merecen cierta consideración cuantos esfuerzos se hagan para clarificar su falta de fundamento, en legítima defensa de la institución registral frente a una magnificación tendenciosa de la posesión, la tradición y la usucapción no ya sólo contra el Registro, sino incluso frente a la misma propiedad privada, propia de una sociedad libre y de una economía de mercado, sin demagogias colectivas.

Ahora me parece oportuno parafrasear algo que significo con la expresión «IHERING contra IHERING», a imitación de una conocida película sobre divorcio al uso judicial USA, equivalente al «*mea culpa*» de IHERING.

El genial profesor RUDOLF VON IHERING, el IHERING de los traductores españoles y de la doctrina española (que no entran en purismos idiomáticos acerca de la forma de escribir un sonido de i larga que no coincide exactamente con otro español, acaso con la y, pero, desde luego, no con el de la j española) en 1857 (o sea cuatro años antes de la LH española de 1861), a sus treinta y nueve años, funda la revista *Anuario para la dogmática del actual Derecho privado romano y alemán (Jahrbücher Für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts)*, más conocida como *Anuario de Ihering (Jhering Jahrbücher)*, y en el tomo I plantea su programa (*Unsere Aufgabe*).

Veinte años después (en 1877) publica *La finalidad del Derecho (Der Zweck im Recht)*, seguido siete años más tarde (en 1884) de sus *Bromas y veras en la ciencia jurídica (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz)*, traducción más ajustada que la anterior de *Jurisprudencia en broma y en serio* (tercera edición, patrocinada por VALLET DE GOYTISOLO, en Editorial

Cívitas, Madrid, 1987). Ocho años después muere (en 1892), sin llegar a ver aprobado (en 1896) el Código Civil alemán en el que tanto influyó.

Como acertadamente dice VALLET en su introducción, «No existe hombre alguno que viva en una campana neumática. Todos vivimos en el ambiente de nuestro respectivo tiempo, que respiramos sin apenas percatarnos o ante el cual reaccionamos críticamente...» (ORTEGA Y GASSET aludía a la «circunstancia» inseparable del yo). «IHERING no fue una excepción. Discípulo de SAVIGNY, de su Escuela histórica de Derecho, fue Profesor de Derecho romano» «elemento constitutivo de la cultura jurídica alemana» (decía SAVIGNY) «bajo la soberanía de los especialistas en Derecho» (decía PUCHTA), que «centran su estudio en el Derecho romano compilado por Justiniano, prescindiendo de su aplicación como Derecho común», y con metodología cartesiana y kantiana —yo diría más kantiana que cartesiana—, para superar la razón teórica y la razón práctica, llegan a ensalzar la pandectística, que dogmatiza conceptos, el método conceptualista, el conceptualismo metódico, el conceptualismo dogmático.

La genialidad de IHERING se manifiesta en que reacciona contra su ambiente, «logra apartarse del método —entonces denominado— lógico —hoy conceptualista— y adoptar el que llama método realista —hoy teleológico— según el cual «no hay acción sin fin». Sus *Bromas y veras en la ciencia jurídica* son un tremendo alegato contra el método conceptualista pandectista. En la parte III describe cómo el alma de un romanista muerto es recibida por un espíritu guía de almas (Psicóforo) que la conduce al «cielo de los conceptos»... «exclusivo para los teóricos... porque los prácticos tienen su cielo más allá, en el que la vida es igual que en la tierra, con sol y atmósfera adecuadas a la rústica constitución en un jurista práctico, que no puede subsistir en el vacío que necesitan los conceptos... (págs. 216 y sigs.). Nuestro cielo ha sido ubicado en el último rincón del universo para que en él no penetre ni una brisa de aire ni un solo rayo solar... es el reino de los pensamientos y de los conceptos abstractos que se han venido gestando a partir de ellos mismos, por vía lógica, con total independencia del mundo de la realidad» (pág. 218).

«—¿Son muchos los que aquí ingresan?

—No, son pocos, provenientes casi exclusivamente de Alemania y, aun de allí, sólo desde hace algún tiempo... El primero que solicitó el ingreso se llamaba Puchta... Con *Savigny* tuvimos grandes dificultades. Todavía no dominaba muy bien el arte de la construcción y estuvo a punto de ser reprobado, pero, por último, su escrito sobre la posesión resultó decisivo para que aprobara el examen. Se sostuvo que con ese trabajo había demostrado poseer la capacidad que se exige de todo aspirante al ingreso en este recinto: la de construir una institución jurídica aun prescindiendo en

absoluto de su valor práctico, basándose exclusivamente en las fuentes y en el concepto. En vistas de eso, fuimos indulgentes» (pág. 219).

El mismo IHERING, más adelante (pág. 268), confiesa «aún recuerdo mi desdén por mis amigos, jueces y abogados, que no alcanzaban a comprender la imperatividad forzosa de mis ideas y deducciones. Dicho sucintamente, es difícil que haya habido un partidario más fanático del método lógico como lo fui yo en aquel entonces, y mis escritos de quel período, sobre todo mi programa de los *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (t. I, 1857, n. 1, *Unsere Aufgabe*), presentan también muchas huellas de esa tesitura».

A efectos de este estudio se ha de observar que en el mismo tomo que alude IHERING publica su estudio sobre la cesión de la acción reivindicatoria, al que aludí (pág. 317, n. 81). No puede haber duda alguna, ante la propia confesión, que su construcción adolece de un profundo conceptualismo falsamente historicista.

Esta construcción se funda, como se ha dicho (pág. 318), en el conceptualismo de MÜHLENBRUCH respecto a la cesión de créditos en el Derecho romano, que IHERING critica en otros puntos de las *Bomas y veras*...

En un punto (pág. 104) se lamenta de «la manía de escribir», y cree encontrar «el foco de la dolencia», en que «el camino a la cátedra pasa por la imprenta. Nadie llega a profesor si no ha mediado un tipógrafo». «Por eso, cuanto más grueso sea el libro, mayor será el impacto. Y así se explica la maldición que pesa sobre nuestra literatura, esa artificiosa y forzada desproporción entre contenido y volumen, por qué en torno a un pensamiento minúsculo, miserable y parco se erige todo un colosal edificio. Y puede ocurrir que hasta ese pensamiento falte». «Conozco libros jurídicos que son verdaderas maravillas de erudición como, por ejemplo, la obra de Buchholz sobre los prelegados (700 págs), de la cual se habrán vendido apenas unos cincuenta ejemplares».

Después de aludir al viejo profesor GLÜCK, quien «cuando murió había llegado a completar treinta y cuatro tomos, que versaban sobre algo más de la mitad de las Pandectas», dice que «Luego vino *Mühlenbruch*, que murió cuando estaba trabajando en el título..., llegando a completar nueve tomos; más tarde Fein, quien exhaló su último suspiro al llegar al título..., dejándonos dos volúmenes. «¿Cuántas generaciones de juristas habrán de bajar a la tumba antes de que esa obra esté concluida? Y, cuando lo esté, ¿qué cuadro presentará el mundo? ¿Por qué será que ninguno de esos testarudos romanistas, que tienen tanto apego a cada letra del *Corpus juris*, tuvo jamás la ocurrencia de declarar válida aquella disposición penal de Justiniano —que prohibió severamente los comentarios sobre sus codificaciones— y denunciar al viejo Glück, a Savigny o a Puchta como *falsarios*?».

En otro punto de su obra, el espíritu que muestra el cielo de los conceptos, dice (pág. 258) «Aquí encontrarás aún otras ofensas inferidas a la esencia de la obligación, pero que datan de épocas recientes. Tienes, por ejemplo, el concepto de la *cesión*. Los juristas romanos veían en la cesión únicamente la transmisión del *ejercicio* de un derecho, y a nosotros (es decir, a los que están en el cielo de los conceptos) no nos cabe ninguna duda de que estaban en lo cierto. Pero los legisladores y prácticos modernos la convirtieron en lo que aquí ves: la transmisión del *crédito* mismo... Pero incluso ese moderno concepto de la cesión, por mucho que haga escarnio de los principios de la lógica, ha sido superado aún por el de título al portador...»

Es claro que IHERING se está refiriendo a la opinión de MÜHLENBRUCH acerca de la cesión de créditos, fundada en que «un crédito no es un *objeto* que se *tiene*, sino una *calidad* que *existe*», de manera que el acreedor tiene la calidad personal de acreedor, indisolublemente ligada a él, pero no tiene un objeto llamado crédito, transmisible a otra persona. No está claro, sin embargo, el que abjure de la opinión de MÜHLENBRUCH en cuanto al Derecho romano y no sólo en cuanto al Derecho moderno.

Explica IHERING (pág. 268) que aun cuando fue partidario fanático del método lógico «luego sobrevino un giro completo. Ese giro no partió de mis adentros; lo provocaron móviles externos: mis animadas relaciones con profesionales de la práctica, relaciones que siempre he buscado, cultivado y aprovechado; la labor que yo mismo tuve ocasión de desarrollar en la práctica cuando emitía dictámenes o actuaba en un dictamen oficial de facultad. En esas oportunidades, me arredró no pocas veces aplicar la tesis que otro había defendido... Una cosa es contentarse desde el punto de vista teórico con una norma jurídica que se cree leer en las fuentes o deducir de ellas, sin preocuparse por las consecuencias y los males que pueda ocasionar en el mundo, y otra cosa, aplicarla. Una opinión nociva, aunque sea formulada por una persona sana de mente no resiste esa prueba».

«Como comprendí que era necesario que a la crítica puramente negativa le siguiera una guía positiva que señalara el buen camino, resolví suspender por el momento *El espíritu del Derecho romano* y dedicarme a *El fin en el Derecho*, trabajo que pretende precisamente cumplir esa misión... Para mí, el interés real del presente vale más que la investigación histórica del pasado... El mismo ánimo me guió para sacar a luz el presente escrito... Este trabajo es obra de un hombre sobre el cual ha pesado durante años la maldición de la cual ahora busca liberar a otros... Nuestra teoría romanística debe y tiene que reformarse; no puede continuar por la senda que ha seguido hasta ahora. Debe abjurar la locura de creerse una *matemática del Derecho*, que no tiene otro objetivo superior que calcular

correctamente con los conceptos» (y con los principios hipotecarios añadiría yo).

