

## De nuevo sobre la posesión de bienes muebles

TRES ESTUDIOS EN TORNO AL ARTICULO 464,1  
DEL CODIGO CIVIL

JOSE MARIA MIQUEL GONZALEZ: *La posesión de bienes muebles* (Estudio del artículo 464, 1 del Código civil), Madrid, Ed. Montecorvo, S. A., 1979 (544 págs.). MANUEL DE LA CAMARA ALVAREZ: *Contribución al estudio del artículo 464 del Código civil*, en «Revista de Derecho Notarial», CIV, abril-junio 1979, págs. 7 a 209 (203 págs.). ANTONIO HERNANDEZ GIL: *La posesión de bienes muebles. Apariencia, legitimación y límites de la reivindicación*, capítulo VIII de «La Posesión», ed. Civitas, 1980, págs. 559 a 692 (134 págs.).

Por

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Se trata de tres excelentes trabajos escritos por tres buenos amigos míos, que presentan muy diferentes características, tratan de un mismo tema y se han cruzado entre sí sin apenas rozarse.

Les ha ocurrido algo semejante a lo que, hace más de veinte años, sucedió entre los libros de CARLOS MELÓN INFANTE, *La posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*, Barcelona, Ed. Bosch, 1957 y de FERNANDO MELÓN INFANTE, *La adquisición de mercaderías en establecimiento comercial*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958, que estaban imprimiéndose cuando en ANUARIO DE DERECHO CIVIL IX-II, abril-junio de 1956, págs. 361 a 431 apareció mi estudio, *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464 del Código civil*.

Ni CÁMARA ha podido ocuparse del citado trabajo de HERNÁNDEZ GIL, ni éste del de aquél, aunque cada uno conociera el contenido de los anteriores estudios del otro. Ni JOSÉ MARÍA MIQUEL conoció los publicados, por los dos, después del suyo.

HERNÁNDEZ GIL, en la página 592, nota 17, explica: «Más recientemente es de interés la tesis doctoral de JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ, *Presupuesto histórico del artículo 464 del Código civil*.

»Durante el período de corrección de pruebas de este libro he

conocido el del Prof. MIQUEL GONZÁLEZ recientemente aparecido, *La posesión de los bienes muebles* (1979). No recoge el total trabajo histórico de la tesis. En cambio, peneira muy profundamente en la interpretación del artículo 464. Somete a consideración crítica las diversas doctrinas, de manera especial la llamada germanista, y abunda en la opinión de Vallet de Goytisolo». Y poco más dedica, por la circunstancia expresada, a los trabajos de José María Miquel: un párrafo de trece líneas en la pág. 593, acerca de la crítica de las fuentes españolas y extranjeras, y las notas 47 de tres renglones, en la pág. 652, y 48 de uno, en la pág. 653, relativas a los antecedentes legislativos.

De la CÁMARA ALVAREZ indica, en la nota 31 de su trabajo, págs. 29 y sig., que la parte del trabajo de MIQUEL referente a los presupuestos históricos del art. 464 C. c. lo conoció cuando fue discutido en el Seminario dirigido por don FEDERICO DE CASTRO, y dice: «Cuando ya estaba muy avanzada la redacción del presente trabajo, MIQUEL, por intervención de nuestro común amigo LUIS DíEZ PICAZO ha tenido la gentileza de facilitarme un ejemplar completo de su libro (todavía en prensa). Estas circunstancias explican que, con relación a sus comentarios relativos al Código civil, haya tenido que limitarme a recoger aquellas de sus opiniones que más directamente interferían las mías, pues MIQUEL es defensor de la tesis romanista, aunque como más adelante se verá, quizá nuestras conclusiones últimas no estén tan alejadas como a primera vista podría parecer. También justifican que las citas y referencias a la obra de MIQUEL hayan tenido que hacerse de un modo un tanto informal». CÁMARA dedica a la obra de JOSÉ MARÍA MIQUEL, además de la nota 31, las 32, 33, 34 igualmente extensas, un párrafo de la 94, las breves 216 y 228, las 267, 268, 295, un párrafo de la 337, la 338 de simple referencia, las 340 y 341 (puede que se me haya escapado alguna). Creo que estas notas no bastan para apreciar suficientemente la obra de MIQUEL, sus abundantes aportaciones y juiciosos argumentos.

En la nota 268, relativa al «estoppel» dice CÁMARA que MIQUEL «piensa que podría adaptarse a nuestro Derecho puesto que la jurisprudencia ha reiterado la vigencia del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Hoy, además, estima MIQUEL, "la nueva redacción del título preliminar, el artículo 7 concretamente, da suficiente base positiva para aplicar este principio [del *estoppel*] a las adquisiciones *a non domino*, en el sentido de que quien no puede ejercitar su derecho sino contra la buena fe (por su conducta anterior) debe reputarse que lo ha perdido"». Esta última frase, en el libro de MIQUEL (página 496) concluye con las palabras *a non domino*, sin duda por haberse suprimido el resto en las siguientes pruebas. No creo que CÁMARA haya pensado que MIQUEL se refiera en ella al artículo 464, pero es preferible dejarlo aclarado (1).

(1) José M.<sup>a</sup> Miquel, para aclarar este punto, me ha facilitado la siguiente nota que transcribo: «La frase en cuestión aparece en el ejemplar que utili-

En lo que sí creo que CÁMARA no valora bien las palabras de MIQUEL, es cuando dice (en la nota 31) que MIQUEL «como más adelante se verá [refiriéndose, sin duda a su opinión sobre la aplicación del *estoppel*, que CÁMARA refiere en su nota 268], quizá nuestras conclusiones últimas no están tan alejadas como a primera vista parece». MIQUEL dice: «La regla del *estoppel* hace una adecuada valoración de la situación, porque atiende a la conducta del que va a perder su derecho, y no sólo a la buena fe y a la onerosidad de la adquisición del tercero. Esta regla está en íntima conexión con el principio que prohíbe *venire contra factum proprium* [y en nota 110 advierte, «que el *venire contra factum proprium* no tiene sólo una función obstativa al ejercicio del derecho, sino fundamentadora del derecho de la parte contraria»]. No habría por ello grandes dificultades en nuestro Derecho para aplicar una solución basada en ese principio para la protección legítima del tercero». Es decir, que no lo apoya en una aplicación del artículo 464; sino del referido principio al margen de ese artículo. En cambio, DE LA CÁMARA, opina, en la pág. 164, que «este mayor vigor [en la exigencia de la buena fe del tercero] no debe llevar al extremo de que la buena fe del adquirente sólo debe ser tenida en cuenta cuando haya sido el propio dueño quien haya creado indicios específicos de titularidad dominical en el enajenante, tal como se postula en la llamada *stoppel rule* del Derecho inglés». A su juicio, dentro del supuesto del artículo 464, 1, tal como él lo interpreta, «cuando el dueño confía una cosa de su propiedad a otra persona no debe ignorar que existe la posibilidad de que esa persona abuse de la confianza que en ella se ha depositado. Ha dado pie para que surjan los indicios, aunque no sea él quien los haya creado...». La diferencia entre una posición —basada en el *venire contra factum proprium*— y la otra —que entiende que el art. 464,1, da lugar a una adquisición *a non domino*, si el dueño confía una cosa de su propiedad a otra persona que crea los indicios de que la posee como dueño y transmite a un tercero de buena fe—, es abismal. Temo, por esto y por la observada escasa valoración de las investigaciones y tesis de MIQUEL,

---

zó De la Cámara, pero no en el que fue a la imprenta. No me refiero cuando admito una adquisición *a non domino*, como creo que queda claro en otras partes de su trabajo (de Vd.), a la que estableciera el art. 464-1 porque no creo que el art. 464 la establezca, sino a la que puede derivar de la aplicación del principio «*nemo potest venire contra factum proprium*» entendido en un sentido no meramente obstaculizador del ejercicio del derecho, sino incluso como justificación de la pérdida del derecho del propietario; justificación que la tesis germanista no parece considerar más que basada en la entrega voluntaria de la cosa a título de depósito, etc. Esto me parece que no puede justificar la pérdida del derecho del propietario; cuestión distinta es que el propietario ponga a nombre de otro la cosa y después de la enajenación de éste pretenda recuperarla de un tercero. Aquí existe una justificación para la pérdida del derecho más allá de la buena fe del tercero, necesaria, pero no suficiente. El propietario ha creado en ese caso una apariencia suficiente que le es imputable por tanto en sus consecuencias, frente a terceros de buena fe.»

que CÁMARA no pudo leer con suficiente reposo el libro de aquí para penetrar en el verdadero pensamiento del autor.

Los tres trabajos, hemos dicho, ofrecen muy diferentes características, que reflejan la respectiva actitud de su autor en su elaboración. HERNÁNDEZ GIL se muestra como un maestro. DE LA CÁMARA como un gran polemista. JOSÉ MARÍA MIQUEL, como un investigador paciente, concienzudo, riguroso, exhaustivo y de fino juicio.

HERNÁNDEZ GIL, expone con orden riguroso, gran claridad de ideas traslúcidas en frase elegante y palabra precisa. En cada punto resume magistralmente su anterior opinión; luego con gran fidelidad, lo más literal posible, recoge los reparos opuestos a su tesis —generalmente los reparos son míos— y, finalmenté, de modo sereno replica o hace observaciones a los reparos y expresa claramente sus conclusiones. Gran abogado que es, cede ante el profesor universitario, que asimismo es, el empleo de la forma, el uso del estilo y el tono, y, especialmente, la objetividad de los juicios, el orden de ideas y conceptos y la presión y severidad de la exposición, siempre elegante y rica de léxico preciso.

CÁMARA, que nunca ha ejercido de letrado, se muestra como un abogado brillantísimo. Su estilo es polémico y su trabajo un alegato en defensa de una tesis. He dicho repetidamente que MANOLO CÁMARA es, entre nuestros juristas, el mejor talento lógico. Pueden discutirse sus apreciaciones, estimaciones y valoraciones; pero, una vez tomado un punto de partida —acertado o no— su lógica formal suele ser arrolladora, casi aplastante. Temo que, esta vez, el alegato de abogado, con toda su fuerza polémica, perjudique en varias ocasiones el rigor lógico del estudio. A lo largo de estas notas trataremos de comprobarlo. Por otra parte, como en todo alegato, el deseo de convencer conduce a repeticiones, reiteraciones e insistencias, así como al empleo de expresiones y juicios concluyentes y contundentes, o de adjetivos calificativos que zanján la cuestión, a veces acompañados de razonamientos —más o menos convincentes— pero que otras veces sólo expresan estimaciones personales del autor. Así, v. gr., leemos: «el prejuicio de que...» (pág. 54), «traición a el significado semántico de la palabra» (p. 61); «Para salir de este círculo vicioso se recurre al siguiente subterfugio», que «no es de recibo» (p. 85); «tortuosa dialéctica» (p. 90); «fruto a mi juicio de un planteamiento erróneo en el trabajo de Miquel» (p. 145); «que obedece a una manera de entender el Derecho (y aún la vida misma) excesivamente conservadora a mi parecer» (p. 150).

El libro de JOSÉ MARÍA MIQUEL, es un libro que me habría gustado escribirlo —muchas intuiciones mías resultan confirmadas con su investigación histórica —aunque seguramente no habría logrado igualar el valor por él conseguido. LUIS DÍEZ PICAZO, en el prólogo que precede al libro, dice: «El primer mérito del libro de JOSÉ MARÍA MIQUEL, que el lector tiene ahora entre sus manos, es haber acometido, cuidadosa y minuciosamente, una revisión de los antecedentes y de los presupuestos históricos del 464. Y, real-

mente, el resultado es impresionante. J. M. MIQUEL aparece armado de una increíble erudición que va desde los textos de los francos en Jerusalén en la época de las Cruzadas, pasando por los textos góticos del alemán medieval de las ciudades hanseáticas a la jurisprudencia del Tribunal del Chatelet de París en el siglo XVIII, que desgraciadamente, por razones de economía editorial, no han podido pasar enteramente al libro que ahora ve la luz, aunque esperamos que puedan publicarse separadamente. El maestro Alfonso de Cossío (que en gloria esté), al leer este libro en su ejemplar mecanografiado, como juez de unas oposiciones, afirmó y yo creo que con toda razón que libros como éste se escriben pocas veces en un siglo». Obra que nos permite «disponer de un material tan precioso como el que este libro nos facilita, y de una construcción doctrinal perfectamente trabada».

Sin embarazo, voy a permitirme la evidente osadía de examinar, en estas notas, esos tres estudios que he enunciado como previa presentación.

#### I.—LOS PRETENDIDOS ANTECEDENTES HISPÁNICOS DE LAS ADQUISICIONES «A NON DOMINO» DE BIENES MUEBLES.

Según MANUEL DE LA CÁMARA (págs. 29 y sig.): «En el Derecho histórico español del medievo parece demostrada la vigencia al menos parcial, del sistema germánico, pero también está claro que dicho sistema no resistió a la recepción romano canónica». Acerca de la primera de estas dos afirmaciones, dice, en la nota 31, que JOSÉ MARÍA MIQUEL «ha puesto en tela de juicio que muchos de los textos citados por aquellos autores sean totalmente claros y concluyentes, lo que lleva a afirmar que no se registra en nuestro Derecho histórico del medievo ninguna regla general como las comúnmente empleadas para aludir a la exclusión de la acción reivindicatoria, tales como *Hand wahre Hand* o *mobilia non habent sequelam*».

A juicio de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (pág. 593): «En cuanto a la presencia en el Derecho histórico español de datos representativos del régimen jurídico germánico, MIQUEL se muestra muy cauteloso. Descarta su presencia en el Derecho visigótico. Pero esto no es lo más importante, pues los propios defensores de su vigencia la sitúan en época posterior. En las fuentes medievales —dice— faltan formulaciones de carácter general y las reglas resaltadas principalmente por MEREJA y GARCÍA DE VALDEAVELLANO en los fueros municipales, cree MIQUEL que pueden permitir otras explicaciones».

DÍEZ PICAZO opina algo más: «Los resultados de la investigación histórica [DE MIQUEL] son desmitificadores». Veamos, pues, con cierto detalle, lo que en el capítulo II de su libro, deduce de su examen de las fuentes en el Derecho español medieval de la Reconquista.

Previamente, advierte MIQUEL (pág. 57) «que en nuestras fuentes

medievales no se registra, al menos en lo que me alcanza, ningún aforismo similar a los tan conocidamente utilizados para aludir a la limitación de la acción reivindicatoria, como H. w. H., "*mobilia non habent sequelam*", etc.».

Y, a continuación analiza, sucesivamente:

1) *Las fuentes que contemplan el supuesto de cosas confiadas, enajenadas por el mediador posesorio o embargadas a él:*

a) El fuero de las Encartaciones, ley XV, título III, ciertamente contiene un párrafo que dice: «Que en tal caso aquel que la prestó, o dió sea tenido de se la mandar a quien la prestó o dió é no á otro que la tiene», de la que derivaría la vigencia del principio *Hand wahre Hand*, según GARCÍA VALDEAVELLANO, pero que a éste se le escapa el sentido de otro inciso posterior del mismo texto, que vuelve a hablar de la cosa prestada, afirmando: «y el que así tomó la cosa prestada haya su recurso contra aquél que se la empeñó o vendió y cóbrela del tal como es fuero y derecho», con lo cual dice MIQUEL, «niega muy claramente que el tercero haya adquirido la cosa prestada», «pues si el tercero que tomó la cosa prestada por compra o prenda, tiene su recurso contra el que se la vendió o empeñó y la cobra de él, se desprende que no retiene la cosa frente al propietario, pues si fuera así, ¿cómo iba a tener su recurso contra el vendedor?» (págs. 62 y s.).

b) El Fuero de Viguera-Val de Funes, en su § 117, rechaza el principio H. w. H., al decir que «todo omme que toviere bestia logada o prestada o otra cosa, e la empeynare o la bendiere o se la tobriere en peunnos por clamor que aya suyo o ageno, el deynno de la bestia o de cosa puédela sacar por suya» (p. 63).

c) El llamado Código de Huesca, VIII *de pignoribus*, es claramente contrario al principio H. w. H., en su supuesto: «Et si pignorat ipsam bestiam pro illo qui tenet ipsam locatam, aut emprestatam, dominus bestiae debet eam trahere, et potest» (p. 64).

2) *Fuentes relativas al juramento del demandante.*

Se trata de aquellas que exigen del demandante un juramento del que MEREJA y VALDEAVELLANO inducen la exclusión de la reivindicación respecto de bienes muebles confiados, que han pasado a poder de un tercero, por haber sido enajenados por el «hombre de confianza». MIQUEL subdivide estas fuentes:

- a) Las que exigen juramento de «no haber enajenado».
- b) Las que además incluyen el juramento de «no haber prestado».

Respecto al primer juramento, según MEREJA y G. VALDEAVELLANO, «el "dar" empleado por algunos fueros significa no sólo la donación, sino, en un sentido lato, transmitir voluntariamente la posesión precaria».

Pero advierte MIQUEL (págs. 71-72):

«Existen, sin embargo, algunas razones para no entenderlo así: 1) *dar* se utiliza como es sabido en muchos lugares de las fuentes por *donar*; a título de ejemplo: Fuero Juzgo, 5, 2, 3; 5, 2, 4; 5, 2, 5; 5, 2, 6; 5, 2, 7, todas del título de la donación, no emplean ni una sola vez *donar*, sino siempre *dar*; en otras ocasiones se dice hacer donación. En los pasajes correlativos de la Lex Visigotorum, se empleaba el verbo "donare" en diferentes tiempos. Lo que significa que, en el título de la donación, el Fuero Juzgo ha traducido siempre donar por *dar*. 2) en el Fuero de Coria los dos pasajes que aluden al juramento de que nos ocupamos, emplean, uno *dar* (el § 206), y el otro *donar* (§ 296), pasaje este último que a su vez se corresponde con Usagre 306 que utiliza *dar*. El pasaje de Castel-Rodrigo (PMH I, 876) correspondiente a Usagre § 214, y Coria § 206, utiliza *donar* donde éstos dicen *dar*. 3) El Fuero de las Encartaciones, que sugirió a VALDEAVELLANO y a MEREIA este argumento, es de fecha demasiado tardía para poder ayudarnos en la interpretación de estos fueros. 4) Los fueros de Logroño y Miranda, que se corresponden entre sí y también en parte con el de Vitoria, utilizan uno *donare* (Logroño) y el otro *dare* (Miranda), mientras que el de Vitoria vuelve al *donare*. 5) Si *dar* comprende toda clase de desposesión voluntaria, no se comprende por qué han de mencionarse las diferentes clases que abarca; y si consideramos que ello es una redundancia perfectamente compatible con las características de nuestras fuentes, entonces no vemos la razón por la que *dar* concurre con vender, empeñar, prestar, pero nunca con donar. Pero lo más importante es el contexto, en que se utiliza, esto es, junto a vender y enajenar.»

Por otra parte en los Fueros de Aragón, ed. Tilander § 101 y ed. LACRUZ y BERGUA § 90, se exige que el demandante jure «sobre libro et cruç... que aquella hereditat que demanda suya deue ser e que fo de so aulorio o de son patrimonio e que a él pertenece... e que los antecesores suyos non uendieron ni allennaron aquella hereditat en neguna manera». Siendo así, según MIQUEL (págs. 73-74), «puede oponerse con GARRISON que nunca se ha pretendido que una solución del tipo H. w. H. rigiera también para los inmuebles», y es importante «observar que, tanto en el texto de Jaca como en el de los Fueros de Aragón, ese juramento se exige cuando el demandado «non la pot defendre per carta» (Jaca § 89; Fueros de Aragón, sustancialmente igual), lo que indica que estamos en un supuesto semejante a los que se presentan respecto a los muebles, en los que la *carta* no suele existir. Coinciden, pues, aquí la regulación mobiliaria e inmobiliaria por el acercamiento del supuesto relativo a inmuebles al normalmente presentado en muebles. Con ello, creo que se puede seguir manteniendo la peculiaridad de dicho juramento respecto a muebles, pero no en el sentido pretendido por MEREIA, sino en otro diferente. Es digno de ser notado que en todos los fueros señalados se habla de causas traslativas del dominio; así la

venta es mencionada en todos ellos, salvo en los Fueros de Aragón (VIII) 314, 13, en los que de una manera más general, sólo se habla de enajenación. De ello se deduce que estos juramentos al menos en la parte en que se refiere a causas traslativas (compraventa, donación) o potencialmente traslativos (prenda) no pueden, como quiere MEREÁ, tener el alcance por él propuesto.»

Además, nota MIQUEL (págs. 79-80) que el juramento del demandante «se presta según los textos aragoneses, después que el demandado ha fracasado en su prueba. Ahora bien, la prueba que debía suministrar el demandado, conforme a estos textos, se lograba, si afirmaba la adquisición derivativa, a través de la otorgación. El último *otor*, el tercero, debía probar su propiedad: «debet probare per bonos, et idoneos testes sufficienter, quod bestia ipsa... fuit filia aquae, vel asinae sua, vel quod a terniis annis ipsam nutrit: vel antequam actor ipsam bestiam perditam dixerit, longo tempore erat sua propria, et quando eam vendidit» (Código de Huesca, VI, de furto, 4). Es, pues, cuando el último *otor* no logra probar esto, cuando se exige aquel juramento al demandante. Se trata entonces, con ese juramento, de asegurar que una reconstrucción del tracto sucesivo no llevaría a situar al demandante a la cabeza de las transmisiones, que han conducido a la posesión del demandado, en una palabra, que el demandante no va contra un acto suyo de enajenación, o dicho de otro modo: con el juramento se prueba la subsistencia del derecho afirmado; se resuelve el problema de que en la reivindicación hay que ser propietario en el momento de ejercitarla, mientras que las pruebas relativas a los actos de adquisición del derecho de propiedad se refieren necesariamente a un tiempo anterior. ¿Qué ha sucedido en el tiempo intermedio? El juramento en cuestión demostraría que no ha sucedido nada que se oponga a la subsistencia de aquel derecho. El demandante no ha hecho nada por lo que deba perder su derecho. No ha vendido, no ha donado, no ha empeñado, no ha enajenado en una palabra. La cosa era suya entonces y todavía lo es.»

Respecto al segundo juramento que, en su fórmula, incluye el «no haber prestado», han entendido MEREÁ y VALDEAVELLANO que dicho juramento obedecía a que no serían reivindicables en virtud del principio H. w. H. las cosas muebles prestadas que estuvieran en poder de un tercero. Pero MIQUEL ofrece otra explicación (págs. 82-83).

«Basta pensar en que si bien es posible que el comprador no conociera a su vendedor, y por ello no puede presentarlo como su *auctor*, en cambio no es posible que *siendo la cosa prestada* el demandante no conozca al *autor* (mediato o inmediato) del comprador, es decir, a quien ha de responder por evicción. Si esto es así, el supuesto no podrá ser tratado ya como compra a desconocido, porque el propietario que prestó deberá indicar quién es el prestatario, que, en definitiva, es quien debe responder por evicción por ser el *auctor* (mediato o inmediato según que la cosa haya pasado



por una o más manos) del comprador-poseedor actual. Si el demandante no lo indicara su conducta no sería leal; dejaría al demandado imposibilitado para exigir el saneamiento por evicción contra su *otor*. El camino seguido por la cosa de mano en mano, no puede reconstruirse a iniciativa del comprador en este caso, pero sí a indicación del reivindicante que prestó.

»Un supuesto semejante quedaba en el Derecho visigodo bajo el imperio de LV 7, 2, 8 que trata de la compra a desconocido, y cuyo párrafo final disponía: Si vero dominus rei furem noverit et eum publicare noluerit, rem ex toto amittat, quam emptor quiete possideat. De modo que si el propietario no indica al poseedor, que compró a un desconocido, quién es el ladrón, pierde la cosa.

»En conclusión, el supuesto de compra a desconocido y el de haber prestado el propietario la cosa, no deben concurrir por el deber de éste de hacer saber al demandado la persona a quien prestó a fin de que pueda responderle por evicción su garante o *auctor*.

»Creo que con ello se logra una explicación satisfactoria de este juramento que incluye no haber prestado. A lo sumo, podría reconocerse que esta exigencia fuese un indicio de la vigencia del principio H. w.H., pero tan sólo un indicio a comprobar con otras fuentes, que sin embargo, hasta ahora, no se han encontrado...»

### 3) Supuestos de apropiación indebida asimilados al hurto.

Los defensores de la vigencia medieval en nuestras fuentes de la Reconquista del principio H. w. H., sientan la distinción entre las cosas confiadas y las hurtadas o perdidas, es decir, de las voluntariamente salidas de la tenencia del demandante, que las confió a otro, y de las hurtadas, robadas o perdidas. Sin embargo, según MIQUEL (págs. 85-86) resulta que «la categoría de cosas confiadas no excluye que esas mismas cosas sean hurtadas por el hombre de confianza, y que tal asimilación no es sólo respecto a la pena, sino incluso que las acciones se denominan furto.

»Existen en realidad, casos en las fuentes en los que la apropiación de cosas confiadas, no sólo se equipara en la pena al hurto, sino que la acción también se califica de furto. Así, Fuero Real IV, 12, 8: Quien oro, o plata tomare de otro, o lo falsare, mezclándolo con otro metal peor, haya la pena que es puesta en los hurtos: é si no mezclare, y alguna cosa dello *furtare*, haya esta pena sobredicha. Fuero de Soria § 576: Qui oro o plata tomare dotro e la falsare mezclandolo con otro metal peor, o dello *furtare* aya la pena que es puesta en lo de los hurtos. Se ve como en estos textos el que recibió el oro a la plata puede hurtar de ello, a pesar de que ya lo tiene en su poder confiado de otro. (Los pasajes se corresponden con los de la Lex Visigotorum citados *supra*).

»Otros ejemplos se presentan a propósito de otros artesanos que reciben cosas para realizar diversas obras. Así, Cuenca XLII,8; "Si

sartor aliquis de hiis, que sibi data fuerint ad operandum, aliquid cambierit, aut *furatus fuerit*, pectet illud sicut fur. Nan quidam eorum quandoque solent subripere aliquid...". En el Código Valencino del mismo Fuero se dice: "Si el alfayate alguna cosa delas que el fueren dadas a obrar camiare o *furtare*, *pechela* como ladrón. Igual en Fuero de Heznotoraf, § 845, Alcaraz XII, 40 (a), Alarcón tít. 796, Fuero Teruel 78 (ed. Gorosch), Zorita § 821. En todos estos Fueros se califica la acción del sastre al sustraer (*subripere* dice el Fuero de Cuenca) los materiales que le son entregados de «furto». En el mismo sentido puede citarse las disposiciones que se refieren al corredor. El corredor, como dice el Fuero de Soria § 109 trahepennos o bestias a otras cosas a vender, por la villa o por el mercado. Al corredor le son entregados bienes para que los venda; no cabe duda de que las cosas que les son entregados son cosas confiadas. Pues bien, según la tesis defendida por MEREJA, el corredor no podría incurrir en furto, respecto de ellas. Pero de las fuentes en cambio, resulta lo contrario...»; y cita los Fueros de Cuenca XVI, 47 y 48, Heznatoraf, § 438, Zorita de los Canes, § 367, Alarcón § 407, Placencia § 183, VI, 51, Teruel 136, 9 (ed. Gorosch, pág. 145), Béjar § 565 y Soria § 110.

4) *Los §§ 372 y 560 del Fuero de Soria y el 420 del mismo fuero y el texto III, 19, 9 del Fuero Real.*

FERNANDO MELÓN INFANTE dedujo de los §§ 372 y 560 del Fuero de Soria que el sistema de éste equivale por completo al del artículo 464 entendido conforme al principio H. w. H. Dicen así dichos textos del Fuero de Soria:

§ 372 «Si alguno comprare dotro heredat o otra cosa que enagena et non del vendedor (si el comprador lo sopiere que es agena et non del vendedor), amos sean tenjdos de pecharla con otra tanta et tan buena a aquel cuya fuera con los frutos o con los esquimos o con las enqueras que ellos levan ende o el podrie levar et auer. Esto mismo sea daquel que la cosa agena diere a camiar, et del que la recibiere sabiendo que es agena et non daquel que la ouiere.»

§ 560 «Si el defendedor que es tenedor de la cosa, algunos de los otorez dixieren que aquella cosa que les es demandada o apreciada suya es nada et criada, o que la fizo el, yure, segund la quantia en que fuere demandada o apreciada la cosa, et sea creydo, et finque por suya o de aquel pora quien la defendiere, et si yurar non quisiere, pechela doblada a aquel que la cosa demandiere por suya, yurando el demandador por su cabeza que la nunca vendio njn la mal metio njn la enageno.»

MIQUEL (págs. 87-88) entiende que el § 372, «a poco que se lea el precepto, se desprende que nada dice de las cosas muebles adquiridas por un tercero de buena fe. El § 372 no dice más que lo que tienen que pechar comprador —de mala fe— y vendedor de cosa ajena (mueble o inmueble: heredat o otra cosa) y esto es la cosa doblada más los frutos percibidos o que podría haber perci-

bido el dueño. Por ello el § 372 no dice nada de irreivindicabilidad; lo que parece utilizar de él MELÓN es la posibilidad de reivindicar de un comprador de mala fe en todo caso, con lo que se excluirían los adquirentes de mala fe de cosas confiadas de la aplicación del principio H. w. H.

»Pero esto sólo sirve para limitar la teoría según la que el principio H. w. H. rigió en el Derecho medieval español, pues como es de sobra sabido, aunque los germanistas sean en este punto reticentes, la limitación de dicho principio a sólo los adquirentes de buena fe, es el resultado de la conjunción de principios germánicos y romanos, lo que tiene lugar en Alemania hacia el siglo XVI.»

Además, el precepto «habla de cosa ajena y el hecho de que se imponga la pena del doble (más los frutos percibidos o podidos percibir, fórmula de sabor romanista) no autoriza a pensar que estamos en caso de cosas hurtadas, más bien podríamos pensar que la venta de cosa ajena se trata como un hurto y de aquí la pena del doble. Es totalmente arbitrario limitar el precepto a las cosas hurtadas o perdidas, y ello por una simple razón: el precepto habla, y en primera línea, de inmuebles.»

Es decir, «coloca en un mismo plano venta de cosa ajena mueble o inmueble cuando el adquirente es de mala fe, imponiendo no sólo la restitución de la cosa sino una pena: pecharla con otra tanta et tan buena más los frutos percibidos o que podría percibir el dueño.»

Respecto del § 560, del juramento citado al final del texto deduce MELÓN que ha de tratarse de cosas que el demandante había perdido por hurto o pérdida.

Pero MIQUEL (págs. 90-92) opina de otro modo: «Realmente no parece que hayamos de entender que la cosa fue perdida en el sentido exclusivo de extraviada, sino más bien de pérdida por acaso o por hurto o por otra causa. Se admite que el demandado o alguno de los otos, hasta tres (§ 559), prueben una adquisición originaria para defender la cosa, lo que significa que a su cargo corre una prueba del dominio del tipo más riguroso, que ciertamente puede llevarse a cabo por un medio de prueba fácil como el juramento. Este hecho debe ser valorado, pues en defecto de tal prueba, es cuando se impone la restitución, pero no simplemente de la cosa sino del doble. Es entonces también cuando se exige el juramento al demandante de no haber vendido, ni malmetido ni enajenado; con este juramento no se está de ningún modo probando que la cosa no fue confiada a nadie, sino por el contrario que la cosa no fue entregada a otra persona por una causa traslativa; resulta muy explicable que en nuestro texto se exija, pues parte del supuesto de que entre el demandado y los tres otos no se llegue a probar la adquisición originaria; la apelación al *otor* está aquí, como en la mayor parte de los Fueros, limitada al tercer *otor*, ello supone que se ha cortado el nexo entre los unidos por

la cadena de sucesivas transmisiones, ya que no puede, mediante la otorficación, reconstruirse el tracto sucesivo, se impone al demandante la prueba de que esa reconstrucción, de ser posible, no llevaría a colocarle en la cadena de transmisentes de modo que el actual poseedor sería causahabiente del demandante. El juramento, en definitiva, no es más que una manera de impedir que el demandante vaya contra un acto de enajenación propio. Aquí aparece necesario también el juramento de no haber prestado a nadie pues con ello se trata de evitar que el reivindicante conociendo al ladrón *otor* no lo dé a conocer al comprador que sufre evicción. La posición del demandado no es envidiable; es a él a quien se impone la llamada probatio diabolica del dominio.»

Y continúa:

«El § 420 del Fuero de Soria (correspondiente a Fuero Real III, 19, ) prohíbe la prenda de cosas ajenas y admite la subpignorcación de la cosa pignorada siempre que "no sea por más ni en otra guisa, sino como la touiere. Et qui contra esti al ffiziere peche lo que empennare a su duenno doblado". Parece que el doble está constituido por la misma cosa más otro tanto. ¿Habría que entender este precepto en el sentido de que el dueño no puede recuperar la cosa?, parece que no; ¿y si el doble comprende la misma cosa más otro tanto, resultando que la misma cosa la devuelve el mismo que la empeñó, hay que deducir aquí lo que deducía para CE 289 LEVY?» ...«El § 419 contiene una norma correlativa a F. Real III, 19, 8 al disponer que toda cosa que es "defendida por Fuero que non se puede vender sea defendida que no se pueda empennar". Pero lo cierto es que en el título de las compras no hay ninguna prohibición expresa de vender ciertas cosas, como sí la hay en el Fuero Real». En este cuerpo legal además de la ley correlativa a F. Soria § 420, se contiene, en el título De las vendidas, y compras, una ley que dispone (III, 10, 9):

«Establescemos, que ningún home no venda siervo, ni sierva de otri, ni casa, ni tierra, ni otra cosa sin mendado, e sin voluntad de su señor: e si alguno lo ficiere, non vala, e haya la pena que manda la Ley también el vendedor como el comprador, si lo compro a sabiendas, y el señor del siervo, hayalo con todo lo que ganó, después que probare que es suyo, si no le fuere probado que lo mandó vender, si fijos fizo en este comedio, sean del señor cuyo es el siervo.»

Según deduce MIQUEL (pág. 92):

«Parece pues lícito considerar esta Ley del Fuero Real como testimonio opuesto a soluciones del tipo H. w. H. Pero lo realmente interesante a nuestro fin es comprobar cómo en el Fuero Real encontramos excluido claramente el principio H. w. H. y, al mismo tiempo, se encuentra en él, el juramento del demandante de una cosa mueble relativo a no haber vendido, ni empeñado, ni enajenado. Así resulta todavía reforzada nuestra opinión contraria a la

de MERECA, que, como vimos, no quería interpretar literalmente este juramento, sino entenderlo en el sentido de que el propietario no había confiado la cosa voluntariamente a otro.»

5) *Fuentes que conceden al comprador un derecho de reembolso.*

Señala MIQUEL (págs. 92 y s.) que «los Fueros de Logroño, Miranda, Medina de Pomar, Privilegio de Portugalete y Fuero de Vitoria, conceden al comprador un derecho al reembolso del precio cuando ha comprado a un desconocido y en determinadas circunstancias (en el mercado o en el camino real y en Medina de Pomar, en el barrio mayor de la villa además del mercado). En estas disposiciones se contemplan supuestos de cosas hurtadas, y a pesar de ello se niega al propietario la reivindicación, a no ser que ofrezca reembolsar al comprador el precio.

»Por otra parte, la norma del reembolso de la mitad del precio, igualmente en caso de compra a desconocido, procedente de Lex Visigothorum VII, 2, 8, pasó al Derecho navarro y aragonés.

»En los pasajes citados del Libro de los Fueros y Fuero Viejo, ambos de Castilla, se establece también el derecho de reembolso, para caso de compra a desconocido, si bien en el último sólo cuando se trate de cosas de valor inferior a cinco sueldos.

»Existen además algunos supuestos de protección al comprador en determinadas circunstancias, pero no vinculados a la manera de haberse desposeído el propietario: compra a un romero, en feria, en los que el adquirente obtiene la cosa de un modo definitivo, sin que el propietario pueda redimirla pagando el precio.»

En esos casos, advierte, «resulta que la reivindicación de cosas hurtadas o robadas no rige sin limitación, con lo que no se tiene en cuenta la distinción entre desposesión voluntaria e involuntaria, como clave para determinar si un bien mueble es o no reivindicable.»

6) *El sistema de la otorificación*, se refiere a la apelación del comprador demandado a su *actor* u *otor*, hasta un límite de tres.

Según VALDEAVELLANO la presentación del *otor* en el juicio y su aceptación de salir por *otor* o garante de la cosa, eliminaba del pleito al demandado, quedando entonces enfrentados demandante y *otor*, ahora bien, como advierte MIQUEL (pág. 96) «tenía excepciones propias, pero no la de que por habérsele confiado a él la cosa, ésta debía permanecer en poder del demandado. Si el *actor* no lograba demostrar la propiedad al tiempo de la venta, según las fuentes aragonesas dicen expresamente, o en general una adquisición originaria, sucumbía.»

«El problema es en definitiva que en ninguna fuente se menciona la excepción de que la cosa fue confiada y que por ello no pudiera ser reivindicada.»

De ahí que MIQUEL (pág. 97) concluya:

«Así el sistema de otorificación parece contrario a la limitación de la acción. No obstante, hay que considerar otros factores como la limitación a tres del número de otores, y los supuestos de imposibilidad de presentar *otor*; en estos casos llegada la otorificación al tercer otor sin que pueda probar adquisición originaria (u otro medio de defensa, como poseer la cosa antes del tiempo en que dice el demandante haberla perdido) la imposibilidad de seguir presentando *otores* provoca la pérdida del pleito, en cuanto a la restitución de la cosa.»

## II. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ART. 2.279 DEL CÓDIGO FRANCÉS. GÉNESIS Y FUNCIONES DE LA MÁXIMA: «EN FAIT DE MEUBLES POSSESSION VAUT TITRE».

Es muy importante destacar el origen de la regla «*En fait de meubles possession vaut titre*» y comprobar que nada tiene que ver con la «*Hand where Hand*».