También dice (pág. 273) «Hay prácticos dotados de un gran saber teórico pero poco perspicaces e inhábiles —el «erudito» que tanto temen los prácticos en su medio—, y otros que saben poco de teorías, pero tienen gran aptitud para la práctica. Este contraste se repite incluso en los pueblos. A mi juicio, por ejemplo, los franceses e italianos nos superan decididamente a nosotros, los alemanes, en cuanto a dotes jurídicas prácticas».

No obstante todo esto, lo cierto es que las «circunstancias» mandan en la elaboración del Código civil alemán y no parece que IHERING llegara a abjurar de la «construcción» conceptualista de SAVIGNY respecto al negocio abstracto, quizá pensando más en la conveniencia moderna que en la correcta interpretación del Derecho romano, conveniencia puesta en duda seriamente por los autores actuales alemanes, que critican la artificiosidad del doble acuerdo, obligacional y dispositivo, y más aún el del triple acuerdo, cuando se trata de considerar que el acuerdo de «Cesión» de la acción reivindicatoria suple la falta de posesión del disponente por negocio dispositivo de «Tradición», abstraído causalmente del negocio obligacional de «Compraventa».

Así, sobre el bien del anticonceptualismo de IHERING prevalece el mal del contagioso savignismo.

2.º Venta y tradición incorporal actual. (Paralogismo metahistórico.)

La tesis que sustento no es la de los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, considerada en mis dos estudios anteriores y expresamente rechazada (pág. 388 al final, págs. 789 y sigs., pág. 1350), aunque insistí, sobre todo, en la opinión de IHERING, porque es la que más afecta al fondo de la cuestión estudiada. Ahora, procede matizar las diferencias.

1. Algunos de los que siguen la teoría de LACRUZ parece que continúan aferrada a ella porque no han leído lo que rechazan o no lo han comprendido. En esta línea se ha escrito que «como instrumento para la garantía de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario está el Registro de la Propiedad, pero nunca como instrumento para la cesión de acciones cuyo ámbito es la legitimación procesal». «Los autores antiguos tenían muy clara la distinción entre derechos y acciones... en el Registro se inscriben estos derechos, garantizando su seguridad en el tráfico, pero nunca las acciones: no se inscribe la reivindicatoria ni ninguna otra».

Claro que nadie, que yo sepa, ha pretendido que se inscriba la acción reivindicatoria. Lo que yo he dicho, y pretendo quede muy claro, es que el titular registral del dominio que ha perdido la posesión, porque otro es el poseedor en concepto de dueño y niega la pertenencia del derecho al

titular registral, según el Derecho civil vigente (art. 1.526), puede vender su derecho de propiedad y lo transmite en el momento de la perfección de la venta, como lo tiene, sin la posesión. Lo dicen autores tan «antiguos» como FLORENCIO GARCÍA GOYENA, PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, MORELL y MANRESA, y algún otro «moderno», como el profesor DÍEZ PICAZO, quienes no dudo sabían, como sabe el último de ellos, distinguir qué es un derecho y qué es una acción, y qué es un contrato de cesión de derecho incorporal, como el del propietario desposeído, sobre todo cuando es el titular registral actual, y a sus opiniones me atengo.

Es indudable que en el Registro de la Propiedad se inscriben títulos traslativos de derechos, que constan probados documentalmente, y que en algunos casos figuran inscritas ventas otorgadas por el titular registral del dominio, desposeído, sin que resulte de la escritura su desposesión; así como también es indudable que se anoten demandas en las que se ejercitan acciones que son contradictorias de la exactitud del Registro, acaso porque el titular registral actual no es el verdadero propietario, pero no porque la demanda alegue que el titular registral anterior no era *poseedor* cuando vendió al titular registral actual, pues esta pretensión no es la de un reivindicante, que discute el *derecho*, la pertenencia del derecho, ni la del que pide se declara rescindida una segunda venta inscrita porque el segundo comprador era de mala fe al comprar.

La defensa del Registro no se fortalece creyendo ciertos apriorismos francamente perjudiciales, aunque infundados, sino desvelando cierta dialéctica que facilita tirar piedras sobre el tejado registral.

2. En otra línea más ajustada, JOSÉ MANUEL GARCÍA (*ob. cit.*, cap. XX, págs. 665-668), al tratar de la «inscripción y tradición», inmediatamente después de exponer con todo detalle «la interpretación de Lacruz y Aldaladejo» que comparte porque —dice— «es la que más ventajas ofrece en el Derecho constituido vigente», alude a la «interpretación de Eusebio Giménez Roig», que entiende ha de considerarse sólo como «*un argumento más a favor de la tesis de la tradición instrumental*» incorporal de LACRUZ y ALBALADEJO, porque «no puede construirse la cesión de la acción reivindicatoria como un supuesto autónomo, desligado de todo tipo de tradición», ya que la acción reivindicatoria «es inseparable del derecho de propiedad sin posesión» y «respecto a la transmisión de éste no se puede prescindir de la tradición instrumental, dado lo dispuesto en los artículos 609 y 1.462, 2, del Código Civil».

Desde luego, visto que el autor sólo recoge algunos párrafos del Epílogo a mis estudios y algunas de las conclusiones del primero de ellos, creo que no ha podido considerar con la atención suficiente el significado histórico de la expresión «cesión de la acción reivindicatoria», pese a haber reiterado, en mis dos estudios anteriores a éste, que sólo es una

manera histórica de nombrar «un caso» que es *el mismo* supuesto de compra del derecho de propiedad del propietario desposeído que contempla el profesor LACRUZ; pero esta expresión es útil porque permite recordar y no olvidar la evolución histórica del tratamiento legal y doctrinal de la situación de hecho hasta llegar al artículo 1.526 del Código Civil, sin solución de continuidad, sin necesidad de inventar soluciones *ex novo*, porque el precepto, no cabe duda alguna, contempla el caso y lo resuelve, sin exigir que se cumpla una tradición, corporal, un traspaso posesorio que sería imposible cumplir en la actualidad de la perfección del contrato, sin acudir a la cesión *impropia*, porque el artículo 1.526 sólo se refiere a la cesión propiamente dicha, inmediatamente traslativa del derecho incorporal cedido, y sin necesidad de ver en el artículo 1.462, 2, una tradición *incorporal* instrumental.

Al legislador del artículo 1.526, conocedor de la Historia, no se le ha ocurrido imaginar la existencia de una tradición que no existe, sino que se ha limitado a disponer que, por excepción lógica al caso de compraventa ordinaria por el vendedor poseedor, cuando el vendedor está desposeído porque existe un tercero poseedor en concepto de dueño (art. 348, 2) —de manera que el traspaso actual de la posesión, es imposible para el *verdadero propietario* y sólo es posible para el *poseedor no propietario*— basta el contrato de venta para transmitir el derecho del vendedor, tal como lo tiene, sin la posesión de la cosa. Este contrato de compraventa, históricamente, se denomina contrato de cesión de derecho incorporal, recordando que el propietario no posee la cosa, corporalmente, desde luego, ni como poseedor inmediato ni por mediador ni por servidor de la posesión, porque es un tercero quien posee la cosa en concepto de dueño, quien se atribuye la pertenencia del *derecho* de propiedad y niega que pertenezca al *verdadero* propietario desposeído.

Al regular este supuesto y el de la transmisión de créditos, que también son derechos incorporales, el legislador sólo exige una forma documental a los efectos probatorios *del contrato*, conforme a los artículos 1.218 y 1.227 (art. 1.526, 1), pero no una tradición o entrega adicional, aunque sea ficticia, para que se produzca el efecto traslativo contratado.

Desde mi punto de vista, parece ilógico decir que, «sin duda», la posición de LACRUZ y ALBALADEJO es la que más ventajas ofrece en el Derecho vigente, porque no se trata de buscar la conveniencia, sino de buscar la verdad y ésta no se puede encontrar sólidamente asentada en una tradición que no es tradición, ni siquiera ficticia en el sentido usual de la expresión. Claro que, para algunos, la posición de LACRUZ y ALBALADEJO puede parecer menos inconveniente que otras posiciones doctrinales que se fundan, como ella, en el mismo error de principio: creer que el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil sólo se refiere a

la compraventa mediante tradición, sin percatarse de que el mismo párrafo no sólo tiene un final, sino también un principio en el que alude a la adquisición «por la ley», que, en este caso concreto, es el artículo 1.526, enraizado en una historia secular.

A esto hay que añadir que el profesor LACRUZ, por carta en la que amablemente acusa recibo del ejemplar que se le remitió, como componente del Consejo de Redacción de la *RCDI*, de la edición separada de mis dos estudios, con el epílogo antes transcrito, manifiesta su congratulación «por esa publicación en la que veo reflejados, pero asimismo mejorados y más justificados, mis puntos de vista». Pienso que alude a sus puntos de vista contrarios a los de LA RICA acerca de una imaginaria dualidad legislativa, contradictoria, entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria. No obstante, al contestar al profesor LACRUZ, el 16 de mayo del pasado año, resaltaba la no coincidencia de sus puntos de vista con el criterio de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, añadiendo lo siguiente:

«Mi intuición del tema, porque algo no encajaba en la opinión común y porque la cesión de la acción reivindicatoria requiere un estudio concienzudo, arranca de la lectura del comentario de Castán al artículo 1.462 y de la interpretación de Roca al artículo 36, 2, LH, durante mis oposiciones, en 1948, hace cuarenta años, y aunque, por diversas circunstancias personales, tuve que interrumpir en varias ocasiones el estudio del tema, siempre he tenido como guía fiable el criterio de Pedro Gómez de la Serna para afrontar la opinión conceptualista de Ihering, y ahora, al final de mi vida profesional, creo que merece la pena presentar públicamente las conclusiones a que he llegado, en las que estimo confluyen conjuntamente las soluciones a muchas cuestiones conexas, previas y consiguientes, que suelen presentarse con absoluta desconexión y que requieren una consideración profunda del Derecho vigente, al efecto de llegar a una posible rectificación de ciertas interpretaciones que aclare sus semejanzas y diferencias con respecto a los vigentes sistemas latino, italiano y francés, y que subraye profundamente las diferencias con respecto al Derecho alemán y a su regulación del negocio dispositivo de transmisión...»

IHERING dijo bien (en sus *Bromas y veras...*, pág. 234) que «la regla *docendo discimus* no quiere decir que para enseñar tengamos que adquirir algunos conocimientos adicionales, sino que para enseñar tenemos que *clarificar* por completo nuestras ideas, que no son del todo claras. En alemán existe una expresión similar muy acertada: *sich klar schreiben* (escribir para lograr *claridad*). Personalmente he comprobado infinidad de veces la verdad de este asunto. Hasta con las ideas que he elucubrado y albergado en mi mente durante años, siempre puedo volver a comprobar

que sólo obtengo un dominio perfecto de ellas cuando les doy forma escrita».