J. M. MIQUEL, en el capítulo III de su libro (págs. 109 y ss.) nos indica que el principio de que una posesión determinada equivalga a título, es antiguo. Tiene su origen en el Derecho común, observándose que PAULO DE CASTRO, sostuvo que en la posesión inmemorial el título se presume «*etiam si non allegetur*», con presunción *iuris et de iure*, aun cuando otros autores sólo la presunieran simplemente *iuris*.

En Derecho canónico la fórmula estaba ya acuñada. JOHANNES TEUTONICUS había sostenido que bastaba simplemente alegar el título, cuando no existiese una presunción contra el usucapiente; y JUAN ANDRÉS que sólo era necesario probar el título cuando se hiciera valer la prescripción por vía de acción, no, en cambio, por vía de excepción.

En Francia, LOISEL dijo: «*Possession inmemorial vault titre*», y fue corriente la expresión: «*le long temps que j'ai possede me tient lieu de titre*».

Su aplicación específica a los bienes muebles surgió como consecuencia de las dificultades que para probar los contratos originaron las Ordenanzas de 1566 y 1667. La Ordenanza de Moulins en su art. 54 dispuso que los contratos referentes a cosas que valiesen más de 100 libras se otorgaran ante notarios y testigos, y que estos otorgamientos fueran necesarios como prueba.

Y la Ordenanza de 1667 estableció la preferencia del documento escrito sobre la prueba testifical, aun tratándose de sumas inferiores a 100 libras.

Eso dejaba indefenso al comprador, donatario, etc., que no pudiera probar su adquisición del modo prescrito en dichas Ordenanzas, frente a un propietario anterior que se hubiera procurado esa prueba.

Ante este problema, DUPLESSIS, apoyándose en que las propias Ordenanzas admitían la prueba por testigos si hubiere un comienzo de prueba, partió de que la posesión constituía de por sí un comienzo de prueba. Así se fueron elaborando los principios: «Celui qui possède des meubles, en est réputé le propriétaire; il ne lui faut pas d'autre titre que la possession au sous autre forme» y «en fait de meubles possession vaut titre», que fue consagrado por la Jurisprudencia del Châtelet en tiempos de Luis XIV que nos ha llegado a través de las indicaciones de BOURJON.

MIQUEL nos aclara (pág. 115) que «para BOURJON la regla posesión vale título en materia de bienes muebles, cumple funciones que no tienen relación con una adquisición a *non domino*. Y por otra parte, no es obstáculo para la reivindicación del vendedor no pagado, siempre que no haya vendido a crédito, ni para la reivindicación (así la llama BOURJON) del arrendador sobre los muebles del arrendatario que ocupaban el inmueble, y ello incluso frente a un tercer adquirente de buena fe», y que, por eso y por el sentido tan amplio que tiene la palabra «vol» para la doctrina francesa de la época, conviene examinar con algún detenimiento la doctrina expuesta por BOURJON.

En cuanto a las funciones que BOURJON asigna a la regla «en fait de meubles possession vaut titre», señala MIQUEL (págs. 117 y sigs.) que algunas nada tienen que ver con la consagración de adquisiciones a *non domino*. Tales, según nos explica:

«1) La venta sin desplazamiento de la posesión es ineficaz respecto de los acreedores del vendedor.

»Aquí está claro que la regla no significa otra cosa que la necesidad de la entrega para la constitución del derecho real.

»Supone también la exclusión del *constitutum possessorium*, pero no de una manera absoluta...»

«2) Así dirá que para la prueba de la venta no es necesario presentar un título, sino que la posesión basta porque "en matiere de meubles la posesión vaut titre".

»Para la prueba de la donación manual de un mueble, dirá lo mismo para impedir que el donante recupere la cosa basándose en la insuficiencia de la prueba del demandado.»

«Téngase en cuenta —advierde MIQUEL— que con este expediente se evitan no sólo las disposiciones de la Ordenanza de 1667, sino además las más rigurosas de la Ordenanza de 1731 especiales para la donación, que requiere documento notarial para toda donación entre vivos.»

«3) Del principio fundamental en esta materia —dice BOURJON— se sigue que cada uno se presume que es propietario de los bienes que posee y, por consiguiente, pueden ser válidamente embargados y ejecutados al que los posea. Se juzga así en el Châtelet, fundándose en que de la posesión nace una justa presun-

ción de propiedad y que esta presunción es ordinariamente el único título que se tiene respecto de los muebles y efectos mobiliarios, a excepción de aquellos que en el Derecho se les llama *Nomen*, para los que hay título.

»4) El simple contrato de venta aunque sea auténtico es insuficiente para fundar una reivindicación en favor del comprador.

»5) En el caso de que alguien esté en régimen de pensión, en casa de o.ro, éste se puede oponer al embargo. Aquí BOURJON explica que la posesión que equivale al título no basta que sea de hecho, sino es necesario además que sea de derecho, y esta última no lo ostenta sino el que tiene el contrato de arrendamiento o los recibos a su nombre.

»6) En caso de una separación de bienes, los bienes muebles adjudicados, en cierta forma, a la mujer, pueden ser reivindicados por ésta, cuando se embarguen a su marido; es a ella a quien pertenecen y no a su marido. Esta reivindicación es frecuente en el Châtelet, pero se la critica y se debe a que el motivo de la separación de bienes es a menudo esa reivindicación, por lo que se juzga con rigor.

»BOURJON señala como excepciones al principio, posesión vale título, las siguientes:

»1) "Celui qui a vendu un meuble, sans jour et sans terme, esperánt être payé comptant, peut suivre et revendiquer sa chose. même des mains de l'acheteur de bonne foi". En este caso funda la reivindicación en que la primera venta no produce efecto, al haber sido hecha bajo condición que no ha sido cumplida. Tal es también la práctica y el uso del Châtelet.

»2) También admite la reivindicación de los bienes muebles furtivos: "parce que le furte est un vice qui suit la chose dans les mains de tel possesseur qu'elle posse". Ahora bien, BOURJON no se cansa de insistir en que para ello es necesario que el hurto esté jurídicamente constatado...»

»3) La reivindicación del arrendador o subarrendador. Así llama BOURJON a la acción que éstos pueden ejercitar para cobrar-se las rentas debidas sobre los muebles del arrendatario o subarrendatario que han amueblado el inmueble arrendado; este derecho es eficaz frente»:

a) «Al nuevo arrendador en cuya casa hayan sido introducidos los muebles.

b) «Frente a terceros que los hayan adquirido incluso de buena fe. En efecto, el arrendatario —dice BOURJON— no ha podido privarle (al arrendador) de su garantía salvo el caso de que se tratase de un comerciante con tienda abierta al público que ha vendido sus mercaderías o parte de ellas.»

En cuanto a los pasajes de BOURJON que han servido para interpretar la regla «posesión vale título» en el sentido de una adquisición *a non domino*, son especialmente, según explica MIQUEL (págs. 121 y sigs.), los que recogen casos en que el depositario de



un mueble lo haya vendido y el consignado en III, 22, 5, 1 (I, p. 911).

De los primeros, después de detenidos análisis, cree MIQUEL que BOURJON no se refiere a depósitos propiamente dichos sino a *depositus ad vendendum*, que hoy denominamos contratos estimatorios.

Por lo demás, MIQUEL relaciona los siguientes fallos del Châtelet:

«28 de agosto de 1609. La revendedora vende lo que se le había confiado para vender, pero muere insolvente. El comitente reivindica contra el comprador, y se da lugar a la reivindicación contra reembolso del precio pagado por el comprador.

»14 de marzo de 1616. La revendedora da en prenda. Se resuelve en favor de la reivindicación sin reembolso al acreedor pignoraticio del importe de su crédito.

»18 de julio de 1629. La revendedora da en prenda. Se resuelve en favor de la reivindicación, pero no aparece si contra reembolso o no.

9 de marzo de 1630. La revendedora da en prenda. Se da lugar a la reivindicación sin reembolso al acreedor pignoraticio.

»7 de febrero de 1636. La revendedora da en prenda. El acreedor pignoraticio, a su vez, da la cosa en prenda a un tercero. El propietario pudo reivindicar del tercero, pero reembolsándole el importe de su crédito.»

«5 de marzo de 1637 revendedora da en prenda y se admite la reivindicación del comitente sin reembolso al acreedor pignoraticio.»

«26 de julio de 1726 revendedora vende, pero no paga al comitente, y no procede la reivindicación.»

20 de noviembre de 1743, en que «igualmente se había confiado unos efectos (no aparece en qué consisten) a unos individuos (Delaucourt y otros) para su venta y éstos los empeñaron. Fueron condenados por haber abusado de la confianza del comitente. No se dio lugar a la reivindicación, salvo que el comitente pagara al acreedor pignoraticio el importe de su crédito. Esta sentencia confirma que el Châtelet juzgaba en contra de la reivindicación sin reembolso, en los casos en que los comisionistas empeñaban las cosas que se les habían confiado para vender.»

29 de marzo de 1768, «los compradores fueron condenados a una represión y a una multa de tres libras por haber facilitado y favorecido "les escroqueries commises par lad. Petrel" (la revendedora al comprar "a vil prix sans information ni répondants"). La revendedora fue condenada, por haber "detourné et vendu a son proffit différents bijoux, hardes et autres effets qui lui avaient été remis comme courtiére et á titre de confiance", a ser "attachée au carcan dans la place Gréve et y demeurer depuis midy jusqu'a deux

heures ayant écrit eux devant et derriere portant ces monts *Escroque public*" y a 9 años de prisión (!). Los efectos fueron devueltos a los reivindicantes.»

Advierte MIQUEL, que «es interesante destacar que los compradores soportan la carga de informarse y exigir la presentación de personas que respondan por la vendedora, si bien parece que ello se debe al fuerte indicio de mala fe que supone la compra a precio vil.» ...«Resulta muy claro que la revendedora no goza de un amplio poder dispositivo abstracto, que haga irrelevante la buena o mala fe de los terceros. Si la revendedora se aparta del precio fijado, los terceros no son protegidos si son de mala fe. Resulta interesante que aquí se hable de estafas cometidas por la revendedora, y no como algún autor de "vol" del precio.»

Frente a estos casos, en los que se trata de personas a las que se les confía algo para vender, los casos de auténticos depositarios que enajenan las cosas que deben custodiar no parecen frecuentes, al menos no he encontrado más que un caso, en el que precisamente se da lugar a la reivindicación.» (A. de 4 mayo 1667).

MIQUEL recurre a dos recientes tesis doctorales de J. P. DULER, del año 1968, y de M. PREVOST, del año 1973. Según el primero, «bajo el antiguo régimen el concepto de *vol* es más amplio que la noción de sustracción fraudulenta aceptada por el Código penal. Tomando la definición del Digesto... la legislación de la Monarquía absoluta considera al *vol* como un *maniement* fraudulento que se hace de la cosa de otro, apropiándose la contra su voluntad o incluso privándole del uso o de la posesión que le corresponde, para hacer un beneficio propio. En razón del término *maniement* traducción de la expresión latina *concrectatio*, la infracción de *vol* es particularmente vasta y engloba varios delitos diferentemente reprimidos en nuestros días, especialmente la estafa, la receptación y el abuso de confianza, lo que explica quizá su frecuencia». Y PREVOST es del mismo criterio, si bien en cuanto a la jurisprudencia dice que supo distinguir netamente las nuevas calificaciones penales aislándolas de *vol* propiamente dicho y reservándoles una sanción apropiada según la naturaleza de las maniobras fraudulentas utilizadas. A juicio de MIQUEL (págs. 147 y ss.) lo que sí aparece claro es que la doctrina francesa del siglo de BOURJON incluye la apropiación indebida y la estafa dentro de la expresión de *vol*. Lo único que cabría dudar es si BOURJON cuando emplea repetidamente el término «vol», «furt», «furte», «meubles furtifs», etc., se está refiriendo a un sentido restrictivo de las expresiones diferente del que utiliza la doctrina de la época. Indicios de que no entiende por *vol* algo distinto a la doctrina de su época, es no sólo un argumento *ex silentio*, pues en ninguna parte precisa que entienda por *vol*, sino sus referencias al Derecho romano cuando dice que las cosas furtivas se pueden reivindicar incluso del adquirente de buena fe y a la imprescriptibilidad de dichas cosas, así como la referencia al pasaje de LAPEYRERE, donde se contiene una amplísima definición

del *vol.* Pero además el sentido amplio del *furt* para BOURJON se comprueba claramente en el siguiente pasaje:

«L'enlèvement dess meubles de la part du locataire donne lieu contre lui à la condamnation para corps; c'est une espèce de furt de sa part, et tout enlèvement clandestin de la part d'un locataire qui doit les loyers, doit être réputé furtif, et produire cette effect, dès qu'il est juridiquement prouvé.

»Cela est tellement regardé comme un furt, qu'au Châtelet le proprietarire est autorisé à poursuivre extraordinairement le locataire qui a commis un tel enlèvement; ce qui prouve de plus en plus le droit de suite en faveur du propriétaire, et confirme la proposition.»

«No sólo hay *furt* sin llevarse de la posesión ajena la cosa, sino además de cosa propia. En base a este pasaje parece evidente que no se puede sostener que para BOURJON el hurto tenga un sentido estricto, correspondiente al actual, sino, por el contrario, un sentido muy amplio. La vinculación entre el derecho de *suite* y el concepto de hurto es patente en BOURJON. El arrendador, propietario del inmueble donde se encuentran los bienes muebles del arrendatario, sobre los que tiene una preferencia por los alquileres no satisfechos, puede perseguirlos aunque estén en poder de un tercero y esto se prueba aún más por razón de que el arrendatario al llevarse los muebles, sus propios muebles, comete un *furt*».

El otro texto de BOURJON invocado, es decir, el III, 22, 5, 1, dice:

«La prescription n'est ici d'aucune considération, elle ne peut etre d'aucun usage quant aux meubles, quisque par rapport a de tels biens la simple possession produit tout l'effet d'un titre parfait.»

Se dice que aquí BOURJON da a la posesión una eficacia atributiva de un nuevo derecho que el poseedor no tenía, o sea, establece una adquisición *a non domino*. Pero MIOUET (págs. 137 y sig.) advierte que BOURJON divide la prescripción adquisitiva de inmuebles en dos clases, según venga a suplir la falta de un título, la de 30 años, y la de 10 y 20 años que, exigiendo título, sólo viene a «ajouter un droit au titre»; y precisa:

«... La posesión durante 30 años equivale al título, y ello se funda en que después de tanto tiempo la prueba ha desaparecido. En los bienes muebles la posesión también equivale al título, y ello porque de la posesión nace una justa presunción de propiedad.

»En resumen, o el mueble es furtivo o la posesión vale título, en el primer caso la usucapión no se admite, en el segundo su función queda cumplida por la posesión. Luego no hace falta para nada. Pero BOURJON con su remisión a LAPEYRERE parece indicar que para él el hurto tiene el sentido romano.

»Así pues la equivalencia de la posesión al título no significa otra cosa que la prueba del título, pues esa es la función que cumple la prescripción que no añade un derecho al título, sino que lo suple »

«No es cierto, por lo demás, que sólo falle la regla posesión vale

título cuando se trate de cosas hurtadas, pues BOURJON señala buen número de excepciones ya vistas antes. No sólo los depositantes y deudores pignoraucios pueden interponer tercera frente a los acreedores del depositario y acreedor pignoraticio, sino que el vendedor no pagado, siempre que no haya vendido a crédito, puede reivindicar del tercero incluso de buena fe, y también el propietario-arrendador puede "reivindicar" los muebles de su deudor en cualquier parte a que hayan sido transportados (esto se refiere a que milita contra el privilegio del arrendador posterior en cuya casa hayan sido introducidos los muebles), e incluso contra un tercero adquirente de buena fe. Ahora bien, en estos casos de reivindicación, una usucapión no es de interés, pues el derecho de *suite* ha de ejercitarse en un breve plazo.»

A propósito de la opinión de POTHIER, recoge MIQUEL la explicación que aquél ofrece en el núm. 67 de su tratado *Des donations entre mari et femme*: «Respecto de los muebles, como usualmente las ventas, las donaciones y los otros géneros de enajenación de muebles se efectúan y se consuman por tradición manual, sin extenderse acta por escrito, el poseedor por esta disposición debe ser creído de lo que alegue del título por el que diga tener la cosa, con tal de que lo que alegue sea verosímil.»

Y destaca el sentido amplio que para el mismo POTHIER tiene la palabra *vol*, cuando éste, en el núm. 43 de su *Traté du contrat de Dépôt*, dice que «el depositario al vender de mala fe la cosa que le ha sido dada en depósito comete un robo (*vol*) de esta cosa, y la cosa queda infectada del vicio de robo (*vol*)...».

### III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 464 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.

MANUEL DE LA CÁMARA (págs. 33 y ss.) estima que si nos remontamos «y fijamos nuestra atención en el Proyecto de 1851 —que había de ser tomado como punto de partida por los autores del nuevo Código según ordena la primera Base de la Ley 11 de mayo de 1888— tal vez sea posible aportar algunos datos, cuyo interés, en mi opinión, es evidente».

«Ciertamente —prosigue CÁMARA—, el Proyecto de 1851 no registra ningún artículo similar al 464, pero en los comentarios que escribió su autor éste expresó el pensamiento de que la posesión, en el tráfico mobiliario debe cumplir la misma función que el registro público cuando se trata de inmuebles. Y, en consecuencia, aparecen en el Proyecto varios artículos que dejan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe en atención a la eficacia legitimadora que se atribuye a la apariencia fundada en la posesión. Responden a este principio los artículos 982, 1.043, 1.178 y 1.926.»

Tal vez, mi compañero CÁMARA tienda generalizar, mientras yo estimo que la función del jurista en el terreno de la aplicación

práctica del derecho es fundamentalmente la de distinguir y subdistinguir. Digo esto por la generalidad que tienen dos de sus afirmaciones consignadas en el párrafo transcrito: 1.<sup>a</sup> «que la posesión en el tráfico mobiliario debe cumplir la misma función que el registro público cuando se trata de inmuebles» («*la misma función*»: ¿no es acaso excesiva esa afirmación de identidad y no de mero paralelismo, dada la diversa publicidad, en especial la expresividad, certeza o no de fecha y referebilidad a gravámenes de una y otra institución?); y 2.<sup>a</sup>, que es así, «en atención a la eficacia legitimadora que se atribuye a la apariencia fundada en la posesión» (¿resulta claro, o no, que éste es el fundamento de estos preceptos?).

Veamos, para juzgarlo, las propias palabras de FLORENCIO GARCÍA GOYENA, que es el comentarista, y Presidente de Sección redactora del Proyecto, al que alude DE LA CÁMARA.

Refiriéndose al art. 982 —antecedente del 1.473, 1.º del Código civil, pero con la diferencia de que en éste rige el principio de la transmisión por título y modo, mientras en el Proyecto regía el principio de la transmisión por el simple contrato de compraventa— GARCÍA GOYENA (vol. III, art. 982, pág. 13)— que, por cierto, invoca la ley 15, título 32, libro 3 del Código, y 50, título 5, Partida 5— razona:

«El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega decide de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior [que disponía la transmisión sólo título]: esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguir las y reconocerlas cuando ya están en manos de terceros. Además se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público: en los muebles falta este recurso. La legislación Romana y la de Partidas, por no conocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce».

De este texto, resulta: 1.º Que la solución constituye «*una singularidad o excepción*». 2.º Que no dimana de que se atribuya eficacia legitimadora a la posesión, sino: de la falta de publicidad del solo contrato, que, además, tratándose de muebles suele ser verbal y aun cuando se otorgue por escrito no suele tener fecha cierta, y de la falta de determinabilidad de las cosas muebles, por «la dificultad de seguir las y reconocerlas». 3.º Tampoco resulta que la posesión en la transmisión de bienes muebles cubra la función del registro en la transmisión de los inmuebles, sino que la de éste sobre pasa aquélla, al poder dotar de publicidad al contrato y dar fecha cierta a su publicidad. 4.º Que el criterio trasmisivo, «solo título», del Código francés, es desechado en el supuesto de doble venta, aplicándose a los bienes muebles la solución general de la «legislación romana y la de Partidas»: nada pues de solución germánica.

El artículo 1.043 del Proyecto, completa al 1.042 que es precedente del actual artículo 1.124 del Código civil, regulador de la denominada condición resolutoria tácita, a la que limita sus efectos salvando de ellos a los terceros de buena fe adquirentes de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos, «si no ha sido estipulada expresamente e inscrita en el registro público». El § 2.º añade: «Respecto de bienes muebles, haya o no habido estipulación expresa, nunca tendrá lugar contra el tercero que los adquirió de buena fe».

GARCÍA GOYENA (vol. III, art. 1.043, pág. 82) glosa. «*Respecto de bienes muebles*: porque respecto de éstos no tiene el tercer adquirente el recurso de consultar el registro público para su seguridad, y debe culparse a sí mismo al vendedor que los entregó sin ser pagado...»

Tampoco aquí se trata de la virtud legitimadora de la posesión, sino de la imposibilidad de consultar un registro público en que conste el gravamen. Ni la posesión cumple la misma función del registro público; sino que, al contrario, no la puede suplir. Se trata de un fruto de una larga evolución en el concepto y efectos de las garantías reales que llegaron a circunscribirse, tratándose de bienes inscribibles —entonces sólo los inmuebles—, a cuantos se inscriban en el registro público; y, tratándose de bienes no inscribibles, —entonces los muebles—, a los casos de su entrega en prenda o retención. No se trata de aplicaciones del principio «*meubles n'ont point de suite*», sino del más limitado «*meubles n'on pas de suite par hypothèque*» (2) que, a diferencia de aquél, entra francamente en nuestro derecho en la regulación de la prenda, que exigía la desposesión, y la hipoteca, entonces sólo aplicable a los inmuebles, y que requiere la inscripción.

El art. 1.178 regulaba los efectos de la acción pauliana, en el caso de fraude de acreedores. GARCÍA GOYENA (vol. III, art. 1.178, pág. 190) no hace sino explicar que se aplicó la solución romana, aunque sólo a los muebles, pues para los inmuebles el registro público permitía la solución de la toma de razón o inscripción desconocida en el derecho romano. No hay solución germánica, ni legitimación posesoria, sino falta de acción frente a contratantes y terceros de buena fe —aquí no «*in fraudem creditoris*», ni «*consciis fraudis*», respectivamente— GARCÍA GOYENA invoca la ley 6, párrafos 8 y 11, título 8, libro 42 del Digesto y la ley 7, título 15, Partida 5.

El art. 1.926, se ocupaba de los privilegios mobiliarios, refi-

(2) Me ha hecho notar JOSÉ MARÍA MIQUEL que, conforme expone detenidamente en otro estudio aún inédito, el principio *meubles non point de suite*, lo mismo que su precedente latino *mobilis non habent sequelam*, no tuvo originariamente mayor amplitud de la que hoy se atribuye al principio *meubles non pas de suite par hypothèque*, que se formuló más tarde, precisamente cuando por influjo del principio *Hand wahre Hand*, a través de juristas holandeses, se amplió el significado del primero hasta darle el que se le atribuye actualmente, lo que obligó a que se elaborara el segundo principio circunscrito al primigenio sentido que tuvo aquél.

riéndose el núm. 1 a los gastos de construcción o conservación de una cosa mueble, privilegio que mantiene «*mientras no ha pasado al dominio de un tercero*» [releamos, «*al dominio*»; no dice «a la posesión»]. Explicando GARCÍA GOYENA (vol. IV, art. 1.926, n. 1, pág. 283): «Los bienes muebles no son de suyo susceptibles de gravamen o afectación que los siga, desde que pasan al dominio de un tercero: demás, esto perjudicaría a su rápida circulación y abriría la puerta a fraudes: el privilegio concedido sobre los muebles del deudor no puede subsistir desde que los muebles dejaron de pertenecerle» [tampoco aquí habla de la «posesión» sino del «dominio»]. Se trata, otra vez, del principio «*meubles non pas de suite par hypothèque*» y no del «*meubles non point de suite*».

El núm. 7 del mismo art. 1926 se refería al privilegio por razón del precio de los bienes muebles no pagados, recayente sobre los mismos «mientras se conserven en la posesión del deudor». GARCÍA GOYENA dice (art. cit., núm. 7, pág. 287), con el mismo criterio que en los epígrafes anteriores, «el tercero que los ha adquirido del deudor con buena fe, no debe ser inquietado, pues no existiendo registro en cuanto a ellos, mal pudo informarse de su procedencia, y de si estaba o no pagados». Una vez más, no se ve la eficacia legitimadora de la posesión; sino la falta de eficacia de un privilegio frente a terceros, debida a la falta de un registro que lo publique. No hay adquisición a *non domino* del poseedor, sino falta de reipersecutoriedad del gravamen o privilegio, tratándose de bienes muebles, conforme al principio, antes enunciado, referente a las garantías reales, que en los bienes muebles requerían la desposesión del deudor.

Creemos, por consiguiente, que los precedentes romanos y de las Partidas —que hemos visto invocadas por GARCÍA GOYENA— los olvida CÁMARA cuando concluye, al comentar los arts. 982, 1.043 y 1.178: «Todo lo dicho pone claramente de relieve que el Proyecto de 1851 atribuía a la posesión el papel en el tráfico de bienes muebles que no responde, desde luego, a la tradición romanista». Y, ante la referencia del Proyecto únicamente a la falta de reipersecutoriedad de gravámenes y privilegios nobiliarios y a la carencia de oponibilidad de los contratos no seguidos de tradición, sin fundarse en legitimación posesoria alguna sino en la falta de publicidad —ante la inconveniencia de registro mobiliario— de contratos, gravámenes y privilegios mobiliarios, me extraña que CÁMARA se extrañe, de «que no se haya tomado en consideración el supuesto conflictivo más típico, es decir el que tiene lugar cuando el propietario desposeído ejercita la acción reivindicatoria frente a quien adquirió de buena fe la posesión creyendo que adquiriría el dominio, porque actuó como transmitente quien ostentaba la posesión en concepto de dueño, aunque no lo fuese realmente».

Parece que nuestro amigo no se apercibe de la diferencia sustancial del supuesto de la *adquisitio a non domino* con respecto al

de la simple falta de persecución por razón de contratos, gravámenes y privilegios mobiliarios. Ni GARCÍA GOYENA, ni jurista alguno de su época, podía confundirlos. Esta no reipersecutoriedad se había impuesto en nuestro derecho y fue recogida en el Código civil. De la *adquisitio a non domino* en materia mobiliaria, fuera de los supuestos específicos aludidos en el art. 1.962 del Proyecto, ni siquiera hablaban.

Como hace notar J. M. MIQUEL, en el Proyecto de 1851 no existía artículo alguno correspondiente al actual 464. En cambio, el supuesto de la venta pública aparecía recogido en el art. 1.962 antecedente del 1.955 C. c., de manera que el § 2.º de la actual 464 —«Si el poseedor hubiese adquirido la cosa perdida o sustraída en venta pública...»— se encontraba ya en el proyecto de 1851, si bien su art. 1.962 hablaba más extensamente de que «hubiese sido comprado en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que venda efectos parecidos...».

GARCÍA GOYENA (vol. IV, art. 1.962, pág. 321) explica que el art. 2.279 francés «consagra la máxima o principio de que en los muebles la *posesión equivale al título: possideo quia possideo*; pero concede tres años para reivindicar la cosa hurtada o perdida».

Y, al final del comentario del artículo (pág. 322), dice:

«El interés del comercio y el respeto debido a la fe pública de la subasta, exigen que el que posee por uno de estos títulos no pueda ser privado de la cosa comprada, sin que el propietario le indemnice previamente; pero esto debe entenderse de la compra y venta de cosas singulares: si se tratara de una universalidad de muebles, como la que suele corresponder a un heredero, el título universal se conservaría por las acciones que le son propias.

»El favor de las ferias y mercados fue grande en la edad media, como puede verse en la ley 4, título 6, Partida 5, porque en ellos se hacía principalmente el comercio; yo he visto un privilegio Real por el que se aseguraba al comprador contra toda molestia y reclamación del propietario por cuanto comprase en cierta feria.»

Y, ¡nada más!... Sólo las compras en feria, mercado, subasta pública o de comerciante que vendiese efectos parecidos, producían la adquisición del tercero de buena fe, sin perjuicio del reembolso al propietario del precio pagado por las cosas si las hubiese perdido o le hubiesen sido hurtadas.

Sin embargo, CÁMARA (pág. 38) —bajo su punto de vista— concluye: «La aparición, por consiguiente, en el Código de 1889. del artículo 464, que definitivamente erradica de la normativa atinente a la prescripción, permite imaginar que se penetró en el verdadero significado de la norma francesa, y el hecho de reproducirla autoriza la suposición de que siguió dentro de la línea de pensamiento a que respondía el Proyecto de 1851, en lo concerniente a la función legitimadora de la posesión [que, como hemos indicado, no



sabemos ver], colmándose la incoherencia [que tampoco hemos sabido estimar] que se aprecia en aquél.»

En cambio, a su juicio (pág. 33), en los trabajos preparatorios del Código civil «poca o ninguna luz encontramos».

Digamos que, en un momento dado, después de que MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS desempolvara el borrador del acta del 24 de enero de 1882 de la Comisión General de Codificación, algunos autores creyeron entender algunas palabras de CÁRDENAS como favorables de la introducción en nuestro Código de las adquisiciones *a non domino* de bienes muebles.

HERNÁNDEZ GIL (págs. 652 y ss.) trae a colación:

— La exposición del Ministro de Justicia, ALONSO MARTÍNEZ, al presentar a las Cortes los libros I y II del Proyecto de Código de 1882, en el que figuraba, como art. 469, un precepto sustancialmente análogo al actual 464. De dicha exposición recoge el fragmento siguiente, poniendo en cursiva algunos de sus incisos: «En cuanto a la propiedad y demás derechos reales, nada se ha omitido para que nuestro Código se encuentre a la altura de los que rigen otras naciones. Conciliando en lo posible la tradición romana con *los principios de la escuela germánica*, procúrese robustecer las sólidas bases sobre que la propiedad se asienta en nuestra patria; *se regula con un criterio eminentemente práctico y científico la posesión* en lo que a su origen, constitución y efectos se refiere, reconociendo que la facilidad de la transmisión es el complemento del dominio; y termina este conjunto armónico con disposiciones que la ciencia reconoce como ventajosas para el ordenado desarrollo de aquellas instituciones». Los comentarios de HERNÁNDEZ GIL son ponderados: «Las palabras transcritas, muy compendiosas, no dejan completamente claro si la armonía entre la tradición romana y los principios de la escuela germánica, predicada de la propiedad y los derechos reales comprende también la posesión. Probablemente sí, porque la posesión se incluye entre los derechos reales; si bien suscita cierta duda que luego se la mencione de modo particular para decir que el criterio regulador ha sido eminentemente práctico y científico»... «Pensar que la facilidad en la transmisión como complemento del dominio a que alude el fragmento guarda alguna relación con el problema en estudio, sería aventurado.»

Las actas de las sesiones de la sección 1.<sup>a</sup> de la Comisión General de Codificación que trataron del tema posesorio, del que fue ponente FRANCISCO SILVELA, que son las de los días 13, 17, 20 y 24 de enero de 1882. De la última acta resulta: que CÁRDENAS observó falta de disposiciones acerca de los efectos de la posesión de cosas muebles, pareciéndole «deber establecerse algo sobre este punto a la par que determinar bien cuando se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio, conocido o ignorado del que adquiera»; que, según creía SILVELA, «el punto indicado»: «podía quedar resuelto en las disposiciones relativas a la prescripción», se recordó «que sobre esto

contiene alguna disposición el Código de comercio y se leyó, en efecto, el artículo 57 del Proyecto en que se dan algunas reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares»; y que Cárdenas replicó «que la disposición del Código de comercio, la cual se refiere a las materias de su especialidad, no escusaba la que para el Código civil reclamaba; y reconociéndolo así la Sección, encomendó al Sr. SILVELA el estudio del punto que acababa de tratarse, y la redacción del artículo que indicaba el Sr. CÁRDENAS».

De ello deduce HERNÁNDEZ GIL:

«1.º La Sección 1.ª de la Comisión General de Codificación entendió que la regulación de la posesión no estaba completa sin una disposición especialmente referida a los bienes muebles.

»2.º Entre los Códigos tenidos en cuenta figuran algunos que recogen la regla de equivalencia de la posesión de buena fe al título.

»3.º Se advirtió que la materia objeto de regulación está relacionada con las normas del entonces Proyecto de Código de comercio sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares, sin que éstas se reputaran suficientes para suplir la omisión advertida en el Proyecto de Código civil.»

Además advierte que en el archivo de la Comisión General de Codificación, en el legajo 34, en ejemplares impresos con amplios márgenes del Proyecto, en que aparecen observaciones manuscritas de los Vocales la Comisión, entre ellos, al margen del art. 469, hay esta nota de DÁVILA: «¿Y si se ha transformado esencialmente?»; y, en otra carpeta del mismo legajo, una observación de FRANCO Y LÓPEZ proponiendo la introducción entre los entonces párrafos 2.º y el 3.º, que corresponden a los 2.º y 4.º del actual art. 464, de otro que se convirtió en 3.º, fundado en la misma razón que presidía al 2.º, y que, con redacción parecida, lo es hoy también del 464, referente a que para la devolución de los objetos empeñados en Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno y sujeción a los estatutos o reglamentos aprobados por el mismo, procedía el reintegro de la suma por la que hubiesen sido pignorados y de los intereses vencidos.

J. M. MIQUEL (pág. 251, nota 3), se remite a la opinión de ANTONIO MANUEL MORALES, de que, en la reunión del 24 de enero de 1882, «... no estuvo en el ánimo de la Comisión la regulación de una forma de adquisición *a non domino*, sino tan sólo *determinar bien cuándo se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio conocido o ignorado del que las adquiere*». Apunta MORALES la posibilidad de que SILVELA se inspirase en un texto de la Novísima Recopilación (Libro XI, Título VIII, Ley III) que, resolviendo la duda de si la posesión de año y día exigía título y buena fe, dispuso: «Nos, tirando esta duda, mandamos, que el que tuviere la cosa año y día,

no se excuse de responder por ella en la posesión, salvo si tuviere la cosa año y día sin título y buena fe.»

Se han invocado también las siguientes palabras del citado CÁRDENAS, en la Introducción a los Comentarios de Manresa al Código civil: «Tampoco puedo considerar como novedad en la práctica, aunque ha sido censurada por la crítica, la disposición del artículo 464 que exime a los Montes de Piedad de la obligación de restituir las cosas empeñadas, mal adquiridas por el que las haya dado en prenda, sin recibir la cantidad prestada sobre ellas. Mas esto no constituye, como se ha dicho, un privilegio odioso. La seguridad del dominio sobre las cosas muebles exige garantías más eficaces y más fáciles de obtener que las de la propiedad inmueble. El hecho de la posesión es por sí mismo un título, cuando concurren las circunstancias expresadas en dicho artículo 464. El poseedor de buena fe de una cosa mueble perdida o sustraída, si la hubiere adquirido en venta pública, tiene a su favor todas las presunciones posibles de ser su dueño; y, por tanto, no está obligado a devolverla al que la perdiera, por sustracción acaso, sin ser reembolsado del precio dado por ella. Esto sí es una novedad en nuestro Derecho, donde prevalecía la regla *res suo domino clamat*, sin limitación alguna. Pero en su lugar domina hoy el principio que para facilitar la transmisión y asegurar la propiedad de las cosas muebles atribuye a la posesión de ellas, adquirida con ciertas solemnidades y requisitos, los efectos de la propiedad legítima. Y admitido este principio, no sé cómo puede impugnarse su aplicación a las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, de cuya buena fe en sus operaciones no puede dudarse más que de la de los particulares que compran muebles en subasta pública o títulos de la Deuda en Bolsa y con intervención de agente».

MIQUEL, estima que cuando CÁRDENAS dice «ésta sí es una novedad», «se está refiriendo a las adquisiciones protegidas por haber sido hechas en venta pública. Lo confirma también cuando dice: "Y admitido este principio, no sé cómo puede impugnarse su aplicación a las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, de cuya buena fe en sus operaciones no puede dudarse más que de la de los particulares que compran muebles en *subasta pública* o títulos de la Deuda *en Bolsa y con intervención de agente*". Es decir, para justificar la adquisición por los Montes de Piedad del derecho de prenda *a non domino*, no acude al supuesto más simple del párrafo 1.º, sino al que presenta más requisitos del párrafo 2.º, venta pública, y a la remisión del párrafo 4.º, a las adquisiciones en Bolsa.

»Por otra parte, hay que destacar también que CÁRDENAS no habla en ningún caso de las cosas confiadas. La contraposición entre desposesión voluntaria e involuntaria, que sería, de existir, una importante novedad en nuestro Derecho, es pasada por alto. En todo caso, pudiera pensarse que para CÁRDENAS, como también para ALONSO MARTÍNEZ, la regla *posesión vale título* obtiene un

desenvolvimiento en los casos que el art. 464 especifica en sus párrafos 2.º, 3.º y 4.º.

»Así CÁRDENAS nos dice: "el que adquiera en venta pública de buena fe tiene a su favor todas las presunciones positivas de ser su dueño". Parece, pues, que CÁRDENAS no pensaba en la adquisición *a non domino* derivada de la mera posesión de buena fe, sino acompañada de especiales *requisitos y solemnidades*. Aunque este punto no es del todo seguro. Lo que sí es cierto es que CÁRDENAS no plantea el problema de la desposesión voluntaria e involuntaria y sólo le preocupa la aplicación a los Montes de Piedad de la adquisición *a non domino* de la prenda y para justificarlo acude al razonamiento de que no se puede dudar de la buena fe de los establecimientos, más que de la de los que adquieran en venta pública, pero no habla de otros, cuya buena fe —al margen de venta pública— tendría menor base objetiva, y por ello le serviría como argumento más fuerte. Se podrá decir, en contra de todo esto, que acudió al supuesto de cosas perdidas o sustraídas, que es el de la venta pública, pues sólo esto sería lo criticable, pero no parece ir por ahí la contestación, que se centra en la buena fe.