Por todo ello, estimo inadecuado aludir a una «interpretación de Eusebio Giménez Roig», pues sólo trato de exponer la interpretación auténtica de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, la interpretación del legislador civil y registral, aunque actualizada conforme al Código Civil vigente, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de los autores posteriores y actuales.

Contradecir la opinión generalizada sobre los artículos 609, 2, 1.095 y 1.462, 2, es el motivo ocasional de este estudio, porque después de haber publicado otros dos estudios sobre la cuestión planteada aún confío en que, al fin, lograré exponer el auténtico criterio de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que también es el de MORELL y el de MANRESA, y parece ser el de Díez Picazo, debidamente actualizado, con claridad suficiente, para que, en verdad, llegue a ser leído y pueda ser asumido por el lector. Para que, excluidos los motivos de confusión, dicho criterio auténtico no continúe siendo desconocido y prejuzgado peyorativamente o incomprendido y rechazado sin argumentos congruentes.

Para que se escuche el eco actual de la menospreciada voz de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA (que clama en el desierto desde que se publicó la Ley Hipotecaria de 1861) y sea comprendido y asimilado por cuantos deseen conocer la buena nueva del hallazgo de una clave olvidada, única que permite demostrar la inexistencia del grave problema registral que se dice existir, parece que existe cuando el titular registral vendedor no es poseedor; lo que, en realidad, sólo es un pseudoproblema registral, un problema imaginario, porque el problema civil subyacente históricamente existió, pero quedó resuelto hace muchos siglos; sin tener que recurrir a imaginar la existencia de una tradición *incorporal*, que no es tradición (corporal, siempre, por definición).

Trato de explicar que muchos opinantes, proclives a sustituir la tradición española de GÓMEZ DE LA SERNA por la inscripción de LUZURIAGA, atribuyen a la tradición distinto sentido y mayor importancia que le atribuía GÓMEZ DE LA SERNA, el *Papa del principio romano de la publicidad por la tradición*, enfrentado a victorioso contra el *Antipapa del principio prusiano de la publicidad por la inscripción* sustituyente de la tradición respecto a inmuebles (CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA) y contra el *Antipapa del principio francés de la clandestinidad del consentimiento contractual* excluyente en todo caso de la tradición (FLORENCIO GARCÍA GOYENA). Resultan *más papistas que el Papa de la tradición* al interpretar el artículo 609, 2, del Código Civil, exigiendo masoquistamente que se realice una tradición actualmente imposible, que el Papa tradicionalista

excluye. Sin darse cuenta, debilitan la institución registral, el Registro de la Propiedad y la inscripción, de su confrontación con la magnificada tradición, que puede determinar el momento del comienzo de la posesión apta para la usucapión contra el Registro.

Acaso muchos opinantes puedan considerar suficiente y conveniente imaginar, siguiendo el parecer de los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, que la escritura notarial de venta por el propietario desposeído equivale a una tradición incorporal (art. 1.462, 2, según ellos), porque «se non é vero é ben trovato», y como «ya vale», con el «yavalismo» de que hablaba Julián MARÍAS, les parece ocioso y aun incómodo el comprobar si es cierta cualquier otra argumentación y les basta pensar que, en el mejor de los casos, sólo servirá para apoyar la *moderna invención teórica* de LACRUZ y ALBALADEJO, porque —según ellos dicen— es la piedra filosofal, *única «teoría» posible* para resolver el problema de la validez y eficacia de la inscripción del que compra al titular registral desposeído e inscribe su compra, sin infringir la *teoría* del título y el modo recogida como principio civil en los artículos 609, 2, y 1.095.

No obstante, insisto en defender la certeza de la validez y eficacia traslativa inmediata, desde su perfección, del contrato de compra del derecho de propiedad del vendedor que es propietario pero no es el poseedor en concepto de dueño, de conformidad con la ley civil (arts. 348, 2, 1.526), para que, en consecuencia, quede demostrado ser cierto que cuando se trata de un vendedor que es el titular registral del dominio, aunque no sea poseedor, si el comprador logra inscribir su título de compra escrutado y pasa a ser el nuevo y actual titular registral, como ocurre en la realidad (pág. 1.420), pese a opiniones adversas, la inscripción de su título adquisitivo es válida (art. 1.526, 2) y eficaz (art. 36, 2, en relación con el art. 41, 6, causa 2.^a, LH).

Siempre me ha parecido más importante comprender el alcance histórico y sistemático del artículo 1.526 del Código Civil y de sus artículos 1.460, 2, y 1.462, 2, que atenerme exclusivamente a las palabras finales del párrafo segundo del artículo 609, en relación con el artículo 1.095 y también 1.096, 1, porque la interpretación de un sistema u ordenamiento no se debe basar sólo en la letra de unas palabras, por muy importantes que sean, sin considerar su sentido y alcance por aplicación de todos los medios de interpretación, como ordena el Código Civil al decir que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3, 1, CC), sin olvidar que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contem-

plen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón» (art. 4, 1, CC).

1. No obstante, en este estudio hago observar que el artículo 609, 2, ha de leerse entero no sólo su final, sino también su principio, porque cuando alude a la adquisición del dominio «por la ley» se refiere, entre otras leyes, a la que promulga el Código Civil y a su artículo 1.526, que confirma la vigencia de la *ley romana* (C. 4,39,9) referente al contrato de cesión o contrato de compraventa de derecho incorporal, que ontológicamente no obliga a entregar, con muchos supuestos de aplicación entre los que se incluye la venta por el propietario desposeído, lo que resulta confirmada por la interpretación histórica, lógica, teleológica, sistemática... y el sentido común.

2. Son muchos los autores que consideran forma de entrega o tradición por el vendedor poseedor, denominada por ellos tradición instrumental, a la eficacia probatoria del cumplimiento de la obligación de entregar que la ley atribuye a la escritura notarial en la que se formaliza el otorgamiento de la venta, a menos que de la escritura resulte o se deduzca, claramente, que los contratantes consideran no ha quedado cumplida la obligación de entregar; presuponiendo que el vendedor es poseedor en concepto de dueño y puede hacer entrega actual, aunque sea por constituto posesorio.

Pero los profesores LACRUZ y ALBALADEJO opinan que, además, también existe una tradición instrumental que se adjetiva como *incorporal*, inmaterial o idealizada (aunque más bien es imaginaria o impropia), cuando el vendedor no es poseedor en concepto de dueño, ni siquiera por mediador o servidor de su posesión, y no puede hacer tradición, en el sentido propio y secular de dar posesión, transferir o transmitir la posesión de la cosa física, porque —dicen— el otorgamiento de la escritura notarial *equivale* a la tradición, en todo caso, sea o no sea poseedor el vendedor, aunque sólo es así a efectos de dar cumplimiento a la tradición que exige el artículo 609, 2, para la transmisión del derecho de propiedad por contrato de venta.

Pese a esta opinión teórica o invención imaginativa, la tradición es la transmisión voluntaria de la posesión, aunque en el mismo momento de realizarse, por el contrato de venta, queda transmitida la propiedad, el derecho (art. 1.462, 1; art. 1.095).

La tradición *incorporal* o en sentido impropio no es una transmisión de la posesión, porque no la tiene el vendedor y, por tanto, no la puede transmitir, sino que es una fantasía, fruto de la imaginación conceptualista, concebida para que se entienda cumplido algo que la ley aplicable no exige que se cumpla, porque es de imposible cumplimiento actual, sin recuperar previamente. Según la ley, de honda raigambre histórica, la

transmisión del derecho de propiedad del vendedor desposeído no está condicionada al cumplimiento de la tradición, previa recuperación de la posesión que un tercero tiene en concepto de dueño (art. 348, 2; 1.526). Lo *incorporal* es el *derecho* que se cede y queda transmitido sin necesidad de una *incorporal tradición*.

Los profesores de las escuelas medievales observaron que el derecho del propietario poseedor se retransmite por el contrato de compraventa pero en el momento de la tradición, posterior a la perfección del contrato, mientras que el derecho del propietario desposeído se transmite por el contrato de cesión, en el momento de su perfección, sin posterior tradición adicional, según la ley romana (C. 4,39,9), y, a efectos didácticos, dijeron que el *contrato de cesión* equivale a una tradición, en el sentido de que el derecho de propiedad queda transmitido por el contrato *como si* la tradición hubiera sido posible y se hubiera realizado en el mismo momento de la perfección del contrato de venta o cesión.

Es evidente que esta equivalencia *didáctica* o escolástica no es la equivalencia *sustantiva* que los profesores LACRUZ y ALBALADEJO deducen de la existencia de una escritura notarial que formaliza una venta, aparentemente ordinaria porque en ella no se manifiesta la desposesión del vendedor.

En verdad, cuando el vendedor está desposeído y el contrato de compraventa está formalizado en escritura pública, la transmisión del derecho de verdadero propietario se produce inmediatamente, por el contrato y en el momento de su perfección, pero no mediante tradición instrumental *incorporal*, ni mediante la forma documental de la escritura notarial, sino por el contrato, sin más, contrato que consta escriturado en el caso contemplado pero que podría no estarlo y producir el mismo efecto (que se produce por el contenido escriturado notarialmente, pero no por el continente o escritura notarial que lo contiene).

Procede recordar que el contrato de cesión, si se refiere a una finca, normalmente constará documentado en escritura pública (art. 1.280, 1, 6.º), sobre todo si los contratantes no manifiestan la desposesión del vendedor (art. 1.280, 1, 1.º), aunque el contrato de cesión, cualquiera que sea su forma, incluso la cesión verbal, es válido y surte su efecto traslativo inmediatamente, conforme a la voluntad de las partes contratantes y a la ley (art. 1.526, 1). Claro que quienes contrataron verbalmente o en documento privado, sea o no de fecha fehaciente (art. 1.227), podrán pedir que se formalice el contrato en escritura notarial (art. 1.526, 1, en relación con los arts. 1.278, 1.279, 1.280, 1, 1.º), para hacer valer la escritura como prueba plena del contrato contra tercero civil (art. 1.526, 1, en relación con el art. 1.218), y para poder inscribir el título adquisitivo probado, con el fin de que el título inscrito surta efecto contra tercero registrado prote-

gido por la eficacia de la inscripción (art. 1.526, 2, en relación con el art. 606).