»Además hay que destacar en CÁRDENAS que ve el principio tendente a facilitar las transmisiones y *asegurar la propiedad* de las cosas muebles. Antes ha hablado también de la seguridad del dominio que exige garantías más fáciles de obtener que los bienes inmuebles.»

En fin, se han aducido estas frases del Ministro de Justicia ALONSO MARTÍNEZ: «Las exigencias de la vida social han obligado a los legisladores de todos los pueblos y tiempos a establecer una prescripción mucho más breve para las cosas muebles que para los inmuebles; y esta necesidad se acentúa y hace sentir más imperiosamente a proporción que la humanidad adelanta en las vías de la civilización y del progreso. Por esto veis que *en el Comercio*, la prescripción es rapidísima y en ocasiones instantánea, dando de ello testimonio irrecusable todos los Códigos, y singularmente las disposiciones sobre efectos al portador, las leyes sobre no reivindicación de títulos, y *sobre todo el triunfo en toda Europa del principio germánico, según el cual, en la compraventa de los efectos y cosas muebles verificada en sitio autorizado o establecimiento abierto, esto es, en las tiendas, en los almacenes, en los mercados, en las lonjas, en las bolsas, se causa en el acto una prescripción de derecho*, expresión tal vez impropia, pero que en suma significa que la venta es válida, y el comprador adquiere irrevocablemente la cosa para sí, aunque no sea el vendedor su dueño.»

Los subrayados son de MIQUEL, que comenta (pág. 257):

«Vemos, pues, que para ALONSO MARTÍNEZ el principio germánico que ha triunfado en Europa, es en síntesis el recogido en los arts. 85 y 545-3.º del Código de Comercio. Pero para nada se refiere a la irreivindicabilidad de las cosas «confiadas» adquiridas en cualquier parte. Parece, en definitiva, que tanto para ALONSO MARTÍNEZ

como para CÁRDENAS se trata, en efecto, de adquisiciones *a non domino* o con derecho al reembolso, pero cualificadas por los lugares o especiales requisitos, como venta pública, más allá de la simple posesión de buena fe. Lo que no he encontrado, es ninguna referencia a la fundamental distinción, según la tesis germanista, entre cosas confiadas y de otro lado robadas, perdidas o hurtadas. En cambio, ALONSO MARTÍNEZ, destaca las peculiaridades en el ámbito del comercio y de los títulos al portador.»

Por otra parte, no puede dejar de ser valorada la posición de los primeros intérpretes del Código civil, alguno de los cuales formó parte de la Comisión General de Codificación, como MANRESA. Ninguno de ellos interpretó que el art. 464 consagrara una adquisición instantánea *a non domino* del tercero que de buena fe adquiriera la posesión. Así:

La teoría del *título para la usucapión* la sostuvieron COMAS, MUCIUS SCAEVOLA (¿SILVELA?), y más tarde, ALAS, DE BUEN y RAMOS, en su monografía sobre la usucapión y el segundo en sus notas al COLIN y CAPITANT, BARRACHINA, etc.

La teoría de la *presunción iuris tantum* la sostuvo FALCÓN y, más tarde, TRAVIESAS.

La teoría del *modo de reivindicar*, aparece ya en MANRESA, SÁNCHEZ ROMÁN y ROBLES POZO, e incluso en NAVARRO AMANDI y, en cierta perspectiva, en SCAEVOLA, y, más tarde en VALVERDE.

Sólo ¡en 1920! LEOPOLDO ALAS, rectificando su anterior posición, inicia la doctrina llamada germanista.

¿No es esto significativo?

#### IV. RELACIÓN ENTRE LOS DISCUTIDOS SIGNIFICADOS DEL ART. 2.279 DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS Y NUESTRO ARTÍCULO 461, 1, Y SUS DIFERENCIAS.

Recordemos el texto del § 1.º del art. 464 C. c.

«*La posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.*»

Por su parte, el art. 2.279 del Código civil francés dice:

«*En fait de meubles, la possession vaut titre.*

«*Neanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouvée: sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.*»

Mayor aún es la semejanza entre el párrafo 2.º del art. 464 y el originario art. 2.280 del Código de Napoleón, antes de serle adicionado un segundo párrafo por ley de 11 de julio de 1892.

El innegable parecido entre el art. 2.279 francés y el 464, 1. español, denota, sin duda, como reconocimos en nuestro estudio de 1956, que el precepto francés fue fuente de inspiración para la

redacción del art. 464. Ahora bien, preguntábamos entonces, ¿es suficiente esta circunstancia para deducir de ella que nuestra interpretación del art. 464 debe depender de la dominante francesa del art. 2.279 del *Code*?

No existe base para aceptar semejante reenvío. Y, por otra parte, conforme la Base 1.<sup>a</sup> de la ley de 11 de mayo de 1888, la admisión de soluciones nuevas con un fundamento científico o procedentes de legislaciones extrañas, requería que hubieran «obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos» —lo que en ese caso no era así, según hemos comprobado en el epígrafe anterior— o que resultaran «bastante justificadas en vista de las exposiciones de principios o de métodos hechas en las discusiones de ambos cuerpos colegisladores». Cámaras en las que pasó desapercibido el art. 464, como ha reconocido el mismo HERNÁNDEZ GIL (*El giro de la ...*, R.D.P. XXVIII, 1944, pág. 492).

Tampoco, en aquella época la doctrina francesa no era unánime acerca del significado del art. 2.279, ni la jurisprudencia se inclinaba hacia una formulación germánica pura.

J. M. MIQUEL ha estudiado, precisamente, de modo muy detenido la doctrina y la jurisprudencia francesa acerca del art. 2.279 del *Code* desde su formulación hasta nuestros días, dedicándole el capítulo IV de su libro (págs. 153 a 244).

Pregunta, primero, cómo los autores del Código napoleónico, para alcanzar cuál era la *mens legislatoris*, presentaron los artículos 2.279 y 2.280. Y trata de desentrañarlo (págs. 157 y ss.) averiguando el pensamiento de los cuatro miembros de la comisión redactora PORTALIS, TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEAU y MALEVILLE, tanto a través del *Discours préliminaire*, firmado por los cuatro y pronunciado el 20 de enero de 1801 (1.º del pluvioso del año IX) por el primero que fue el encargado de su redacción, como de las explicaciones del tercero y el cuarto. Faltan del segundo, que no dejó más obra jurídica que su participación en la redacción del *Code*.

PORTALIS, al hablar de las diversas especies de bienes, afirmó: «La distinción entre bienes inmuebles y riquezas mobiliarias, nos da la idea de que existen cosas puramente civiles y otras comerciales. Las riquezas mobiliarias son objeto del comercio; los inmuebles pertenecen en particular a la ley civil. No obstante hay efectos mobiliarios que se reputan inmuebles, porque se los puede mirar como dependencias o accesorios de los fundos y otros objetos civiles».

Y, más adelante, advierte:

«Sin duda, en materia civil, como en materia comercial, es precisa la buena fe, la reciprocidad y la igualdad en los contratos; pero para garantizar esta buena fe, esta igualdad y esta reciprocidad en los contratos, sería equivocado razonar del mismo modo en los asuntos civiles que en los negocios mercantiles.

»Con gran sagacidad se excluyen por ejemplo, en los últimos

las sanciones reivindicatorias, pues en los asuntos de esta especie se trafica con objetos muebles, que circulan rápidamente, no dejan ningún rastro y cuya identidad casi siempre sería imposible de verificar y reconocer; pero a menos de incurrir en injusticia y en el absurdo, no se podría rechazar la admisión de dichas acciones en los asuntos civiles, relativos casi todos a inmuebles, que tienen asiento fijo el cual persiste, aunque aquéllos pasen a otras manos, y que, por su permanencia, hacen posibles, e incluso fáciles, todas las discusiones que pueda exigir el interés de la justicia.»

J. M. MIQUEL (pág. 158) advierte que donde PORTALIS limita la reivindicación es en los asuntos mercantiles, y no en los civiles, en los que esa limitación, «no se podría hacer sin injusticia y sin absurdo»; y, aunque de modo general diga que los asuntos civiles se refieren «casi todos a inmuebles», advierte que dice «casi todos», «*presque toutes*», «luego —razona MIQUEL— hay asuntos civiles referidos a muebles, que parece no quedarán sometidos a la irrevindicabilidad». Esto lo justifica PORTALIS por la característica de los bienes de ser «*presque toujours impossible de vérifier et de reconnaître l'identité*», que, sin embargo, no se da en todos los bienes muebles, v. gr., en cuadros famosos, ciertas joyas perfectamente identificables y tantos otros.

BIGOT DE PRÉAMENEAU explicó que el fundamento de considerarse el hecho posesorio como título se explica porque «no hay ordinariamente otros para las cosas muebles». Esta declaración le parece a MIQUEL (pág. 159) de importancia a la hora de precisar que significa título: «Si la *ratio* de la equivalencia es que respecto de bienes muebles ordinariamente faltan títulos, no puede entenderse título más que en un sentido formal o como otra prueba del título material»; pues, lo que para los bienes muebles hacía falta suplir era «el título en sentido formal, o, si se quiere, la prueba del título material pues el documento o título en sentido formal, no es más que uno de los medios de prueba del título material pero precisamente el que en Derecho francés interesaba suplir, no sólo por la normal falta de otras pruebas, sino también por la exigencia normal de escrito en los actos y contratos superiores a cierta cantidad».

También alude BIGOT a las dificultades para la reivindicación de los muebles, que motivó la regla general de que «*en fait de meubles possession vaut titre*». Pero, como observa MIQUEL, «en las palabras de BIGOT no hay una referencia expresa a una adquisición *a non domino* en los casos de "cosas confiadas". Si la *ratio* del precepto fuera sancionar la mala colocación de la confianza, entonces no podría menos de decirse algo».

DE MALEVILLE, en su obra *Analyse raisonnée du Code civil* —que originó la famosa frase de Napoleón «Mon code est perdu»— al tratar del art. 2.279 se ocupa de la usucapión de los muebles, y cita a LAPEREYRE, SERRES y ROUSSEAUD, así como al Código de Justiniano, pero no a BOURJON. No habla de cosas confiadas. Tampoco

dice nada de la seguridad del comercio en relación al art. 2.279, sino al tratar del art. 2.280, donde observa que si el adquirente hubiera comprado en otros lugares, como no militan las razones del favor del comercio y de la buena fe del adquirente, debe devolver la cosa sin poder reclamar el precio, y se hace incluso sospechoso.

Quien orientó el significado del art. 2.279, no sólo a la función probatoria, sino también a la adquisitiva *a non domino* fue MERLIN DE DOUAI, quien, según MIQUEL (pp. 164 y s.), es, «a lo que se me alcanza, el primer autor en el que se dan cita la máxima posesión vale título y la doctrina de la limitación de la reivindicación de las cosas confiadas de procedencia germánica». Acudió a autores holandeses, relacionó la doctrina que en ellas encontró con la de BOURJON, «produciendo así la primera conexión histórico formal que conozco, entre el nuevo principio posesión vale título y la tradición germánica mantenida sobre todo en Lübeck. Me refiero y quiero destacarlo a la máxima posesión vale título, y no *mobilia non habent sequelam o meubles n'ont pas de suite*».

En definitiva, años después, en las fechas en que se discutía la redacción de nuestro Código civil, en Francia podían catalogarse diversas teorías para explicar el significado del art. 2.279 MIQUEL (págs. 169 y ss.) nos ofrece la siguiente clasificación.

1.º) *La teoría del título para la usucapión*, que sostuvo TOULLIER —que en España pudo influir en GOROSABEL—, para quien la reivindicación debía admitirse en todos los casos en que hubiera habido un despojo injusto, como por ejemplo —dice— un abuso de confianza.

2.º) *Teoría de la prescripción instantánea*, defendida por MARCADÉ y DEMOLOMBE, que no encontró aceptación en la doctrina ni en la jurisprudencia francesa, pero que pudo haber influido en la redacción del Código de comercio español.

3.º) *Teoría de la presunción de propiedad*, con sus variantes: de la presunción irrefragable, que sostuvieron Aubry y Rau; de la presunción *iuris tantum*, sostenida repetidamente por la jurisprudencia, y la que, en unos casos estimaba la presunción *iuris et de iure*, cuando debatieran el poseedor y un reivindicante que se limitase a invocar su derecho de propiedad, y, en otros, de una presunción *iuris tantum*, cuando el reivindicante sostuviera que el poseedor está obligado personalmente a restituírle la cosa en virtud de contrato, delito o cuasi-delito, como mantuvo GUILLOUARD y, más tarde, SALEILLES intentando explicar la posición de la jurisprudencia.

En los casos en que la presunción actúa *iuris et de iure*, es decir, irrefragable por prueba en contrario, sólo cabe reivindicar frente al poseedor probando (el reivindicante) haber pedido la cosa o que ésta le fue robada.

4.º) *Teoría de la adquisición «ex lege»*, defendida por LAURENT, quien entendió, que equivaler no es presumir, y la equivalencia se refiere a «un titre parfait», como decía BOURJON. No obstante lo cual, observa MIQUEL (pág. 180), que el mismo LAURENT, según sus



propias palabras, consideró de tipo probatorio la razón del art. 2.279, «La posesión equivale a un título de propiedad —dice en sus *Principes de Droit Civil XXXII*, Bruselas 1878, pág. 560— es decir a una causa legítima de adquisición, de cuya prueba el poseedor está dispensado, porque las transacciones mobiliarias no se constatan por escrito».

En la doctrina española: la tesis de TOULLIER influyó en los autores que entendieron que el art. 464 no hacía sino dotar al poseedor de buena fe de un justo título para la usucapión; la de LAURENT, en cierta medida en NAVARRO AMANDI; y, posiblemente, la de AUBRY Y RAU, con modificaciones importantes resultantes del mismo texto literal del art. 464, 1, pudo haber influido en la tesis del modo de reivindicar.

En mi estudio de 1956 sobre la reivindicación mobiliaria, aventuré que el *Tratado* de AUBRY Y RAU fue uno de los que más pudo influir, e influyó efectivamente, en los juristas que contribuyeron a la redacción del Código civil. A MIQUEL le ha parecido «probable e incluso presumible que nuestro legislador (SILVELA encargado de redactar el 464, acta enero 1882) utilizará el libro de AUBRY Y RAU». MANOLO CÁMARA (nota 32, pág. 31), estima: «Se trata, claro está, de una conjetura más o menos fundada». Pero MIQUEL ofrece razones, que me parecen sólidas y dan mucha verosimilitud a su apreciación, aunque CÁMARA no se molesta en ponderarlas, ni por consiguiente se preocupa de discutir o contravalorar. He ahí las razones de MIQUEL (págs. 176 y s.).

«a) Desde el punto de vista de la sistemática tratan [AUBRY Y RAU] del tema dentro de los efectos de la posesión, a diferencia de todos los comentaristas del Código francés que seguían la sistemática de éste y estudiaban el tema en sede de prescripción. AUBRY Y RAU son los únicos que tratan del artículo 2.279 dentro de la posesión y más aún en sede de efectos de la posesión de bienes muebles. Igual, pues, que nuestro Código.

»b) Utilizan las expresiones: «celui qui aurait été *privé* d'une chose mobilière par un abus de confiance, par une violation de dépôt, au meme par suite d'une escroque de sa chose...». «Elle [la excepción] ne saurait être étendue...». «celui por le fait duquel il a été *illégalement privé* de sa chose...». «Elle [la excepción] ne saurait être étendue aux délits qui, quoique ayant pour résultat, comme le vol, de *dépouiller illégalement* le possesseur de sa chose, ne presentent cependant pas les caracteres du vol, tels que le définit la loi pénale».

»c) Plantean detenidamente el problema de la necesidad o no de la buena fe.

»Es decir, tres puntos que el Código civil español habría recogido separándose del Código francés. Naturalmente que no se quiere decir que nuestro legislador haya seguido en estos tres puntos la opinión de los profesores de Estrasburgo; en los dos últimos puntos precisamente se habría seguido la contraria. Lo que se

apunta es lo muy probable que resulta la afirmación de que SILVELA, o quien redactara el artículo, tuviera a la vista este Tratado del que podría haber extraído la expresión privación ilegal y la exigencia de buena fe. La sistemática coincidente, en realidad, venía impuesta por la comisión que había decidido ya situar el precepto en sede de posesión y parece que dentro de los efectos. Recordemos que Cárdenas echaba de menos un precepto sobre los efectos de la posesión de bienes muebles.»

E insiste:

«Nuestro legislador pudo haberse inspirado en este libro en el sentido de que alguna de las cuestiones presentadas por él son reueltas por nuestro Código, aunque no en el sentido decidido por AUBRY y RAU, sino en contra; concretamente en el tema de la extensión de la expresión *vol*, creo muy verosímil que SILVELA haya tomado de aquí la expresión *privación ilegal* para querer dar a *vol* un sentido mucho más amplio, comprensivo de la apropiación indebida y de la estafa. Me parece mucho más verosímil esta procedencia de privación ilegal que la ya afirmada entre nosotros de que quizá nuestro legislador quiso extender la expresión del Código francés a la estafa, por el conocimiento que tenía de una sentencia francesa.»

A continuación, en el mismo capítulo, se ocupa J. M. MIQUEL de exponer la doctrina que actualmente predomina en Francia; de las funciones probatoria y adquisitiva *a non domino* de la regla posesión vale título; de las condiciones exigidas para su respectiva aplicación y de sus efectos. Recomendamos su atenta lectura, aunque poco tengan ya que ver con la interpretación de nuestro artículo 464, 1. No obstante, cuando nos ocupemos de la interpretación sociológica (es decir, con relación al contexto social actual) y finalista o teleológica de este precepto, volveremos a ese capítulo para examinar el actual endurecimiento de la jurisprudencia frente a quienes invocan la protección del art. 2.279, restringiendo así su eficacia, y, también, las posiciones críticas —como las de SAVATIER y RODIERE— respecto al criterio de imputar siempre las consecuencias de la estafa y la apropiación indebida al que confió la cosa a quien luego la transmitió a un tercero.

#### V. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL ART. 464, 1. ACTITUDES ANTE EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

JOSÉ MARÍA MIQUEL, en el capítulo V, II (págs. 261 y ss.), clasifica las teorías que han intentado explicar doctrinalmente el artículo 464, 1, siguiendo básicamente, según dice (pág. 263), la clasificación que yo hice en 1956 pero completándola por lo que se refiere a la doctrina posterior. Así distingue las siguientes teorías:

- 1.º Del título para la usucapión.
- 2.º De la presunción «*iuris tantum*».
- 3.º De la adquisición «*a non domino*».
- 4.º De la regla específica de la reivindicación mobiliaria (entre

cuyos seguidores algunos, como Amorós Guardiola, Díez del Corral, Díez Picazo han dado, no obstante, sentido restringido a la expresión de la «privación ilegal»).

- 5.º) De la irreivindicabilidad.
- 6.º) Del título por equivalencia.

Por su parte, DE LA CÁMARA (págs. 20 y ss.) simplifica los términos de la cuestión, en concordancia con el carácter eminente polémico de su trabajo, distinguiendo únicamente:

1.º) La que «sólo trata de puntualizar el valor y el significado de la posesión de buena fe en relación con la usucapión».