Así pues, cuando el vendedor es un propietario desposeído su derecho se transmite por el contrato de compraventa...

Pero, según los profesores LACRUZ y ALBALADEJO, mediante una *escritura notarial* constitutiva de una tradición incorporal, inmaterial o idealizada, que equivale o suple o sustituye a la tradición corporal, en cuanto es suficiente para que se transmita el dominio del vendedor desposeído que no puede hacer entrega material de la cosa. Argumentan su teoría, exclusivamente, con el final del apartado segundo del artículo 609, con el artículo 1.095 y con el párrafo segundo del artículo 1.462, buscando apoyaturas en otros preceptos que, en realidad, son consecuencia del artículo 606 (art. 1.473, 2) o del artículo 1.526 (art. 36, 2, LH).

En verdad, la transmisión se realiza *sin mediar tradición*, según la interpretación auténtica de nuestros dos grandes legisladores, FLORENCIO GARCÍA GOYENA, ensalzado como legislador del vigente Código Civil por el profesor LACRUZ, y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el gran protagonista de la vigencia actual del sistema español de la adquisición del dominio por contrato de compraventa, civilmente (al oponerse a GARCÍA GOYENA, el afrancesado, y a LUZURIAGA, el prusianizante) y registralmente (por su Ley Hipotecaria de 1861, vigente con modificaciones que no afectan a lo sustancial). Interpretación que mantengo y he argumentado con la historia, la sistemática, la lógica, la teleología... y el sentido común (que algunos no aplican porque prefieren quedar instalados en el cielo de los conceptos y observar la realidad a través de las nubes de los principios, como hacían los pandectistas germánicos de los que abjuró el genial IHERING).

Según el criterio del legislador PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que intentó actualizar, quienes preconizan la «solución LACRUZ» no llegan a ver lo que están contemplando.

Creen ver una escritura notarial que formaliza y prueba un contrato de *venta* de una cosa (derecho y posesión, al que se refieren los arts. 1.445, 1.095 y 1.462, 1), y que, a la vez, sustituye o equivale a una *tradición* (art. 1.462, 2).

En realidad contemplan una escritura notarial que formaliza y prueba un contrato de *cesión* de un derecho incorporal de propiedad (derecho sin posesión actual, al que se refiere el art. 1.526).

En su búsqueda del precepto adecuado al caso no recuerdan la existencia de una «clave olvidada», escondida en el artículo 1.526, en la disposición por la que se rige el contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal, el contrato de venta que se denomina históricamente contrato de cesión de la acción reivindicatoria o, con expresión abreviada, «cesión de la acción reivindicatoria», que ontológicamente excluye la tradición.

Para eludir la consecuencia del error de principio introducen un equívoco al utilizar la palabra tradición en dos sentidos distintos, estricto e impropio, porque la tradición propiamente dicha, en su estricto sentido histórico, es la transmisión de la posesión (art. 1.461, 1, dice «poner en poder y posesión»; art. 609, 2, dice «tradición», art. 1.095 dice «entrega») y lo que adjetivan como tradición instrumental *incorporal* no es una «forma» de transmisión de la *posesión*, sino un sucedáneo de la tradición, imaginario, exclusivamente referido a la transmisión del *derecho* de propiedad, que estiman incluido en la palabra tradición del artículo 609, 2, como si el precepto dijera «tradición corporal o incorporal», y en el artículo 1.095, al igual que en el artículo 1.462, 2, como si estos preceptos dijeran «entrega corporal (la del art. 1.462, 1) o incorporal», con lo que las palabras tradición y entrega *corporal* tendrían un sentido estricto y las palabras tradición o entrega *incorporal* un sentido distinto o impropio.

Así, con una camisa imaginaria, visten o disfrazan al Rey de los contratos, que aun desnudo de tradición es dispositivo inmediatamente y obligatorio, y que, a efectos probatorios o publicitarios, conviene que se vista con ropaje de escritura notarial.

Obsérvese que recordar la interpretación de GÓMEZ DE LA SERNA, que yo mantengo, no significa dar un paso más en la desmaterialización de la tradición, como cree GARCÍA GARCÍA, sino dar un paso más en el conocimiento actual del contrato de compraventa y de la tradición, porque el paso definitivo ya lo dieron los juristas y legisladores romanos, muchos siglos antes de que lo recordara GÓMEZ DE LA SERNA en 1862, y «la ley» sobre la cesión fue ordenada para siempre y continúa vigente.

Ahora bien, al considerar propietario civil al que compra mediante escritura a un vendedor desposeído, parece que coinciden el criterio auténtico de GÓMEZ DE LA SERNA y la teoría de los profesores LACRUZ y AABALADEJO, pero las diferencias de técnica jurídica y de aplicación práctica trascienden la apariencia inicial, porque a dicho resultado llega GÓMEZ DE LA SERNA interpretando «la ley» histórica, y llegan los profesores LACRUZ y ALBALADEJO por invención *ex novo*, personal, con cierta imaginación interpretativa que confiere a la escritura notarial un efecto tautomático en cuanto se dice que sustituye o suple a una tradición que no es posible ni la exige la ley, un valor milagroso que la escritura notarial nunca tuvo, ni tiene, ni es necesario ni conveniente que tenga, más allá de su eficacia probatoria (art. 1.218).

El criterio auténtico y fundamental de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA no coincide con la opinión circunstancial, que algunos consideran moderna y progresista, de los profesores LACRUZ y ALBALADEJO. Se trata de dos puntos de vista distintos y opuestos, por cuanto el derecho de propiedad no acompañado de la posesión se transmite por el contrato de compraven-

ta que no obliga a entregar porque su objeto es un derecho incorporal, en el momento de su perfección, sin tradición incorporal: un tema es el de la prueba del *contrato* de cesión, mediante la escritura pública que lo documenta y es prueba plena de su contenido y de su fecha (art. 1.526), y otro tema distinto es imaginar probada una entrega o *tradición*, que es imposible (art. 460, 4), mediante la prueba notarial del otorgamiento del contrato de venta que obliga a entregar, que prueba la tradición cuando ésta es actualmente posible (art. 1.462, 2).

Cuando se alude a una tradición instrumental incorporal, en realidad, se prescinde de la tradición, al igual que prescinde de ella el artículo 1.526, que es «el artículo buscado pero no encontrado» por quienes se han desentendido de su significado histórico y de la existencia de «la clave olvidada»⁵ que en la Historia del Derecho y en la jurisprudencia se denomina cesión de la acción reivindicatoria; un nombre que parece rimbombante y desorientador pero que se puede sustituir por el de venta por el propietario no poseedor o por el de compra al propietario desposeído, o por el de cesión del derecho de propiedad, a gusto del lector, porque son nombres sinónimos, es decir, que significan lo mismo.

Por todo lo dicho creo queda aclarado que el criterio auténtico de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA *no es* «un argumento más a favor de la teoría de LACRUZ», como opina GARCÍA GARCÍA, sino que, al contrario, la teoría de LACRUZ es una invención imaginaria para llegar, en el caso que considera, a la meta de la verdad práctica, al resultado de prescindir de la tradición, que se alcanza legalmente con el *contrato de cesión* del derecho del propietario desposeído, como decía GÓMEZ DE LA SERNA, y no taumáticamente con una *tradición incorporal*, por muy instrumental que sea.

Muchos profesionales del Derecho, cegados por la opinión o *teoría del profesor LACRUZ*, que creen es la única verdadera y suficiente para comprender el supuesto contemplado y para actuar profesionalmente, también creen que el criterio auténtico de los legisladores FLORENCIO GARCÍA GOYENA y PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que yo mantengo, no difiere de aquella teoría o sus diferencias son teóricas pero no prácticas.

No obstante, aquella teoría y este criterio auténtico tienen distinta fundamentación y las diferencias, teóricas y prácticas, son lo suficientemente importantes como para tenerlas en consideración.

1) La *diferencia fundamental* resulta de la comparación del sistema español y del sistema alemán en cuanto a los conceptos de contrato de venta y de tradición.

1. En el sistema español el contrato de venta es un acuerdo de dos voluntades recíprocamente dispositivas, en su aspecto primordial, y obligatorias, en su aspecto consecuente; no un acuerdo de dos volunta-

des única y exclusivamente obligatorias, como en el Derecho alemán.

En el sistema español, la *tradición* es la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño, la entrega y la recepción de la posesión, por voluntad del que entrega y voluntad del que recibe, distintas y posteriores a sus voluntades contractuales de disposición o enajenación y de aceptación o adquisición del derecho de propiedad, y, en este sentido, la tradición es un acto del transmitente, que puede ser suplido por una ejecución judicial, y que no forma parte del contrato ni de un negocio dispositivo; aunque es un requisito legal que condiciona suspensivamente el momento en que se produce el efecto traslativo del derecho que se ha contratado, una condición legal suspensiva, que puede ser suplida por una ejecución judicial, con la misma naturaleza de condición legal suspensiva. En cambio, en el sistema alemán la tradición es un negocio jurídico dispositivo, abstracto respecto al contrato obligatorio que es su causa, integrado por un acuerdo real y por la transmisión voluntaria de la posesión de cosa mueble.

En el sistema español, la tradición puede quedar cumplida por acuerdo de constituto posesorio y la tradición se considera cumplida, al menos por acuerdo de constituto posesorio, cuando la venta se formaliza en escritura notarial, que resulta prueba plena del contrato (art. 1.218) y de la tradición, si de la escritura no resulta o se deduce claramente que no se considera cumplida la entrega (art. 1.462, 2).

2. En el sistema alemán, cuando el vendedor está desposeído de la cosa mueble vendida, la transmisión de la posesión, adicional al acuerdo real (o, si se quiere, forma de manifestación del acuerdo), al ser imposible en la actualidad, se suple por la cesión de la acción reivindicatoria (según el parágrafo 931 del BGB), que unos interpretan como una cesión impropia o simple autorización para el ejercicio de la acción del vendedor (que continúa siendo el propietario hasta que recupera la posesión para que pueda obtenerla y la obtenga el comprador), pero que otros interpretan como una cesión propiamente dicha, que inmediatamente transmite la acción cedida y, con ella, el derecho del que deriva, supuesta la existencia del acuerdo real, inicialmente abstraído del contrato de venta que es su causa. Es, como se ha dicho, el sistema de los tres acuerdos: contrato de venta, acuerdo real y acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria, sistema puramente conceptual, como reconoce la actual doctrina alemana, puesto que, en realidad, la única voluntad acordada es la contractual y las otras se finge que son tácitas o implícitas, en el acto de transmisión de la posesión el acuerdo real y en el contrato el acuerdo de cesión adicional al acuerdo real, así como éste.

El conocimiento de dicho sistema induce a imaginar, erróneamente, que el sistema español puede interpretarse de manera similar; que la «ce-

sión» de la acción reivindicatoria adicional a la venta permite obtener la tradición cuando el vendedor está desposeído; aunque no sea preciso recurrir a ella cuando la venta se formaliza en escritura pública, porque el otorgamiento de la escritura es una «forma» de tradición, denominada tradición instrumental incorporal o idealizadas por Lacruz, quien piensa está incluida en el supuesto del hecho del artículo 1.462, 2.

Es decir, que la venta ha de ir seguida de una tradición, en todo caso, para que se transmita el derecho de propiedad del vendedor al comprador (art. 609, 2, al final, art. 1.095, art. 1.445 y art. 1.462, 1), si bien, cuando el vendedor está desposeído, la escritura equivale a la tradición (art. 1.462, 2), sin perjuicio de lo cual, cuando no hay escritura la «cesión» de la acción reivindicatoria permite obtener la posesión (aunque esto no lo dice GARCÍA GARCÍA), pero entendida como cesión impropia, simple autorización para el ejercicio de la acción del vendedor y no como cesión inmediatamente traslativa del derecho de propiedad, incorporal, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 609, 2, al final, y el artículo 1.095 (y esto sí que viene a decirlo GARCÍA GARCÍA). Por este camino, cuando no existe la escritura notarial, se vuelve a caer en la opinión de IHERING y de VALLET DE GOYTISOLO, contra la que reaccionó LA RICA con la teoría de que, en tal caso, la inscripción sustituye a la tradición, frente a la cual reaccionó LACRUZ, oponiéndose a la dualidad legislativa imaginada por LA RICA, y buscando una solución, imaginaria, en la tradición instrumental incorporal, en la escritura que sustituye a la tradición.

Por contra, según el criterio auténtico de FLORENCIO GARCÍA GOYENA y de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, que mantengo, cuando el vendedor no es poseedor, el contrato de venta tiene por objeto un derecho de propiedad que es incorporal es decir, se trata de un contrato de cesión del derecho de propiedad, que ontológicamente excluye la obligación de entregar a la tradición, porque son imposibles en la actualidad de la perfección del contrato, de manera que su efecto traslativo del derecho de propiedad, incorporal, se realiza en el mismo momento de la perfección del contrato, inmediatamente (art. 609, 2, «por la ley», que es el art. 1.526, complementado por el art. 1.460, 2, como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según S. 21 diciembre 1905, S. 20 enero 1912).

En consecuencia, es ilógico creer en la existencia de una tradición instrumental incorporal a la que el artículo 1.462, 2, ni alude ni puede aludir, y que nada suple porque nada hay que suplir. La teoría de LACRUZ se refiere a una *tradición* imaginaria, con la que disimula la realidad: que prescinde de la tradición. La solución auténtica se refiere al *contrato*, a las voluntades contractuales, acomodadas a la realidad y a la ley aplicable, resultante de una larga evolución histórica.

2) Las *consecuencias diferenciales* más importantes son las siguientes:

1.^a La teoría de LACRUZ olvida que la cesión del derecho de propiedad es un contrato de compraventa especial porque su objeto es un derecho incorporeal y no una cosa, pero que no es distinto del contrato de compraventa ordinario, de una cosa, en cuanto se refiere a la voluntad contractual del vendedor que es dispositiva del derecho, a la forma (arts. 1.278 a 1.280) y a la prueba (arts. 1.218 y 1.227): es un contrato consensual y produce su efecto en momento inmediato a su perfección (art. 1.526, 1), aunque su forma sea verbal o documental privada, sin perjuicio de lo cual debe constar en escritura pública cuando se refiere a una finca (art. 1.280, 1, 1.^o, 6.^o) y las partes contratantes pueden compelerse a la formalización en escritura notarial del contrato verbal o que consta en documento privado (art. 1.279), porque *conviene* que conste en forma de escritura notarial para que tenga eficacia probatoria plena en cuanto al tercero poseedor (art. 1.526, 1) y pueda ser inscrita (art. 1.526, 2), ya que por razón de su objeto no es posible la prueba por presunción del título adquisitivo del derecho de propiedad deducida de una posesión en concepto de dueño, que tienen un tercero, quien se beneficia de la presunción (art. 448).

La teoría de LACRUZ se refiere, exclusivamente, a una venta que consta en escritura pública, de la que no resulta la situación de desposesión del vendedor, que es desconocida por el comprador, venta que puede constar inscrita. La solución deslumbra y desorienta a quienes trabajan sólo con escrituras públicas y se conforman con una aparente verdad práctica, útil y cómoda, sin complicaciones. Pero que no se plantean, con decisión, el caso en que la escritura expone o manifiesta la situación de desposesión del vendedor (que conoce el comprador), con la posibilidad de inscribirla sin hacer constar en la inscripción la desposesión del vendedor titular registral, ni el caso en que la escritura no expone o no manifiesta la desposesión y consta inscrita pero el comprador *conocía* la desposesión, y según la opinión de VALLET y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ ha de considerarse de mala fe y no puede ampararse en la fe pública registral ni actuar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Aunque podría entenderse aplicable la formalización en escritura pública *a posteriori* de la perfección del contrato (art. 1.278, en relación con el art. 1.462, 2).

2.^a La teoría de LACRUZ ignora que, en el supuesto de *desconocimiento* por el comprador de la desposesión del vendedor, es aplicable, por analogía secular, la solución legal de considerar contratada la cesión del derecho de propiedad, a menos que el comprador *desista* del contrato al llegar a conocer la desposesión, pidiendo su rescisión (art. 1.460, 2).

Según aquella teoría, no cabe el desistimiento en tal caso, porque la

escritura equivale a la tradición siempre, ya que es imposible que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente que no se ha cumplido la obligación de entregar por la desposesión del vendedor si el comprador la desconocía en el momento del otorgamiento. Esta consecuencia también puede deslumbrar a quienes sólo tienen en cuenta una escritura notarial inscrita, de aparente venta con adicional tradición, si piensan que considerar rescindible la venta registrada sería inconveniente para la seriedad de la inscripción y de la calificación.

En verdad, cuando la venta se ha formalizado en escritura notarial, el comprador no puede desistir del contrato, porque, conforme al artículo 1.462, 2, es improcedente que el comprador demande al vendedor pidiendo al juez la ejecución de la entrega, que es imposible sin reivindicar (a lo que no está obligado el vendedor), o bien la rescisión del contrato (que exigiría probar el desconocimiento de la desposesión), a menos que en la escritura notarial se hubiera pactado, expresa o tácitamente pero con claridad, mediante la oportuna reserva de acciones, la disconformidad con la equivalencia ordenada por el precepto legal para evitar discusiones innecesarias entre comprador y vendedor, habida cuenta del presumible conocimiento de la situación posesoria del vendedor cuando un Notario, con funciones de asesoramiento y testificales, autoriza una escritura de venta.

La teoría de LACRUZ, en el mismo supuesto de desconocimiento, tampoco permite al comprador, que no desiste, el que pueda obtener una reducción del precio y una indemnización (art. 1.460, 2).

3.^a La teoría de LACRUZ olvida que *título adquisitivo* del derecho de propiedad por contrato de compraventa es tanto el contrato de *venta* complementado por la *tradición* adicional, cuando el vendedor es el poseedor y cumple su obligación de entregar, como el contrato de *cesión*, cuando el vendedor está desposeído, y se excluye la obligación de entregar; fundamento de la adquisición del que es *título probatorio* la escritura notarial, de venta cumplida (art. 1.462, 2), o de cesión (art. 1.536); prueba plena que el Registrador ha de calificar para inscribir el título adquisitivo del dominio sobre la finca, aunque en la *inscripción* nunca ha de hacer constar la desposesión del vendedor, si acaso resulta de la misma escritura. De manera que se puede inscribir tanto la escritura que manifiesta la desposesión del vendedor, o escritura de cesión expresa (art. 1.526, 1, 2), como la escritura que no manifiesta la desposesión del vendedor, o escritura de cesión no expresa, preconizada por la ley (art. 1.460, 2); tanto el supuesto de desposesión conocida y manifestada (art. 1.526) como el supuesto de desposesión conocida pero ocultada (art. 1.526) como el supuesto de desposesión desconocida (art. 1.460, 2).

La teoría de LACRUZ excluye la inscripción de la escritura de cesión *expresa* y la inscripción de la escritura de cesión cuando la desposesión es

conocida pero *se oculta*; se refiere, exclusivamente, a la escritura de cesión preconizada por la ley cuando el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor (art. 1.460, 2), que disfraza como una escritura de venta de cosa con tradición instrumental incorporal o, más bien, imaginaria, que estima incluida en el artículo 1.462, 2.

4.^a La teoría de Lacruz, al referirse tan sólo al supuesto de inscripción de la escritura en que no se manifiesta la desposesión de ésta es desconocida por el comprador, *parece* condicionar la aplicación del artículo 36, 2, LH al supuesto de desconocimiento, de la desposesión del titular registral vendedor, por el comprador, y conduce a calificar como mala fe el conocimiento de la desposesión que en la escritura se manifiesta o se oculta. Lo que trasciende a considerar que el titular registral con esta «mala fe» no puede ejercitar su derecho contra el poseedor no titulado utilizando el procedimiento del artículo 41, 6, 2.^a regla, según la teoría de VALLET DE GOYTISOLO y ALVAREZ CAPEROCHIPÍ.

El criterio auténtico excluye la aplicación de dicho condicionamiento, de manera que cualquier titular registral que compró a un titular registral desposeído puede ejercitar su derecho contra un poseedor no titulado conforme al artículo 41, 6, 2.^a regla, sin tener que recurrir al subterfugio de una imaginaria tradición instrumental incorporal, y de un desconocimiento de la desposesión al vendedor.