2.º) La llamada «interpretación germanista», según la cual «el que ha adquirido de buena fe la posesión de una cosa mueble ha adquirido, así mismo, la propiedad», y que circunscribe la excepción que permite reivindicar la cosa a quien la hubiese perdido o sido privado de ella ilegalmente, interpretando restrictivamente la expresión «privación ilegal».

3.º) La que denomina «posición intermedia», de quienes entendemos que el art. 464 tiene por objeto la reivindicación mobiliaria, que «la restringe pero (dentro de las previsiones del primer párrafo) no la excluye nunca», por tomar en su más amplio significado la expresión «privación ilegal».

No creo que esta tercera posición pueda llamarse «intermedia», pues se halla en plano distinto de las otras dos. Así lo entiende HERNÁNDEZ GIL (pág. 576), que dice: «La tercera de las interpretaciones del artículo 464 no es una combinación de las anteriores, sino más bien un apartamiento de las dos»... «Más que una tesis sincrética o intermedia, es una tesis distinta».

Esta precisión no deja de tener importancia; pues, como veremos, algunos argumentos en impugnación de la tesis «denominada» romanista —como es la basada en el adversativo «sin embargo»— se han dado como convincentes tanto frente la primera como contra tercera tesis enunciadas, sin advertir que no rozan con ésta, pues, al hallarse en otro plano, da otro sentido real y efectivo a dicho adversativo que no desvirtúa su sentido gramatical.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dice CÁMARA (págs. 22 y ss.) que ésta «ha rechazado la versión germanista del artículo 464 y ha sostenido que el abuso de confianza constituye un caso de privación ilegal. Esta tesis, que apunta ya con bastante claridad la Sentencia de 31 de diciembre de 1910 y a la que se adhiere después la de 13 de enero de 1926, ha sido confirmada por la muy importante de 19 de junio de 1945 que parece acoger la tercera de las interpretaciones antes señaladas. Puede considerarse, igualmente, confirmatoria de esta doctrina jurisprudencial la Sentencia de 14 de noviembre de 1950».

J. M. MIQUEL, estudia muy extensamente la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, en el cap. V-III de su libro (págs. 287 a 344). El estudio es meticuloso y fino, penetrando hasta el fondo del supuesto de hecho siempre que resulta conveniente hacerlo.

No podemos seguirle para no hacer excesivamente largos estos comentarios.

Quisiera, en cambio, advertir que la Sentencia de 19 de junio de 1945, venía siendo mal comprendida al pretender varios autores situarla en el plano de la disputa entre las denominadas interpretación romanista y germanista. Por eso, salté a la palestra con un comentario de la misma, que apareció en ANUARIO DE DERECHO CIVIL V-IV, octubre-diciembre de 1951, para advertir que, en ella, el Tribunal Supremo entendió que el art. 464, 1, «se limita a establecer en favor del poseedor de buena fe una presunción de propiedad que sólo cede ante la prueba de que el dueño fue privado de ella injustamente, carga que incumbe a este último». Presunción *iuris de iure*, en cuanto no admite prueba en contrario, de acuerdo con la expresión «equivale a título», pues no es posible superarla, frente al poseedor de buena fe, sino probando, el reivindicante, haberla perdido o haber sido privado de ella ilegalmente.

Pero, volvamos a lo que dice CÁMARA al respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A su juicio, no son «demasiadas las sentencias que han tenido ocasión de resolver categóricamente el problema de si el artículo 464, 1, acepta o no la irreivindicabilidad de las cosas muebles adquiridas de buena fe (o, lo que es lo mismo, si ese precepto consagra un supuesto de adquisición "a non domino") pero su número parece suficiente para estimar consolidada una doctrina jurisprudencial en sentido negativo. Con todo, y a pesar de esta toma de posición por parte del Tribunal Supremo, los partidarios de la interpretación germanista del artículo 464 no han renunciado a sus convicciones, aunque también es verdad no se aducen nuevos argumentos distintos de los ya manejados»

CÁMARA cree que «esta insistencia está justificada, pues aunque sea poco probable que el Tribunal Supremo cambie de criterio no cabe excluir la posibilidad que así ocurra»... «La interpretación de las leyes por parte del Tribunal Supremo puede variar y de hecho ha variado en más de una ocasión». Y señala que la S. de 1 de febrero de 1958, aun proclamando que es ineludible mantener y obligado acatar la doctrina jurisprudencial, deja a salvo que «las circunstancias del vivir, un inequívoco error o una disposición legislativa, aconsejen o impongan la procedente rectificación». Ante esa posibilidad, afirma CÁMARA «me propongo demostrar en este trabajo que, respecto de la interpretación que el Tribunal Supremo ha hecho del artículo 464, concurren en alguna medida las circunstancias que, según el propio Tribunal, aconsejan rectificarla».

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL también intenta mostrar que el criterio jurisprudencial acerca de la interpretación del art. 464, 1, no es acertado. En cambio, JOSÉ MARÍA MIQUEL ofrece abundantes datos y razones que concluyen a favor de la interpretación que prevalece en nuestra jurisprudencia. Por consiguiente, el tema de la interpretación del art. 464, 1, examinado a la luz de los tres trabajos que te-

nemos a la vista es de gran interés. Invitamos al lector a que nos acompañe en una relectura crítica de los respectivos fundamentos y argumentaciones.

VI. INTERPRETACIÓN DEL ART. 464, 1, DEL CÓDIGO CIVIL SEGÚN EL SENTIDO PROPIO DE LAS PALABRAS, EN RELACIÓN CON EL CONTEXTO.

HERNÁNDEZ GIL (págs. 645 y ss.) advierte que el nuevo art. 3.º, 1 del Código civil, fruto de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 y del D. de 31 de mayo de 1974, al comenzar diciendo que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto», aglutina la tradicional trilogía de los elementos literales, lógicos y sistemáticos, pero con un importante matiz: «Permite ponderar como elementos del sentido no sólo los estrictamente literales de las palabras en sí mismas, sino otros factores —también lingüísticos o metalingüísticos, como los componentes lógicos— que cooperen a la determinación del sentido. El sentido propio no queda subordinado a la angostura de la literalidad. Cuando la doctrina que ya puede considerarse como clásica en materia de interpretación equipara sentido literal y significado gramatical olvida que la gramática es la estructura de todo cuanto puede decirse; cubre el campo entero de la decibilidad. Es pecado de lesa gramática adscribirla al servicio de los estrictos significados literales. Una misma palabra puede no tener sentido propio en exclusiva: podrán ser varios los sentidos propios, aunque sólo sea uno el que le corresponda según su empleo. Dependerá del lugar en donde aparezca, de la función que cumpla y de la combinación a que responda».

Ha dicho, muy bellamente y con precisa prosa, HERNÁNDEZ GIL, lo que siempre he creído, entendido y aplicado en la interpretación de las normas. (Cfr. mi introducción al estudio *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, donde acompaño la tesis con varias citas clásicas.) Por eso, no creo que el art. 3, 1, constituya ninguna novedad respecto al criterio interpretativo clásico. (Véase también lo que recojo en mi estudio *Las fuentes del Derecho en el «Apparatus...» de Tomás Mieres*, al estudiar cuanto este jurista catalán del siglo XVI dice de la interpretación de las leyes), aunque sí lo es frente al exegético, que Napoleón hubiese querido imponer para la interpretación de su Código, y respecto al de los inevitables leguleyos de todas las épocas.

Estoy, por consiguiente, muy de acuerdo en que la manera tan bien expuesta por HERNÁNDEZ GIL es la forma correcta de determinar el «sentido propio de las palabras en relación a su contexto» para interpretar las normas legales. Sin perjuicio de que no me parezca adecuado que el legislador imponga a juristas y jueces cualquier modo de interpretar las normas jurídicas. Estimo que se trata de una muestra más del totalitarismo estatal, que invade in-

cluso el ámbito del derecho privado, y de la pretensión del poder legislativo de sujetar al judicial, inmiscuyéndose en el modo de ejercitar esta su función. No se han contentado los autores del nuevo título preliminar en proseguir incidiendo en lo que, en términos muy moderados, como suyos, ALFONSO GARCÍA VALDECASAS estimó «un poco violento que sea una ley la que viene a decir que la ley está por encima de las otras manifestaciones del derecho. Como en en la conocida fábula del león y los demás animales, parecería decir: *Ego primam tollo quia nominor lex*». Además de proclamar la suya por encima de las demás fuentes, el legislador dicta, como si fuesen doctrinos, a juristas y jueces el modo de interpretar.

Esta crítica en nada roza al contenido con el que el nuevo artículo 3, 1, C. c. expresa lo que clásicamente constituyó el modo correcto de interpretar las leyes. Sólo critico que el legislador, una vez más en el transcurso de la historia, haya incidido en querer mandar más allá de su esfera de competencia que, en materia interpretativa, es sencillamente la denominada interpretación auténtica de los textos concretos que la precisen. Pero dejemos esta divagación.

Vayamos, pues, a ver cuál es en el art. 464, 1, «el sentido propio de las palabras en relación con el contexto.»

a) *Perspectiva general de las interpretaciones del art. 464, 1, según el sentido propio de las palabras y en relación con su contexto.*

La interpretación de quienes estimamos que el art. 461, 1, determina el modo de reivindicar los inmuebles creo que recoge el sentido propio de las palabras en la forma más adecuada al contexto de esa determinación. Apenas si tiene que hacer dos acotaciones interpretativas para precisar el sentido de algunas palabras, explicando que «posesión» se emplea en el sentido de posesión *en concepto de dueño*, y que «equivale a título» significa que equivale a *justificación de la propiedad*. Es decir, que el poseedor que adquirió de buena fe la posesión en concepto de dueño no necesita probar la propiedad; y esa justificación sólo puede ser combatida en la forma prevista en el inciso segundo del texto.

En cambio, veamos, no sólo las interpolaciones sino incluso las alteraciones del «sentido propio de las palabras», que requiere la interpretación llamada germanista del art. 464, 1. Para ello seguiremos el muy explícito trabajo de MANUEL DE LA CÁMARA, del que deducimos la siguiente interpretación:

«La posesión en *concepto de dueño* de bienes muebles adquirida a título oneroso (págs. 183 y ss.) por un *tercero* (págs. 173 y s.) de buena fe, que la *reciba de un mediador posesorio* (págs. 179 y 187 y ss.) que la *poseía en concepto de dueño* (págs. 175 y ss.) *sin serlo* (pág. 92), *produce su adquisición "a non domino"* (pág. 67). Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido

privado de la tenencia (págs. 105 y 171) de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea». (Nuestros subrayados corresponden a las adiciones o alteraciones del texto que esta interpretación requiere).

La redacción de HERNÁNDEZ GIL presentaría algunas variantes. La principal: no interpolar «de la tenencia», pero sí acotar el sentido de la expresión «hubiese sido privado de ella ilegalmente», sustituyendo la palabra «*ilegalmente*» por las palabras «*por robo o hurto*» (a las que otros defensores de la tesis calificada de germanista añaden *la estafa* o aún *otros tipos delictivos* de privación, o, incluso otros «*actos ilícitos*»).

A primera vista, no parece que el «sentido propio de las palabras» quede bien parado con esas interpretaciones calificadas de germanistas. MANUEL DE LA CÁMARA para defender lo contrario dedica las páginas 55 a 109 y aún después explicándolo integrativamente, las págs. 169 a 190, es decir en total 76 páginas. Pero, nos queda por ver si «el contexto» puede justificar esas patentes alteraciones del sentido propio de las palabras.

b) *La crítica de Cámara a nuestra perspectiva de la interpretación del art. 464, 1.*

Previamente, pero no sin conexión con el tema, daremos preferencia al examen de cómo DE LA CÁMARA critica nuestra perspectiva del art. 464, 1, como modo de reivindicar.

HERNÁNDEZ GIL dice (pág. 583), «creemos que el párrafo 1.º del artículo 464 toma en consideración al demandado frente al cual se ejercita una acción reivindicatoria, que habrá de prosperar, no *porque* la posesión equivalga a título, sino *aunque* la posesión equivalga al título, siempre que el reivindicante haya perdido la cosa o haya sido privado ilegalmente de ella. O sea, la regla de que la posesión equivale al título deja de actuar si media la pérdida o la privación legal. Los dos incisos del párrafo 1.º del artículo 464, van referidos a sujetos distintos. El reivindicante del inciso segundo puede ejercitar la acción frente al favorecido por la equivalencia de la posesión al título a tenor del inciso primero».

Ahora bien, el favorecido por el inciso primero, para serlo, requiere haber adquirido la posesión de buena fe. Si al adquirirla no la tuvo, queda sin la protección de la equivalencia de su posesión al título, y, por lo tanto, podrá ser atacado sin que, en ese caso, el reivindicante, tenga que circunscribirse para tener éxito, a probar la pérdida o la privación ilegal por él sufrida.

CÁMARA (pág. 85), califica como «subterfugio» la siguiente opinión que él refiere: «La prueba de la mala fe es una tercera alternativa que se brinda al reivindicante que no ha logrado probar que perdió la cosa o que fue privado de ella ilegalmente. La equivalencia entre posesión y título puede destruirse demostrando opotativamente la pérdida, la privación ilegal o la mala fe del po-

seedor. La buena fe de éste (que debe presumirse) solamente le sirve para quedar fuera del alcance de la acción reivindicatoria cuando el actor no haya probado ni la privación ilegal ni la pérdida.

»A mi juicio —dice Cámara, con su peculiar estilo polémico y su habitual seguridad— esta forma de explicar el artículo 464, y en particular la justificación del requisito de la buena fe merced a lo que he calificado de "subterfugio" (dialéctico se entiende) no es de recibo. En primer lugar, y como veremos después, no parece posible probar la mala fe del poseedor sin probar, al mismo tiempo, la pérdida o la privación ilegal, si la mala fe ha de entenderse como mala fe-conocimiento. En segundo término, creo que la reivindicación solamente puede triunfar si el demandante demuestra, además de su posesión anterior, que perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente...»

Confesamos que nos extrañan ambas afirmaciones. Pero veamos qué razones aduce DE LA CÁMARA.

Para basar la primera, explica que, en el sentido por él expuesto, la proposición primera del art. 464, 1, «para que realmente la posesión equivalga al título, está plenamente fundada cuando el poseedor anterior (precisamente el demandante) pues resulta a que recurre a esa equivalencia no es el poseedor actual sino un todas luces excesivo que una posesión que ya no se ejercita y que incluso puede haberse perdido conforme al artículo 460, 4, sirva para justificar el dominio sin la concurrencia de ningún otro requisito»... «Todo lo dicho no significa, por supuesto, que el reivindicante tenga que aportar una prueba definitiva y concluyente»... «La apreciación de la prueba, se regirá, pues, por las reglas generales y será valorada libremente por el juez a la vista del material probatorio aportado al proceso. Pueden bastar, desde luego, las presunciones de hecho contempladas por el artículo 1.253 del Código civil».

Hasta aquí estamos de acuerdo. Pero, no resulta, todavía, que en ese caso, de demostrarse la mala fe del poseedor actual, el reivindicante que pruebe dicha mala fe del demandado, que excluye el presupuesto de la primera proposición del § 1 del art. 464, deba probar además que perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente. Le bastará, por ejemplo, probar que el actual poseedor de mala fe no ha poseído el tiempo necesario para haber adquirido la cosa por usucapión extraordinaria de seis años y que él no pudo perderla por prescripción de su acción reivindicatoria. Por lo demás, ante la demostrada mala fe del poseedor actual casi todas las conjeturas jugarán a favor del anterior poseedor que reivindicue.

Pero, veamos cómo prosigue DE LA CÁMARA. A su juicio, «no es factible probar, aisladamente, la mala fe del poseedor. Sin demostrar, aunque sea por medio de presunciones, la privación ilegal no parece viable la prueba de que el demandado posee de mala fe». Y



aquí CÁMARA cita una frase mía, referida al supuesto de inversión posesoria del art. 464, 1.º —al que después volveremos—, en la que dije que «tampoco basta para reivindicar la demostración de la mala fe del poseedor actual si no se justifica, además, el conocimiento por el demandado de la propiedad del actor, ya que en otro caso no estaría aquél legitimado activamente para reivindicar». El resio de nuestra frase fue un *lapsus*, como se puede observar por su contradicción con lo dicho unos párrafos antes: «no será suficiente para reivindicar una cosa el mero hecho de probar... que su posesión [la del demandado] es viciosa, si, asimismo, el actor no demuestra que está legitimado activamente como poseedor en concepto de titular».

Es decir, el reivindicante puede demostrar la mala fe del poseedor actual de dos modos: una, demostrando que éste sabía, al adquirirla, que el actor era el propietario; otra, probando simplemente que sabía que el *tradens* no era el propietario. En el primer caso, la prueba comprende, ambos aspectos, la no equivalencia a título de la posesión del demandado y la legitimación del demandante. En el segundo caso, la prueba sólo abarca la falta de equivalencia al título de la posesión del demandado, por lo que el demandante no necesitará probar, para reivindicar, ni haber perdido la cosa ni haber sido privado de ella ilegalmente, pero necesitará probar su dominio, para lo cual le bastará hacerlo incluso por presunciones (como hemos visto antes que ha dicho el mismo CÁMARA), o probando su anterior adquisición en concepto de dueño sin haber prescrito su acción ni sufrido la usucapión extraordinaria del actual poseedor de mala fe.

Para que el poseedor sea de mala fe no es preciso que supiera, cuando adquirió su posesión, que el reivindicante era el dueño de la cosa, sino tan sólo que conociera que quien se la entregó no lo era. Así dice el art. 433: «*Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario*». Y, entre los vicios invalidantes es uno, importantísimo; la falta de titularidad del transmitente. Aún más preciso es, al respecto, el art. 1.950: «*La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella, y podía transmitir su dominio*». Es decir, no es necesario que al adquirir la posesión supiera quién era el verdadero dueño de la cosa, sino basta que conociera que su *tradens* no lo era.

Por eso, no puedo estar de acuerdo con la siguiente apreciación que hace CÁMARA, cuando añade, «no veo cómo se puede probar que el poseedor es de mala fe si no se acredita que conoció los hechos constitutivos de la privación ilegal, lo que implica lógicamente que los hechos se demuestren». El Código civil no exige tanto; le basta el conocimiento por el adquirente de la posesión de que el transmitente no era el dueño, aun ignorando el porqué, ni el concepto exacto en que poseía (depositario, arrendatario, como-

datario), ni respecto de que poseedor en concepto de dueño deten-taba la cosa.

CÁMARA (pág. 90) concluye volviendo a mentar «la tortuosa dialéctica» a que es preciso recurrir para no aceptar «una explicación del precepto clara y sencilla», es decir, la explicación de que «el poseedor de buena fe ha devenido efectivamente propietario aunque el transmitente sea un «non domino», después de lo cual, volviendo al tema que aquí nos interesa, sienta cuatro proposiciones que transcribiremos, anotando a continuación, entre paréntesis, nuestra conformidad, disconformidad o reparos.

Vayamos al grano:

— Cuando haya habido pérdida o privación ilegal «y siempre que se prueben la una y la otra, procederá la reivindicación al margen de que el demandado sea de buena o de mala fe» (conforme toda la vida, excepto en cuanto al concepto de «privación ilegal», según lo refiere CÁMARA, del que discrepamos).