5.^a LACRUZ, para no caer en la interpretación de LA RICA, acerca de la dualidad legislativa y de la inscripción que sustituye a la tradición cuando el vendedor está desposeído (que cree ver en el art. 1.473, 2), llega a decir que si la inscripción presupone una tradición ya afectada cuando se va a inscribir, el artículo 1.473, 2 contemplaría un supuesto que no puede plantearse nunca, porque, en todo caso, como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los compradores, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cual de ambos compradores ha realmente adquirido, y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente.

Olvida que, según PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, se puede inscribir la escritura de cesión por el vendedor desposeído que es titular registral y que conviene que se inscriba inmediatamente esta cesión para evitar que se anticipe a inscribir un cesionario según escritura de fecha posterior, que sería el nuevo propietario, a la vez que perdería la propiedad el primer cesionario, quien la adquirió en el momento del otorgamiento de la cesión en escritura pública, pero no fue diligente en presentarla al Diario del Registro.

Además, parece olvidar que cuando el titular registral es poseedor y vende en escritura pública a un primer comprador, éste adquiere la propiedad, pero la pierde si se anticipa a inscribir un segundo comprador en

escritra pública (de fecha posterior a la primera escritura), que realmente ha comprado a quien ya no es propietario ni poseedor en concepto de dueño.

6.^a La teoría de LACRUZ olvida que la cesión del derecho de propiedad, incorporal, no sólo se ha de referir a fincas inmatriculadas, sino también a fincas no inmatriculadas, así como a cosas muebles que posee un tercero en concepto de dueño, cuando son reivindicables, y que respecto a ellas también es posible la existencia de una doble cesión, por la que será propietario el que primero formalice la cesión en documento de fecha fehaciente, siempre que sea de buena fe, por desconocer la existencia de una primera cesión verbal o documentada privadamente, con fecha fehaciente posterior a la del segundo cesionario (art. 1.473, 3, parte segunda, por analogía con la solución expresamente referida a finca).

A todo lo dicho se puede añadir, por último, que el criterio auténtico, por contraposición a la teoría de LACRUZ, permite aclarar el concepto y la importancia de la tradición, que no es la institución que algunos magnifican, sino algo más real en el pensamiento de los legisladores del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, quienes nunca pensaron que la tradición pudiera ser un negocio dispositivo, ni abstracto ni causal, ni imaginaron pudiera llegar a calificarse como tradición, con el adjetivo incorporal, lo que no es una transmisión de la posesión.

En cuanto a las sentencias citadas por GARCÍA GARCÍA en apoyo de la tesis de LACRUZ, si se consideran y analizan, una a una, con cierto detenimiento, se observará que, tal como dice el autor que las cita, se refieren a supuestos en que la transmisión de la posesión aparece muy «desmaterializada», pero ninguna se refiere al supuesto en que el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, al que aluden, en cambio, las Sentencias de 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912 y 12 de abril de 1890, no consideradas por dicho autor. La no suficiente selección y análisis de las sentencias, que se resumen en las publicaciones usuales con criterios muy personales del compilador, induce a confundir al lector en muchas ocasiones, más que a clarificar las cuestiones que se consideran.

Cabe concluir que en el Derecho español hay que estar alerta contra los peligros del savignysmo infiltrado en la doctrina de los autores, que dificulta la comprensión del contrato de compraventa, que no es un negocio obligacional que obliga a transmitir la propiedad de la cosa vendida, sino que es un acuerdo de voluntades primordialmente dispositivas y consecuentemente obligatorias, con efecto traslativo condicionado suspensivamente por la ley, al igual que dificulta la comprensión de la tradición, que no es un negocio dispositivo acordado en cumplimiento de la compraventa aunque abstraído causalmente de ella, sino que es la trans-

misión voluntaria de la posesión en concepto de dueño de la cosa vendida, en cumplimiento de la *condición* legal suspensiva de la transmisión del dominio, y en cumplimiento de la *obligación* correspondiente, tradición que puede ser suplida por la puesta en posesión mediante ejecución judicial, y que no condiciona la transmisión del dominio cuando el vendedor, verdadero propietario, está desposeído.

CONCLUSIONES

1) Conclusiones referentes directamente al *contrato* de compraventa.

1. El contrato de compraventa es un acuerdo de *dos voluntades* declaradas, que son dispositivas, es decir traslativas o constitutivas de derechos, sobre todo traslativas de derechos de propiedad (art. 609, 2), y *obligatorias*, es decir constitutivas de obligaciones (arts. 1.809 y 1.254).

En cada una de las voluntades contractuales de un contrato de venta hay que destacar su primordial aspecto dispositivo respecto a su consecuente aspecto obligatorio; en cualquier contrato de venta hay que atender a las dos disposiciones *recíprocas* acordadas más que a las obligaciones correspondientes.

2. El Código Civil regula, con total separación, dos clases de contratos de compraventa.

Por una parte, el Código regula (art. 1.445 al art. 1.525) el ordinario contrato de *venta* del derecho del propietario poseedor, del derecho corporal, del derecho acompañado o investido con la posesión; el contrato de venta que impone la obligación de entregar la cosa al comprador; en consideración a la prueba de la pertenencia del dominio al poseedor, según presunción *juris tantum* (art. 448), la ley condiciona la transmisión del derecho contratada a la transferencia de la posesión.

Por otra parte, el Código regula (art. 1.526 al art. 1.536) el especial contrato de *cesión* (venta) de los derechos incorpóreos, de los derechos no acompañados o no investidos con la posesión, incluso el derecho del propietario verdadero cuando un tercero posee la cosa en concepto de dueño (art. 348, 2); el contrato de cesión por su objeto incorpóreo, no obliga a entregar, o sea, excluye la obligación de hacer tradición; transmite inmediatamente, por sí solo, el derecho incorpóreo.

Por el contrato de *venta* del derecho corporal se transmite el derecho de propiedad corporal, del vendedor propietario poseedor al comprador, *en el momento* en que éste *obtiene la posesión* de la cosa, mediante la tradición del vendedor (art. 1.095) o mediante la supletoria puesta en posesión por ejecución judicial (art. 1.096, 1); la voluntad *contractual*, que no puede ser suplida judicialmente, es distinta de la voluntad de *transmitir*

la posesión en cumplimiento de la obligación de entregar, que puede ser suplida por la puesta en posesión judicial. Así resulta del artículo 609, 2, al final, cuando dice «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», contratos entre los que no se incluye el contrato de cesión. Salvo pacto, se considera realizada la tradición, actualmente posible para el vendedor poseedor, cuando se otorga la venta en escritura notarial (art. 1.462, 2).

Por el contrato de *cesión* se transmite el derecho de propiedad incorporal, del vendedor propietario desposeído al comprador, *en el momento* en que *se perfecciona* el contrato. Así resulta del artículo 609, 2, al principio, cuando dice «por la ley», que es la del artículo 1.526. La ley que regula el contrato de cesión no exige realizar en el futuro una tradición que en la actualidad es imposible, sino que, al contrario, porque su objeto es siempre un derecho incorporal y por ello nunca obliga a entregar, lo configura como un contrato de compraventa especial, al que no se refiere el artículo 609, al final, ni el artículo 1.095, ni el artículo 1.096, en cuanto al momento en que se transmite el derecho.

Normalmente, el *título traslativo* del derecho de propiedad, por contrato de venta, está integrado por el *contrato de venta* y por la *tradición* complementaria, que no forma parte del contrato ni de un negocio dispositivo de transmisión, sino que es un requisito legal adicional al contrato, acto de cumplimiento de una condición legal suspensiva del efecto traslativo del contrato, incluida en el supuesto de hecho del efecto traslativo en atención a que la posesión es prueba de pertenencia del derecho de propiedad, según presunción *juris tantum* (art. 448). La escritura notarial es el normal título probatorio del título traslativo de una finca, es decir, prueba el contrato de venta y de la entrega por el vendedor poseedor (art. 1.562, 2), que se presenta en el Diario del Registro para que se registre el título adquisitivo por compra, o título de pertenencia del derecho de dominio sobre la finca inmatriculada.

Excepcionalmente, el *título traslativo* del derecho de propiedad es el *contrato de cesión* del derecho de propiedad incorporal, respecto a la finca que un tercero poseedor tiene en concepto de dueño. La escritura notarial de cesión es un normal título probatorio (arts. 1.526, 1; 1.218, 1.280, 1, 6.º). El contrato de cesión escriturado puede ser inscrito (art. 1.526, 2), como título traslativo del dominio (art. 2, 1, LH, como decía su autor GÓMEZ DE LA SERNA), pero sin hacer constar en la inscripción la situación de desposesión del vendedor titular registral (art. 5 LH), si en algún caso llega a constar en la escritura notarial esta situación de hecho que no modifica la titularidad del derecho.

Como, normalmente, la escritura notarial no manifestará la desposesión (que puede ser desconocida, incluso para el vendedor) *parecerá ser*

una escritura de venta por el propietario poseedor (art. 38, 1, LH) con entrega consumada (art. 1.462, 2), tanto si el comprador *conoce* la desposesión del vendedor y la silencia, como si el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor, único supuesto contemplado por la doctrina.

La ley registral se refiere al caso en que el *contrato de cesión* del derecho de propiedad consta *inscrito* como un contrato de venta por el propietario presunto poseedor (art. 38, 1, LH), en virtud de escritura que no expone la desposesión del vendedor (art. 36, 2, LH), y la ley dispone que el cesionario puede obtener la posesión por el procedimiento del artículo 41 LH, actuando contra el poseedor en concepto de dueño pero *no titulado* (art. 41, 6, 2.^a causa de contradicción, LH), y en este procedimiento es irrelevante la alegación por el poseedor no titulado del conocimiento por el comprador actuante de la desposesión del vendedor titular registral al tiempo de la venta, sin anotación de demanda de contradicción del dominio (art. 36, 2, LH), conocimiento que, naturalmente, no implica mala fe (art. 1.526, 1).

3. El contrato de cesión se refiere a *fincas, estén o no inmatriculadas, y a cosas muebles*, en el ámbito en que la reivindicación es posible.

Conforme a la interpretación romanista jurisprudencial, este contrato es de gran importancia cuando se trata de cosa mueble identificable y de mucho valor, que no sólo puede ser perdida o sustraída y vendida por el que la halló o la sustrajo (art. 464, 2), sino también apropiada indebidamente y vendida civilmente como propia por algún depositario o comodatario (art. 464, 1).

4. La colisión entre los títulos probatorios de los contratos que impliquen *doble cesión* del mismo derecho de propiedad incorporal, se resuelve conforme al principio de *prioridad temporal*, sea *documental* o sea *registral*:

A favor del comprador primero en el tiempo, atendidas las fechas documentales fehacientes, a menos que se pruebe la existencia de una cesión anterior, verbal o en documento privado, y, además, el conocimiento de la primera cesión por el segundo cesionario (art. 1.473, 3, parte 2.^a).

Pero sin perjuicio de la posible aplicación del principio de prioridad registral cuando se trata de la doble cesión por el titular registral a la que aludía el legislador GÓMEZ DE LA SERNA (art. 23 LH 1861, hoy art. 32 LH, y art. 1.473, 2, CC).

5. El contrato de cesión del derecho de propiedad *incorporal* del propietario desposeído que preconiza y regula «la ley» (art. 609, 2, al principio; art. 348, 2; art. 1.526 y art. 1.460, 2, más el art. 1.462, 2) se suele confundir con el contrato de venta del derecho de propiedad *corporal*

complementado con la tradición (art. 609, 2, al final; arts., 448, 1.445, 1.095, 1.096, 1.462, 2), por *error juris* fundamental, por olvido o interpretación incorrecta del Derecho, por creer que sólo es posible el contrato de venta que obliga a entregar la posesión de una cosa (art. 1.445), olvidando el contrato de venta de un derecho incorporeal, que no obliga a entregar (art. 1.526), creencia que conlleva, entre otros, dos errores de aplicación frecuentes.

1.º Es erróneo creer que, cuando el vendedor está desposeído, no es posible que exista un contrato de cesión propiamente dicho, sino que sólo es posible que exista un contrato de venta con un adicional acuerdo de cesión *impropia* de la acción reivindicatoria, que no es sustitutivo de la tradición corporal, por lo que el vendedor desposeído debe recuperar la posesión para, después de haberla recuperado, hacer tradición de ella; acuerdo que faculta al comprador para que ejercite en juicio la acción reivindicatoria del vendedor y para que, después de recuperar la posesión el vendedor, el comprador, por tradición *brevi manu*, pase a ser el nuevo poseedor *en concepto de dueño*.

Por error, se califica como adicional acuerdo de *cesión* de la acción reivindicatoria lo que, en realidad, sólo es una adicional *autorización* (más que un mandato) para actuar en interés del vendedor, aunque también en interés propio, es decir, un acuerdo de cesión *impropia* adicional a un contrato de venta; con independencia de si la venta se formaliza en escritura notarial o no, y con independencia de si el comprador conoce o desconoce la desposesión del vendedor, de manera que en caso de desconocimiento puede entenderse que el adicional acuerdo de cesión *impropia* queda implícito en el contrato de venta, al menos cuando se formaliza en escritura pública.

2.º Es erróneo creer que, cuando mediante escritura notarial se contrata una venta y después se llega a conocer que el vendedor estaba desposeído, su derecho *incorporeal* se transmite mediante una tradición *incorporeal* instrumental, que equivale, sustituye o suple a la tradición *corporal*, de manera que queda transmitido el derecho en el mismo momento de la autorización de la escritura porque ésta equivale a la tradición.

1.º Con la primera creencia errónea, en vez de considerar convenido un contrato de cesión, se considera (por *error juris*) convenido un contrato de venta que ha de ser complementado con una adicional tradición *corporal futura*, a la que ha de preceder la imprescindible recuperación de la posesión por el vendedor, que condiciona la posibilidad de la entrega, y que se intenta lograr autorizando al comprador con una cesión *impropia* de la acción reivindicatoria, que no es sustitutiva de la tradición corporal

futura, de tal manera que la transmisión del derecho queda diferida hasta mucho tiempo después de la perfección del contrato, en contra de los justos intereses de las partes contratantes y de su verdadera voluntad, tal como los entiende la ley.

2.º Con la segunda creencia errónea, en verdad queda acordado un contrato de cesión, en escritura notarial, que es forma no esencial y que es prueba, del contrato, aunque por *error juris* quede enmascarado inconscientemente y aparezca a los ojos de muchos como un contrato de venta, en escritura notarial, que se dice es prueba del contrato y «forma instrumental» de una adicional tradición *incorporal actual*, que equivale, sustituye o suple a la imposible tradición *corporal actual*, para que la transmisión del derecho sea inmediata a la perfección del contrato y no quede demorada hasta la obtención de la posesión, es decir, aunque no se transmita la posesión, que el comprador podrá obtener actuando judicialmente, pero por desahucio, porque nunca ha llegado a ser poseedor *real* de la finca. Se cree ver un contrato de venta con tradición incorporal instrumental actual, pero en realidad, conforme a la ley vigente, lo que se ve es un contrato de cesión, inmediatamente traslativo del derecho por sí solo, formalizado en escritura notarial, que es forma no esencial y es prueba del contrato.

Cuando se trata de la venta por el propietario desposeído al *comprador que desconoce la desposesión del vendedor y la venta consta documentada en escritura notarial*, el comprador es siempre un cesionario del derecho de propiedad incorporal (art. 1.526), porque (pese a lo dispuesto por el art. 1.460, 2) nunca puede pedir la rescisión del contrato (por aplicación de lo dispuesto por el art. 1.462, 2):

Porque una ley (art. 1.462, 2) dispone que, *salvo desistimiento o rescisión* del comprador, el aparente contrato de venta de cosa (art. 1.445) es un verdadero contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal (art. 1.526), que no obliga a entregar, de manera que el comprador *no puede* obligar al vendedor a reivindicar para entregar la posesión de la cosa después de recuperarla.

Porque otra ley (art. 1.462, 2), cuando el contrato de venta se formaliza en escritura notarial, *impide* que el comprador pida no ya el inmediato cumplimiento ejecutivo, que es imposible, o el futuro cumplimiento, después de reivindicar y recuperar la posesión, sino que se declare rescindido el contrato por incumplimiento de la obligación de entrega.

Por ello, en este caso contemplado, el resultado práctico *parece* ser el mismo con la solución legal y verdadera de PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y con la teoría errónea del profesor LACRUZ, pero porque la compraventa del derecho de propiedad incorporal es un contrato *inmediatamente traslativo* por sí solo, sin tradición complementaria ya desaparecida la razón

legal para su exigencia (ya no se aplica el art. 448, sino el art. 348, 2), y es un contrato *consensual*; aunque conviene que se formalice en escritura notarial, que prueba la perfección del contrato (arts. 1.526, 1; 1.218, 1.280, 1, 6.º), que impide la rescisión del contrato aunque se alegue el incumplimiento de la obligación de entregar aduciendo que el comprador desconocía la desposesión del vendedor (arts. 1.460, 2; 1.462, 2), que permite la inscripción registral del contrato (art. 1.526, 2; arts. 2, 1, y 3 y 5, LH), y que, en consecuencia, permite al titular registral obtener la posesión que injustamente tiene el poseedor *no titulado*, actuando el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (arts. 36, 2, y 41, 6, 2.ª causa de contradicción), así como evitar ser perjudicado por una segunda cesión (art. 1.473, 2, y art. 32 LH).

Lo cierto es que, en tal caso, el observador ve una escritura de cesión del derecho de propiedad incorporal, aunque crea ver una escritura de venta de cosa con adicional tradición incorporal instrumental actual. Porque hay una venta, pero no hay una verdadera tradición, que es imposible y está excluida «por la ley».

Creer que, en tal caso, existe una tradición, aunque sea incorporal o imaginaria, es erróneo en su fundamento legal y es perjudicial en sus aplicaciones prácticas.

6. Consideradas las razones expresadas, es lógico y de sentido común que al mismo resultado práctico lleguen el Derecho *italiano* y el Derecho *francés*, con su contrato de venta inmediatamente traslativo del Derecho de propiedad, y el Derecho *alemán mobiliario*, porque, como advierten los autores alemanes, donde sólo hay un acuerdo es pura ficción (aunque sea conforme a las enseñanzas de SAVIGNY) distinguir *tres acuerdos* de voluntades: el contrato de *Venta* o acuerdo obligacional, el acuerdo real (*Einigung*) integrante del negocio dispositivo *Tradición*, y el adicional acuerdo de *Cesión* de la acción reivindicatoria, que es otro negocio dispositivo para obtener la posesión «forma integrante» del negocio dispositivo Tradición

2) Conclusiones referentes directamente a la tradición.

1. La tradición *no es* un negocio jurídico de transmisión derivativa del derecho de propiedad (ni menos aún de transmisión abstracta), integrado por un acuerdo de disposición o acuerdo real y una forma publicitaria del mismo, consistente en la transmisión de la posesión, que consuma la transmisión del dominio por causa del contrato de venta (y no por causa de una abstracta obligación de entregar); es decir, la tradición no es un negocio dispositivo no abstraído causalmente del contrato obligatorio de venta que es su causa, de manera que el contrato de venta y la adicional

tradición sean, el uno y la otra, elementos necesarios y constitutivos de la transmisión del dominio.

La tradición *no es*, tampoco, un acuerdo real que subyace en una transmisión de la posesión que adopta alguna de las contadas formas tipificadas por la ley en cumplimiento de la obligación de entregar, y no cabe hablar de un negocio de retransmisión del dominio compuesto de dos elementos constitutivos, la venta y la tradición causada por la venta, necesarios ambos, en todo caso, para que se transmita el dominio.

La tradición es la transmisión voluntaria de la posesión en concepto de dueño, en cumplimiento de la obligación de entregar la cosa, nacida del contrato de venta, venta que primordialmente es un contrato de disposición y adquisición derivativa del derecho de propiedad de la cosa del vendedor, derecho que queda transmitido en el momento de cumplirse la obligación de entregar, porque la transmisión de la posesión de la cosa es condición legal suspensiva de la eficacia traslativa del contrato, de tal manera que el cumplimiento de esta condición es el mismo cumplimiento de la obligación de entregar, cumplimiento que puede ser voluntario, por tradición del vendedor y recepción del comprador, realizadas con voluntad de actuar, distintas de las voluntades contractuales o de contratar, cumplimiento que puede ser forzoso, coactivo, supletorio del voluntariado, por ejecución judicial de la entrega (puesta en posesión del art. 1.096, 1) o de la recepción (consignación del art. 1.176 y sigs).

2. Lo que «da color» legítimo a la posesión y a la transmisión de ella es el *justo título* por el que se posee en concepto de dueño (mediante tradición), usufructuario (mediante cuasi tradición), comodatorio (mediante entrega, en sentido amplio), etc., justo título que puede ser presunto, porque se deduce su existencia de la realidad de la posesión probada, por imperativo legal (art. 448), mientras no se desvirtúe la apariencia posesoria (art. 348, 2).