— «Mas cuando esto no ocurra, es decir, cuando no haya habido ni pérdida ni privación ilegal ("sensu strictu") la buena fe es requisito necesario para que se consume la adquisición "a non domino"». (No estamos conformes con la acotación del "sensu strictu" con referencia a la privación ilegal, ni en que esté en juego alguna adquisición "a non domino". Sí hemos aceptado siempre que la buena fe es requisito indispensable para que se produzca *la equivalencia de la posesión al título*).

— «Consecuentemente, si el actor consigue probar, además del abuso de confianza, que el poseedor supo o debió saber que adquiriría de quien no era el verdadero dueño, podrá reivindicar, pues la buena fe del demandado obsta a que se pueda considerar propietario» (Discrepo 1.º, en cuanto estimo que basta con probar que la pérdida se produjo por abuso de confianza, pues, a mi juicio, es una forma de privación ilegal; 2.º, en cuanto que, aun cuando no se pruebe el abuso de confianza ni otra forma de privación ilegal ni la pérdida, con sólo probar la mala fe del demandado, es decir, su conocimiento de que su *tradens* no era el dueño, sin más requisito dejará de jugar la equivalencia de su posesión al título, y el reivindicante podrá acudir a cualquier prueba, incluso conjeturas, para probar que la cosa es suya sin necesidad de probar la pérdida ni la privación ilegal).

— «Por el contrario, si no se prueba la mala fe del poseedor, éste será mantenido en su adquisición, aunque se haya demostrado, en el pleito que el "tradens" no era dueño de la cosa transmitida». (Conforme desde siempre, con la salvedad de que no se pruebe la pérdida o la privación ilegal *en el más amplio sentido de esta expresión*.)

Esta es nuestra respectiva posición, con o sin «tortuosa dialéctica» del uno o del otro.

c) *Las claves de la expresión «equivale a título» y del adversativo «sin embargo».*

Para la interpretación del art. 464, 1, en el sentido propio de las palabras en relación con el contexto, se han considerado claves, tanto por HERNÁNDEZ GIL como por DE LA CÁMARA, la expresión «equivale a título» y el adversativo «sin embargo».

HERNÁNDEZ GIL (págs. 647 y sigs.) lo explica de una forma muy difícil de superar en hondura y claridad. Trataremos de seguirle extractando lo más sustancial de su exposición.

«En el sintagma "la posesión... equivale al título", el término "equivale" presupone una diferencia y una igualdad. Diferencia porque, de no existir ésta, falta la posibilidad de relación entre dos términos, la diferencia radica en reconocer como distintos el término "posesión" y el término "título". A expensas de su separación o no identificación es por lo que pueden relacionarse y predicarse el uno del otro. De la posesión, sujeto, se predica el título. La relación de igualdad se formula a partir de la diferencia. La igualdad no es una identificación; es una equiparación entre dos términos diferentes»... «La contraposición entre la diferencia y la igualdad es la que se resuelve cuando se afirma la equivalencia. De donde se infiere que para ordenar una relación de equivalencia es preciso pasar de la posesión a algo que la trasciende»... «La posesión actúa como desencadenante o determinante de un efecto que está más allá de la situación posesoria» ...«la posesión desempeña el papel del supuesto y el título de la consecuencia. Esto contribuye a la diferenciación y dota de alcance normativo a la equivalencia. La proposición normativa no es meramente aclaratoria; la ley no dice que la posesión y el título tengan el mismo valor; tampoco que a la posesión (de bienes muebles) le acompañe siempre el título, sino que la posesión, en determinadas circunstancias, desempeña el papel de título».

Y respecto del «sin embargo», extractamos: «entre el enunciado de la equivalencia de la posesión al título y el subsiguiente de la reivindicación de las cosas perdidas o de que alguien haya sido privado ilegalmente media una coordinación adversativa de significado restrictivo, que es el cometido semántico y sintáctico de "sin embargo", equivalente a "pero", "no obstante", "con todo", "excepto", etc. Consiguientemente, el contenido del primer enunciado (la posesión equivale al título) aparece limitado o restringido por el contenido del segundo enunciado (la reivindicación)» ...«Y si este segundo enunciado dice, dentro de la unidad temática y en coordinación adversativa-restrictiva con el primero, que "el que hubiera perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea", se obtiene como derivación y correlato que la facultad de reivindicación reconocida en las dos hipótesis contempladas —pérdida y privación ilegal— sólo se da dentro del ámbito así delimitado. Y como esta delimitación se hace por restricción de lo establecido en el

primer enunciado, para que resulte limitado por el segundo tiene que decir precisamente lo contrario de éste, o sea, que carece del derecho a reivindicar... Pero, «la reivindicación y la no reivindicación no operan en abstracto. Han de concernir a alguien; y este alguien respecto del cual se niega, que no se menciona como sujeto del primer enunciado, es el mismo que se menciona en el segundo enunciado ("... el que..."). "El que" puede reivindicar en las hipótesis de pérdida y privación ilegal, no puede reivindicar fuera de esas hipótesis. Y ese no poder reivindicar no es el simple resultado de que no haya habido pérdida o privación ilegal; no funciona como mero argumento, al contrario. Es, ante todo, el resultado de que "la posesión" de los bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título».

Y concluye su razonamiento:

«La expresión "equivalencia" y la coordinación adversativa en que "sin embargo" coloca a los dos enunciados del párrafo primero, conduce a justificar la tesis de que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, no funda una mera situación posesoria, susceptible de conducir a la propiedad o a otro derecho real a través de la usucapión, ni una posición posesoria fortalecida (presunción de propiedad), sino que funda algo que, partiendo de la posesión, la sobrepasa, porque ésta actúa como supuesto determinante de un efecto representado por la adquisición de la propiedad o de otro derecho real, salvo las hipótesis de pérdida o de privación ilegal».

Hasta aquí estamos casi totalmente de acuerdo. El «casi» se refiere en que, para mí, como el inciso trata de una cuestión no sustantiva sino formal, aunque de ella puedan derivarse efectos sustantivos: lo que sobrepasa a la posesión es su valor como «justificación de la propiedad» (que es el significado aquí de «título»), que la hace irrevindicable mientras «el que» hubiese perdido la cosa o hubiese sido privado de ella ilegalmente, probándolo, la reivindique; en cuyo supuesto, casa la «justificación de la propiedad» y el poseedor sufre la reivindicación de «... el que ...» del segundo inciso. De ahí la adversativa entre ambos incisos que expresa el «sin embargo».

En donde comienza nuestro completo desacuerdo es en la interpretación de lo que expresa el párrafo con las palabras «o hubiese sido privado de ello ilegalmente», del que después nos ocuparemos.

DE LA CÁMARA (págs. 57 y ss.) aventura más: «Para que sea lícito sostener que la proposición segunda del artículo 464 consagra una excepción a la irrevindicabilidad de las cosas muebles cuya posesión ha sido adquirida de buena fe, es necesario probar, previamente, que la equivalencia entre posesión y título, conlleva no tanto la presunción sino la afirmación de que el poseedor adquirió no sólo la posesión sino la propiedad».

No vemos por qué ha de ser así y creo que cuanto acaba mos de leer, al extractar a HERNÁNDEZ GIL, y hemos glosado al final, nos muestra que cabe otra adversativa. El poseedor que ad-

quirió su posesión de buena fe, al equivaler ésta al título, tiene justificada su propiedad, lo que debe darle el triunfo ante toda reivindicación que se le oponga. «Sin embargo», el inciso segundo permite que pueda reivindicar, frente a él, quien hubiese perdido la cosa o hubiera sido privado de ella ilegalmente. El texto del art. 464, 1, leído con sencillez sin prejuicios, no plantea la cuestión *sustantiva* de atribución de la propiedad, sino la *formal* del modo de acreditarla, ya sea para oponerse a la reivindicación ya sea para ejercitarla.

Por eso MIQUEL (págs. 281 y s.) dice que, en contra de nuestra teoría, «no se puede oponer ya la contraposición entre los dos primeros apartados del artículo, que revela el "sin embargo", desde el momento en que para ella también se da la oposición, aunque en otro sentido». Es el sentido formal que frente a una justificación, que enerva toda posibilidad de reivindicación, contrapone, sin embargo, la posibilidad de reivindicar, ya no mediante prueba en contrario, sino probando la pérdida a la privación ilegal.

MIQUEL, juiciosamente profundiza algo más (págs. 399 y s.). Para él, el «sin embargo»: «No significa, creo, que cuando haya pérdida o privación ilegal el poseedor no tenga título. Pero sí que el título no impide la reivindicación. En otros casos, en cambio, el título impedirá la reivindicación, es decir, en tanto no se pruebe la pérdida o la privación ilegal, sea porque no se logre la prueba, sea por no haberla habido.

»Desde un punto de vista realista el poseedor que se acoge al art. 464, 1, no tiene por qué ser un poseedor que no haya adquirido el dominio. Puede ser un poseedor propietario, o no. La posesión *adquirida* de buena fe producirá las ventajas de ir acompañada de un título, a pesar de que se pruebe la pérdida o privación ilegal (así en la usucapión ordinaria que exige título por el art. 1.940). La equivalencia a título, si hay buena fe en el poseedor, no tiene que desaparecer por la prueba de pérdida o privación ilegal; el sentido de "sin embargo" no obliga a ello, sino a lo contrario. .»

«De todo ello creo que se deduce que el sentido del "sin embargo" no es obstáculo a la tesis que niega la virtud adquisitiva *a non domino* de la regla posesión vale título. Entendido como "no obstante" significa, además, que la existencia de un poseedor con título no es obstáculo a la reivindicación, pero no que la prueba de pérdida o privación ilegal haga desaparecer la equivalencia, que precisamente cumplirá entonces su función en la usucapión.»

Ahora bien, CÁMARA (pág. 59), por su parte, cree que el planteamiento de la doctrina española de todas las tendencias, que explica la proposición primera del art. 464, 1, en función de la segunda, y no a la inversa, no es metodológicamente aceptable. Por eso, busca la recta inteligencia en la primera proposición. Y la busca (págs. 60 y ss.) en «la equivalencia entre la adquisición de la posesión (en concepto de dueño y de buena fe) de las cosas muebles y "título"».

Advierte que la expresión «equivale a título» no significa una mera presunción de título, y distingue.

1. La presunción de título referente a la existencia del acto o contrato sin comprender los demás requisitos necesarios para la adquisición del dominio. En este sentido, corresponde a la consideración del título del 464, 1, como título apto para la usucapión ordinaria.

2. La presunción *iuris tantum* de ser dueño.

3. La presunción de ser dueño que sólo puede destruirse «si el demandante, además de demostrar su posesión anterior en concepto de dueño, demuestra asimismo, que perdió la cosa, que fue privado ilegalmente, o la mala fe del poseedor demandado».

Quisiera recordar aquí de qué modo expliqué, en mi estudio de 1956, cómo entendía la *equivalencia* de la posesión adquirida de buena fe y el título.

«La posición defensiva del demandado —escribimos— descansa en su posesión, tanto tratándose de bienes inmuebles como de los muebles, con la diferencia —que luego precisaremos— de que mientras por la de aquéllos se *presume* el título, la de éstos *equivale* al mismo».

Y, unas páginas después, aclaramos en nota: «La equivalencia de la posesión al título es una regla de valor directamente dispuesta por la ley. Por eso no es de libre apreciación del juzgador y queda fuera del campo de la prueba, que sólo podrá referirse al examen de si se dan, en el caso en cuestión, los presupuestos necesarios para la aplicación de la regla de valor y a la comprobación, en su caso, de si hay lugar a las excepciones legalmente valoradas como tales». Y, como proseguíamos en el texto y ahora glosamos: «Por eso, mientras la presunción del art. 448, puede desvirtuarse probando la nulidad o la ineficacia absoluta o relativa de aquel título [presunto] o presentando el reivindicante el suyo preferente» —es decir, mediante prueba en contrario, pues se trata de una presunción *iuris tantum*—, en cambio, la presunción del 464, 1, que es *iuris eà de iure*, en cuanto constituye una *regla de valor* impuesta por la ley «sólo cede si se demuestra la pérdida o la privación ilegal de una posesión anterior en concepto de dueño». No cabe, pues, prueba en contrario, sino únicamente: la de que no se dan los presupuestos de la regla de valor que significa la equivalencia (falta de posesión en concepto de dueño o de buena fe al adquirirla), las de que se dan los supuestos legales que enervan la regla de valor (pérdida o privación ilegal).

La explicación de este criterio legal, como ya se ha repetido hasta la saciedad es clara: la normal falta de títulos documentales adquisitivos en los bienes muebles, la normal clandestinidad de sus transmisiones, que no dejan rastro, y que casi siempre es imposible comprobar y reconocer su identidad.

No resulta del texto ni del contexto del art. 464, 1, que esta *equivalencia* sea una regla específica para terceros. Sino que

—ante cualquier intento de reivindicación de otro— puede jugar a favor:

- del verdadero propietario que posea;
- de un poseedor de buena fe no propietario, a quien haya transmitido la cosa un poseedor también de buena fe;
- y de un poseedor de buena fe no propietario a quien le hubiera transmitido la cosa un poseedor de mala fe.

Incluso, por un efecto reflejo, no querido por la norma, podrá jugar a favor de poseedores de mala fe, cuando no sea posible demostrarla, puesto que la buena fe se presume.

4. Para CÁMARA (págs. 84 y ss.) la proposición primera del art. 464, 1, «sólo tiene claro sentido si su función consiste en legitimar, aunque sea dentro de ciertos límites, las adquisiciones "a non domino"», pues como dice poco antes (pág. 82 *in fine* y s.): «La "ratio" de la equivalencia entre posesión y título consiste en la finalidad de proteger al adquirente de buena fe que ha confiado en la situación de apariencia fundada en la posesión.»

He ahí algo que no se halla en el texto, ni creemos resulte del contexto, de la proposición primera del art. 464, 1, puesto que esta proposición tiene otra explicación más acorde, no sólo con el sentido de sus palabras, sino con su finalidad, en especial habida cuenta del pensamiento de la doctrina española de su época.

CÁMARA, para defender su tesis, objeta que (pág. 85): «si la reivindicación ha de prosperar siempre, resulta irrelevante la buena o mala fe del poseedor. Si el demandante consigue probar la pérdida o la privación ilegal ("lato sensu") el demandante perderá el pleito, no obstante su buena fe, y si aquella prueba fracasa, lo ganará aunque, de hecho, posea de mala fe». Para CÁMARA esto constituye «un círculo vicioso». No lo veo así.

Es cierto que si al final triunfa la reivindicación será irrelevante la buena o la mala fe del poseedor, y que lo mismo ocurrirá si finalmente fracasa. Pero, esto no es consecuencia inmediata del juego de la norma en uno y otro supuesto. Que luego se consiga o no la prueba de la mala fe o de la pérdida o privación ilegal, es una cuestión fáctica, ajena a la previsión normativa. Según ésta si el poseedor no es de buena fe, la *equivalencia* de su posesión al título no juega, y cabrá que el demandante recurra a cualquier medio de prueba para reivindicar. Y, en caso contrario, si no se demuestra la mala fe del poseedor, el actor sólo podrá reivindicar, contra él, probando que perdió la cosa o que fue privado de ella ilegalmente.

Aquí CÁMARA empalma con lo que, él, califica de «*subterfugio*», que dice «no es de recibo», y de «*tortuosa dialéctica*», que ya hemos examinado en el apartado *a* de este epígrafe.

Lo que CÁMARA, según parece, estima inadmisibile —partiendo de que, a su juicio, la proposición primera del 464, 1, dice que la posesión adquirida de buena fe produce una adquisición de la propiedad *a non domino*— es que la segunda proposición vacíe el

contenido sustantivo que él atribuye a la primera, si aquélla permite reivindicar a todo quien haya sufrido una privación ilegal, en su sentido literal, que él califica de "lato".

Pero, repetimos, la contraposición de la segunda proposición respecto de la primera, es formal, relativa al modo preciso para que la reivindicación prospere ante el poseedor de buena fe. A éste, en el primer inciso, se le da por formalmente justificada la propiedad, y, en la segunda proposición, se le contrapone una forma limitada y tasada de enervar esa justificación.

El inciso primero del art. 464, 1, dice literalmente que la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale a título, lo cual, según el significado propio de las palabras, viene a decir:

— «equivale a título» significa: equivale a justificación de la propiedad,

— «equivale» establece una «regla de valor», situada sobre la prueba, por lo que elimina toda posibilidad de prueba en contrario, que sí permiten las meras presunciones *iuris tantum*.

— «la posesión... adquirida de buena fe», engloba todas las posesiones así adquiridas. Tanto la del poseedor propietario como la del poseedor no propietario. Por lo cual, no establece una regla a favor de terceros, sino de todo poseedor.

En relación con el contexto, el inciso segundo muestra que el 464, 1, establece reglas para la reivindicación mobiliaria; y, en concreto, corrobora que la *equivalencia* de posesión y título, establecida en el inciso primero, no es una presunción *iuris tantum*, puesto que excluye implícitamente la prueba en contrario. «Sin embargo», establece una posibilidad de reivindicar, a pesar de la regla de valor de la equivalencia, pero circunscrita únicamente a la prueba de que el propietario perdió la cosa o fue privado de ella ilegalmente.

Esta interpretación, según el significado propio de las palabras en relación con el contexto, satisface totalmente la lógica del específico modo de reivindicar los bienes muebles, basado en la equivalencia de la posesión al título, y no en los títulos escritos, que suelen faltar, o no son significativos. No sólo porque su fecha no suele ser cierta, sino además porque no garantizan la inexistencia de posteriores transmisiones manuales sin título escrito, al ser esta forma manual la más corriente de transmitir los bienes muebles.

En cambio, DE LA CÁMARA, en su interpretación del primer inciso del art. 464, 1, se sale fuera del significado propio de las palabras, pues:

— entiende que la equivalencia se establece entre «posesión adquirida de buena fe» y «adquisición *a non domino*», expresión que no es equivalente a «título», sino que lo excede;

— reduce la proposición al referirla solamente a los terceros de buena fe que adquieran la posesión en concepto de dueño de



un no propietario, lo que contradice los términos generales en que la proposición está redactada.

En relación al total contenido del párrafo entero, esa interpretación del inciso primero, resulta fuera de contexto, pues el inciso segundo la contradice. ¿Cómo puede haber adquirido la propiedad *a non domino* el adquirente de buena fe de la posesión, si puede sufrir la reivindicación del propietario, que triunfará si prueba la pérdida o la privación legal por él sufrida? Uno y otro no pueden ser a la vez propietarios, lo es quien dispone de la acción reivindicatoria, aunque la tenga limitada. El poseedor sólo tendrá la propiedad cuando alcance la usucapión, o cuando, de hecho, no sea ya posible, por haber fracasado definitivamente, la reivindicación del verdadero propietario. Pero, ¿cómo se sabe si esto ha ocurrido, si se ignora quién es el verdadero propietario, pues éste, tal vez, aún no haya entrado en juego y, posiblemente, nada tenga que ver con quien fallidamente intentó reivindicar?