3. La transmisión de la posesión en concepto de dueño *no se ha de someter a formas tipificadas* legalmente, en número «cerrado» (art. 1.462, 1).

La forma de la tradición puede ser estrictamente material, como la entrega y recepción manual de la cosa mueble o la entrada del comprador en la finca seguida de la salida del vendedor (o viceversa), y puede ser cualquier otra que *socialmente* se considere adecuada, aunque sea más o menos desmaterializada, sobre todo cuando el comprador manifiesta su conformidad, expresa o tácita; naturalmente, siempre que la tradición sea posible.

Incluso se puede transmitir la posesión por simple *acuerdo* del *tradens* y del *accipiens*, cuando el comprador ya poseía pero en concepto distinto al de dueño (*brevi manu traditio*) y cuando el vendedor poseedor pasa a

poseer en concepto distinto al de dueño (constituto posesorio). Acuerdos que se pueden referir a cosas muebles (art. 1.463) y no sólo a fincas.

Cuando la venta se otorga en forma de escritura notarial, la escritura es prueba no sólo del contrato, sino también de la conformidad del comprador en que se ha cumplido la obligación de entregar, al menos por acuerdo de constituto posesorio, sea la cosa inmueble o mueble, salvo pacto que conste en la misma escritura, o sea tácito pero claramente deducible (art. 1.462, 2).

Cuando no se ha otorgado la venta en escritura notarial y no se ha realizado la tradición por entrega y recepción voluntarias, ni siquiera por acuerdo de constituto posesorio, expreso o tácito, la voluntad de entregar o la voluntad de recibir la posesión pueden ser suplidas judicialmente, mediante la puesta en posesión (art. 1.096, 1) o la consignación (art. 1.176), respectivamente, formas materiales con intervención judicial.

4. Cuando el vendedor está *desposeído* porque un tercero tiene la posesión en concepto de dueño, incluso antes de prescribir el interdicto de recobrar la posesión (art. 348, 2 y art. 460, 4), el contrato de venta, que en este caso se denomina contrato de cesión, transmite el derecho de propiedad incorporal (es decir, el derecho no investido de la posesión) en el momento de la perfección u otorgamiento, porque el contrato de cesión es, precisamente, el contrato de compraventa que ontológicamente no obliga a entregar (art. 1.526), tanto si las partes contratantes *conocen* y manifiestan la desposesión del vendedor como si la conocen pero la silencian (S. 21 diciembre 1905).

En el mismo caso de desposesión el vendedor, si el comprador la *desconoce*, en vez de considerar convenido el contrato de cesión y pedir una reducción del precio, puede pedir la rescisión del contrato (artículo 1.460, 2, y S. 12 abril 1890).

Pero, en el mismo caso de desposesión desconocida por el vendedor, cuando el contrato se ha formalizado en *escritura notarial*, como venta de cosa, el comprador no puede pretender que se declare judicialmente la rescisión del contrato (S. 20 enero 1912), a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario, por haberse formalizado reserva de acciones en cuanto al cumplimiento de la obligación de entregar la posesión (art. 1.462, 2).

5. La *condición* voluntaria *suspensiva* del efecto de la transmisión del dominio por contrato de venta no excluye la exigencia de la condición legal de la transmisión de la posesión, posterior al cumplimiento de aquélla, aunque sea por constituto posesorio acordado al vender.

El cumplimiento de la condición *resolutoria* de la transmisión del dominio por contrato de venta consumada mediante tradición no exige nueva tradición al vendedor, porque implica la resolución o ineficacia

sobrevenida y claudicación de la venta, así como la inoperancia de la tradición posterior a la venta, de manera que el vendedor queda facultado para pedir, no la tradición propiamente dicha, sino la *devolución* de la posesión de la cosa, como cuando se extingue un derecho, real o personal, que faculta a poseer o tener la cosa; entre tanto el comprador queda como precarista por constituto posesorio acordado al vender, expresa o tácitamente, salvo pacto.

6. La tradición de la posesión en concepto de dueño es requisito legal condicionante del efecto transmisivo propio de otros contratos dispositivos u obligatorios por los que se transmite voluntariamente la propiedad de una *cosa poseída* por el contratante disponente, sobre todo el de permuta, y además, en su caso, los de obras, sociedad, préstamo mutuo y transacción, por cuanto la posesión implica la presunción de pertenencia de la cosa por justo título de adquisición, salvo prueba en contrario (art. 448). La tradición no es condicionante del efecto traslativo de esos contratos cuando el disponente está desposeído (art. 348, 2). *En definitiva, la tradición*, legalmente, está muy «desmaterializada», pero aún *ha de ser desmitificada*, para que no se le atribuya mayor alcance que el legal, en relación con la prueba de la transmisión del dominio fundada en la presunción de pertenencia del dominio al poseedor en concepto de dueño (art. 448), sin perjuicio de la transmisibilidad inmediata del derecho de propiedad del propietario desposeído (art. 348, 2) por contrato de cesión (arts. 1.526, 1.460, 2, y 1.462, 2).

PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el «Papa de la tradición», no creía en el dogma de la teoría del título y el modo tal como hoy lo predicán quienes han olvidado la historia. Como medio de publicidad defendió la conservación de la tradición posible, pero no dio marcha atrás en el tiempo para imponer una tradición imposible mientras no se recupere la posesión en concepto de dueño, y no inventó una tradición *incorporal* en la que hoy creen algunos de los que son más papistas que el Papa.

PUNTO FINAL

El profesor STEPHEN W. HAWKING, que «ocupa actualmente la cátedra *Lucasian* de Matemáticas de la Universidad de Cambridge, desempeñada en otro tiempo por NEWTON y por DIRAC, dos célebres exploradores de lo muy grande y de lo muy pequeño», en su obra *Historia del tiempo. Del «big bang» a los agujeros negros*, (Ed. Crítica, Barcelona, 1988, pág. 198), como hombre genial que se enfrenta a un error propio, dice: «¿Qué se debe hacer cuando uno se da cuenta de que ha cometido un error como ése? Algunos nunca admiten que están equivocados y continúan buscando

nuevos argumentos, a menudo inconsistentes —yo traduciría incoherentes o incongruentes—, para apoyar su tesis (como hizo Edington al oponerse a la teoría de los agujeros negros). Otros pretenden, en primer lugar, no haber apoyado nunca realmente el enfoque incorrecto o que, si lo hicieron, fue sólo para demostrar que era inconsistente. Me parece mucho mejor y menos confuso si se admite en papel impreso que se estaba equivocado. Un buen ejemplo lo constituyó EINSTEIN, quien llamó a la constante cosmológica, que había introducido cuando estaba tratando de construir un modelo estático del universo, el error más grande de su vida».

Otro buen ejemplo es la confesión y arrepentimiento del pecado de conceptualismo manifestado por el genial IHERING, quien dijo: «Una cosa es contentarse desde el punto de vista teórico con una norma jurídica que se cree leer en las fuentes o deducir de ellas, sin preocuparse por las consecuencias y los males que pueda ocasionar al mundo, y otra cosa aplicarla. Una opinión nociva, aunque sea formulada por una persona sana de mente no resiste esta prueba... Nuestra teoría romanista debe y tiene que reformarse; no puede continuar por la senda que ha seguido hasta ahora. Debe abjurar de la locura de creerse una matemática del Derecho, que no tiene otro objetivo superior que calcular correctamente los conceptos».

Ahora, en estos tiempos de «reestructuración» de los grandes dogmas filosóficos, políticos y sociales de grandes convulsiones científicas y tecnológicas, cuando un líder sindical recuerda y dice que «el error que se comete por persistir en el error es el peor de todos los errores», hay que repetir una vez más el *e pur si muove* de GALILEO a los que, sin atender a razones, prejuzgan peyorativamente todo cuanto puede contradecir los dogmas conceptuales aprendidos de grandes maestros, que legiones de estudiosos, con gran esfuerzo, grabaron en sus memorias.

Como dijo el admirado PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA, el autor de la Ley que ampara la propiedad y el crédito territorial, al tercero hipotecario y a muchos profesionales «respetamos todas las opiniones, y con la mejor voluntad reconocemos los errores en que, a pesar de la más detenida reflexión, podemos incurrir. No hemos tenido nunca inconveniente en reformar una opinión después de haber sostenido otra diferente cuando estudios más profundos y concienzudos nos han hecho conocer que nos habíamos equivocado. Este es un deber de lealtad, una obligación de conciencia que no deben excusarse de llenar los que toman sobre sí la misión de escribir para el público. Pero en el caso actual no tenemos que corregirnos, sino, por el contrario, repetir una vez más que —las enajenaciones, por los titulares registrales del dominio, de— *las acciones reivindicatorias de bienes inmuebles están sujetas a inscripción*».

El legislador dice, insiste, confirma y subraya que el derecho del pro-

pietario desposeído (art. 348, 2) se puede vender y queda transmitido por el contrato, sin tradición (art. 1.526), y que el título traslativo de cesión otorgado por el titular registral del dominio, según escritura notarial, se puede inscribir (art. 1.526, 2; art. 2, primero, y art. 20 LH).

El criterio auténtico, del legislador continúa siendo válido y ajustado a nuestro vigente sistema español de disposición y adquisición derivativa, por contrato de compraventa, del Derecho de propiedad. De derecho de propiedad corporal, o sea investido con la posesión, por contrato de venta de cosa complementado con la transmisión de la posesión del vendedor, mediante tradición o ejecución judicial supletoria (arts. 448, 1.445, 1.462, 1.095 y 1.096). Del derecho de propiedad incorporal, es decir no investido de la posesión porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, por contrato de cesión, sin transmisión de posesión (arts. 348, 2; 1.526), incluso cuando se ha formalizado la cesión mediante escritura notarial en la que se expone que el vendedor es poseedor de la finca si luego resulta que el vendedor estaba desposeído, y aunque el comprador desconociera la desposesión del vendedor (arts. 1.460, 2; 1.462, 2); contrato de venta o cesión que puede estar inscrito (art. 36, 2, LH) y que es registralmente eficaz, en el aspecto sustantivo (art. 32 LH) y en el aspecto procesal (art. 41, 6, 2.ª, LH).

Valencia, junio 1989.

EUSEBIO GIMENEZ ROIG

Registrador de la Propiedad