Es muy diferente que una norma establezca *como contenido propio* una adquisición «a non domino», a que ésta *pueda resultar de hecho por efecto reflejo de ella*. Hemos visto que, según el significado propio de las palabras en relación con el contexto, el artículo 464, 1, no establece adquisición *a non domino* alguna. Sin embargo, aunque esta adquisición no integre su contenido normativo, puede resultar de hecho por efecto reflejo. Bastará que no pueda probarse la mala fe de un poseedor que no sea de buena fe, en los casos en que el verdadero propietario podría probar su propiedad pero no la pérdida o la privación ilegal por él sufrida. También será suficiente que el propietario, que haya perdido la cosa o sido privado de ella ilegalmente, no consiga probar la pérdida o la privación ilegal por él sufrida.

Ahora bien, este efecto reflejo no sólo no se halla en la normativa del precepto, sino que su producción contraviene lo que el propio precepto pretende. Es fruto ya sea de una imposibilidad de hecho o bien de un fallo en la prueba, que escapa a la norma.

Ese efecto reflejo solamente en un caso podría darse sin contravenir la intención normativa. Nos referimos al efecto reflejo de una irreivindicabilidad querida por el precepto. La única posibilidad de no contravenirlo vendría dada solamente en el caso de que la expresión privación ilegal significara menos de lo que literalmente expresa. Es decir: Sólo el robo y el hurto, o también la estafa, u otros tipos delictivos de privación o incluso otros actos ilícitos de tal; pero sin abarcar todos los supuestos de privación ilegal.

Estamos en otro punto clave de la interpretación del art. 464. 1. La de saber si la expresión «o hubiese sido privado de ella ilegalmente» corresponde o no al significado usual de las palabras o bien quiere expresar otro más restringido. Esta cuestión merece examen específico, y de él vamos a ocuparnos a continuación.

d) *Significado de las palabras «o hubiese sido privado de ella ilegalmente».*

HERNÁNDEZ GIL (págs. 615) —frente al que, a primera vista, parece el sentido usual de estas palabras —advierte: «Si lo contrapuesto de "privación ilegal" fuese "privación legal" —aparte de la dudosa consistencia jurídica de esta expresión—, la proposición primera del artículo 464 quedaría reducida a la nada, no ya debido a la extensión del concepto de privación ilegal, sino debido a que, mediando una privación legal, la regla de que la posesión de bienes muebles equivale a título, no puede, no ya desplegar sus efectos, sino ni siquiera concebirse. Cabe pensar que el legislador, con la excepción, ha querido restringir en el mayor grado posible la regla; pero no que no se haya dado cuenta de la significación y alcance de ésta, y a tal equivaldría pretender montarla sobre privaciones legales. La mejor prueba de que se dio cuenta del significado y alcance del principio que enunciaba es precisamente esa voluntad expresa de restringirlo, que, quizá, un poco alarmado, expresó después. Luego si materialmente con el giro utilizado pudiera negarse, no parte, sino todo lo acabado de afirmar, no parece ser una actitud razonable ni un significado correcto».

Creo que este argumento ha quedado rebatido, al examinar el adversativo «sin embargo» y hace un instante al analizar la interpretación de CÁMARA. El art. 464, 1, no contiene dos proposiciones de significado *susãntivo* sino únicamente *formal*, que son las que contraponen. La proposición primera no hace equivalente adquisición de buena fe de la posesión con *adquisición* de la propiedad, sino con la *justificación* procesal de la propiedad. Con ello, excluye todas las pruebas en contrario de esa justificación para reivindicar la cosa «de quien la posea», *excepto* aquéllas que se aporten por las solas vías admitidas de probar la pérdida o la privación ilegal. Esta es la única contraposición y de contenido diferente contenida en el art. 464, 1. Sin necesidad de salirse del sentido usual de las palabras «título» y «privación ilegal», ni de acudir a una interpretación restrictiva que, como acabamos de ver, no requiere el texto, ni literal ni lógicamente.

La regla del art. 464, 1, no se refiere a la irreivindicabilidad sino al *modo* de reivindicar, que es lo que circunscribe limitativamente su inciso segundo. Ante la equivalencia al título no se puede reivindicar por cualquier medio de prueba, sino tan solo demostrando una de las dos circunstancias que la proposición segunda expresa. Ninguna más; ni presentando títulos públicos, ni las más contundentes pruebas de la titularidad, si no son las de haber perdido la cosa o haber sido privado de ella ilegalmente.

Pero HERNÁNDEZ GIL (págs. 617 y ss.), partiendo de su enunciada tesis, acude a otros medios de interpretación para precisar que privaciones ilegales están incluidas en la proposición segunda del art. 464, 1, y cuáles no lo están, si bien advierte (págs. 617 y s.) que «no pretendemos erigirnos en directa y exclusivamente definidores

del alcance de la "privación ilegal" determinante de una consecuencia reivindicatoria».

HERNÁNDEZ GIL (pág. 618 y ss.) cree que el § 2 del art. 464 y la remisión del art. 1.962 (vía 1955, párrafo 3.º) al art. 464, pueden ofrecer la determinación del significado limitado en el cual el art. 464, 1, emplea "privación ilegal".

Sería muy largo rehacer la polémica a la que ambos hemos aportado largas argumentaciones. Por ello, remito al lector a lo que hemos expuesto: yo, en contestación, en mi estudio "*La reivindicación mobiliaria...*", que puede consultarse en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-II, abril-junio 1956 (cfr. págs. 386 a 391) o en mis *Estudios sobre Derecho de Cosas* (cfr. págs. 447 a 454) y, ya en réplica, HERNÁNDEZ GIL, en su reciente libro que aquí comento (cfr. páginas 618 a 625). Ahora me limitaré a añadir alguna observación, además de recoger las opiniones de CÁMARA y de MIQUEL.

Por lo que se refiere a la traducción de la expresión que hubiese sido *privado ilegalmente* de una cosa mueble por la, más limitada, de cosa mueble *sustraida*, contenida en el párrafo 2.º del mismo art. 464, quiero observar, ante todo, que, para valorarla, es previo determinar si los dos primeros párrafos del art. 464, aun formando parte del mismo precepto, se hallan o no en el mismo contexto.

Para quienes estiman que el § 1 establece una adquisición *a non domino* a favor del tercero que de buena fe adquiriera la posesión en concepto de dueño de quien no sea propietario, naturalmente están en el mismo contexto. El inciso segundo del párrafo 1.º, permite reivindicar al que hubiese perdido la cosa o hubiese sido privado de ella *ilegalmente*. El § 2.º, en el caso de venta pública, restringe la restitución al propietario que hubiese perdido la cosa mueble o le hubiese sido sustraída, exigiéndole que, para ello, reembolse el precio dado por ella.

Ahora bien, partir de que el art. 464, 1, establece una adquisición *a non domino* —a pesar de que, según hemos visto, no resulta así del sentido usual de sus palabras— para situar a este párrafo en el mismo contexto que los siguientes, resulta una petición de principio.

Hemos visto antes que MIQUEL (pág. 253), al glosar las palabras de CÁRDENAS —en su Introducción a los *Comentarios* de MANRESA—, no cree que éste viera una adquisición *a non domino* en el art. 464, 1, sino que «cuando dice "esta sí que es una novedad", se está refiriendo a las adquisiciones protegidas por haber sido hechas en venta pública». Tanto que, «para justificar la adquisición por los Montes de Piedad del derecho de prenda *a non domino*, no acude al supuesto más simple del párrafo 1.º, sino al que presenta más requisitos del párrafo 2.º, venta pública y a la remisión del párrafo 4.º a las adquisiciones en Bolsa». Y, en el mismo sentido, hemos visto cómo algunos fueros medievales, que no admitían el principio H. w. H., en cambio concedían un derecho de reembolso al

comprador que hubiese adquirido en mercado, en feria, de un romero en el camino real, etc. Si los párrafos 2.º y siguientes del art. 464 no se hallan en el mismo contexto del 1.º, que sólo regula formalmente el modo de reivindicar los bienes muebles, será aventurada toda integración de éste por aquellos.

J. M. MIQUEL (págs. 366 y s.), ante esa interpretación de la expresión cosas muebles de las que hubiese sido *privado* ilegalmente, del art. 464, párrafo 1.º, a través de cosas muebles *sustraídas* del párrafo 2.º, como significativa únicamente de cosas *robadas* o *hurtadas*, recoge mis afirmaciones de que «si el depositario o el comodatario o el administrador enajenan la cosa depositada, prestada o administrada, la apartan, extraen o separan de su relación con el dueño de la misma, es decir, la sustraen de su dependencia», y de que el art. 1.922, núm. 7, en su apartado 2.º, C. c., emplea la palabra «sustracción» en un significado que no puede corresponder al limitado de robo y hurto, tratándose de la efectuada por el arrendatario de sus propios bienes muebles, ubicados en la finca arrendada, para eludir así la preferencia establecida, en el apartado anterior, a favor del propietario respecto de ellos para el cobro de los alquileres o rentas que se le adeudaren.

DE LA CÁMARA (pág. 97) se opone a este argumento. «Cuando el párrafo segundo del artículo 1.927, 7, se refiere a los bienes muebles que "hubieren sido sustraídos", está pensando en el caso del arrendatario (dueño de tales bienes) los haya sacado de la finca arrendada para entregarlos a un tercero, pero con la única finalidad de ocultarlos, y no para venderlos o transferirlos». Sin embargo, este acto material, que puede también hacerlo el depositario o el comisionista con los bienes a él confiados, va implícito y ligado en esos otros casos a la venta que uno de ellos efectúe a un tercero de dichos bienes, que a dicho fin tendrá que sustraer de su custodia.

MIQUEL (págs. 367 y s.) añade que se ha insistido, por DÍAZ PALOS, en la asimilación por el derecho penal de la expresión cosa sustraída a cosa hurtada o robada. Pero le opone que «la interpretación del 464 no puede depender de que se utilice esta expresión por la doctrina penalista para calificar ciertas acciones y no otras. No hay que perder de vista que por el Código penal se utilizan las expresiones "tomar" (hurto, artículo 514) y "apoderar" (robo, artículo 500). En todo caso, la evolución de la doctrina penalista no puede acarrear un cambio de significado del Código civil».

Y, con su meticulosidad de investigador, señala, por vía de ejemplo, que la S. de la Sala segunda del T. S. de 28 de febrero de 1959 emplea cosa y dineros *sustraídos* y *lo sustraído*, en equivalencia genérica a «robos, hurtos, estafas y apropiaciones indebidas». También recuerda que el art. 770 del Código penal de 1822 empleaba la palabra *sustrajere* refiriéndose al cambio en la entrega de la cosa contratada por otra de *menos valor*; y que en dicho Código la misma palabra era usada tanto en el capítulo de los hurtos como en el de los abusos de confianza (así en el art. 777).

Respecto de la llamada que el art. 1.962 a través del 1.955, 3, hace al 464, de la que HERNÁNDEZ GIL deduce la equivalencia de cosa *extraviada* y de *privación ilegal a hurto o robo*, J. M. MIQUEL (página 373) recoge y acepta nuestra conclusión de que «el rebote mediante el cual se pretende hacer equivalentes los casos de hurto o robo del artículo 1.962 a la privación ilegal del artículo 464, 1, falla en cualquier caso. O bien se desvía del frontón que debía rebotarlo: al ir a parar del 1.962 al 1.956 y no al 1.955, 3.º. O, por el contrario, el rebote es puramente imaginario por falta de contenido, es decir, por carencia de objeto que rebotar, al no haber reenvío real posible del artículo 1.962 al 464, a través del 1.953, 3.º, ni respecto de las cosas de que el dueño hubiese sido privado ilegalmente, ni de las pérdidas, ni concretamente de las cosas hurtadas o robadas». Después, MIQUEL (págs. 373 a 376) razona por qué no le convence el argumento derivado del art. 1.962.

También CÁMARA (pág. 51 y ss.), después de razonar acerca de esa llamada del art. 1.962 a través del 1.955, 3.º, opina en ese punto de semejante modo. Transcribe mi dilema al respecto y glosa: «Por mi parte, comparto este modo de pensar y estimo también como muy probable, que, al redactarse el artículo 1.962, se padeció realmente un error citándose el párrafo 3.º del artículo 1.955 en lugar del 1.956, que es el que debió citarse». Y, más adelante (página 95), recuerda haber puesto de relieve «que el argumento ex artículo 1.962, una vez estudiado a fondo este precepto, no servía para probar nada. La crítica de los romanistas ha sido, en este punto, certera aunque no se puedan compartir... todas las consecuencias que pretenden obtenerse de aquélla».

Ahora bien, DE LA CÁMARA (págs. 98 y ss.) circunscribe la extensión de la expresión «hubiese sido privado de ella ilegalmente», refiriendo —como ya había hecho nuestro añorado compañero ANGEL SANZ FERNÁNDEZ— la *ilegalidad a la privación de la posesión material o tenencia*. Dejando aparte si MANOLO CÁMARA opinó lo contrario en otra ocasión (*La mujer casada y el derecho de sociedades*, en R. G. L. y J. 227, 1969, págs. 221 y s.), lo cierto es que en el trabajo que comentamos sigue decididamente esta tesis.

Contra la opinión de que la privación ilegal se refiere a la posesión civil, plantea (pág. 103) que «la (supuesta) privación ilegal de la posesión civil se producirá en las hipótesis de abuso de confianza, mediante la inversión del concepto posesorio. Es decir, o bien el "tradens" (que recibió la cosa del propietario en concepto distinto del de dueño) comienza a comportarse como si fuera propietario (pasa a poseer, aunque sea indebidamente, en concepto de dueño) o la inversión la lleva a cabo directamente el adquirente, lo que naturalmente presupone su mala fe». Y prosigue, que «lo cierto es que la inversión posesoria no determina por sí misma que el primer poseedor (en nuestro caso el propietario) haya perdido la posesión civil. Obsta a ello el artículo 464,4 según el cual la posesión no se pierde "por la posesión de otro, aun contra la vo-

luntad del antiguo poseedor, *si la nueva posesión hubiese durado más de un año*". De donde se infiere que durante ese año el poseedor conserva la posesión que tenía».

Partiendo de ahí, CÁMARA (págs. 103 y ss.) desarrolla su razonamiento:

«La doctrina admite hoy que la posesión ideal o incorporal que el despojado conserva durante el año, es verdadera posesión y surte los efectos propios de la misma incluida, por supuesto, la protección interdictal. Consiguientemente, la inversión del concepto posesorio donde radica, en rigor, la privación ilegal según la tesis que impugno, no puede dar lugar a la misma por la potísima razón de que en su virtud no se "priva" de la posesión civil al propietario, al menos mientras no transcurra el plazo de un año señalado por el artículo 460-4 del Código civil. De ahí se infiere, pues, que el artículo 464 sólo puede referirse a la privación ilegal de la posesión material o tenencia. Respecto de ella no cabe duda de que la misma se pierde cuando la cosa se entrega a otra persona, o ésta se la quita a quien la tiene. En los casos de abuso de confianza no se priva ilegalmente al dueño de la posesión material de la cosa puesto que la misma fue entregada voluntaria y libremente por aquél y tampoco de la posesión civil, porque, a pesar de que el "tradens" invierta su concepto posesorio, el propietario no pierde por eso dicha posesión. Contrariamente, en la hipótesis de robo, hurto, estafa, o en los contratos celebrados mediante dolo, violencia o intimidación, es evidente, en cambio, que se priva al propietario, en virtud de un acto ilícito, es decir, ilegalmente, de la posesión material de la cosa al margen de que conserve o no la posesión civil...»

A continuación, añade: «Que la acción reivindicatoria tenga por finalidad recuperar la posesión civil no prueba, desde luego, que el artículo 464, al hablar de privación ilegal, haya entendido que la misma tiene por objeto la posesión civil. Cabe, por una parte, que la acción reivindicatoria se dirija exclusivamente a recuperar la posesión meramente material y así lo ha proclamado con bastante reiteración la jurisprudencia». CÁMARA en una nota, cita la S. de 26 de febrero de 1945, que afirma, «"la acción amparadora del dominio puede ejercitarse contra toda clase de poseedores, incluso los que sólo ostentan aquel grado inferior de la posesión, que no deja de ser posesión verdadera, consistente en la detentación o mera tenencia"». Pero, no advierte que no afirma el T. S. que la reivindicatoria se dirija en ese caso a recuperar la posesión material, sino que puede incluso dirigirse contra quienes sólo ostentan la mera detentación o tenencia. Y es que la reivindicatoria tiene por objeto la devolución al propietario de su dominio o poder sobre la cosa de su propiedad; y es claro que, para ello, a veces le bastará que se le reintegre de la mera tenencia y en otros de la plena posesión civil, pero sin que el objeto directo de la reivindicatoria sea la recuperación de una ni de otra, sino del correspondiente poder, fáctico y jurídico, sobre la cosa.

«Y —prosigue— de otra, nada se opone desde luego a que el reivindicante, en las hipótesis en que según el artículo 464 puede reivindicar, ejercite aquella acción precisamente para recuperar no sólo la posesión material sino también la civil. Así ocurrirá si además de la posesión material se ha perdido la posesión civil, porque ha transcurrido el plazo de un año durante el cual tal posesión se conserva.»

En 1947 (R. D. P. XXXI "*La buena fe, la inscripción y la posesión en...*", nota 13) expuse que el dilema planteado por ANGEL SANZ —para mostrar que la privación ilegal se refería a la posesión, más concretamente a la material, y no al dominio de la cosa mueble—, entre privación ilegal de la posesión material y privación ilegal del dominio, estaba mal planteado, pues a lo que propiamente se refiere el art. 464, 1, inciso 2 es al control, la supervisión que al propietario le corresponde y tiene sobre las cosas, aunque las haya dado en comodato o depósito. «Ni dominio ni tenencia, sino algo distinto». Pues bien, ahora debemos decirle a CÁMARA algo parecido. No hay dilema entre privación ilegal de la tenencia o posesión material con privación ilegal de la posesión civil, sino con el poder o facultades que en cada caso corresponden al propietario. Su contenido es semejante al que se mantiene con la posesión civil, que puede ir o no acompañada de la tenencia, pero —rectificándome— matizo que no debe confundirse totalmente con ella, que sólo es el reflejo de parte de aquello de que se priva al propietario, en cuanto afecta al ejercicio de su *ius possidendi*. Por lo demás, cuando la acción reivindicatoria se dirige contra un mero tenedor, no sólo va enderezada para recuperar la tenencia, sino para reivindicar el poder y dominación efectivos sobre la cosa, que desconoce o rechaza el tenedor cuando no quiera devolvérsela, y con ello, conculca en uno y otro caso. En eso se diferencia la reivindicatoria ejercitada contra el tenedor de los interdictos interpuestos para recuperar la mera tenencia.

MIQUEL (pág. 377) lo entiende de igual modo. Conforme la letra del art. 464, 1, «lo privado ilegalmente es la cosa». «Sin ella —explica MIQUEL— no es posible el ejercicio del derecho de propiedad en todo su contenido». Esa privación se produce cuando se excluye al propietario del ejercicio de derecho de propiedad que le corresponde, negándole su *ius possidendi*, civil o material, que tanto viola quien, contra la voluntad de aquél, le arrebató la tenencia de la cosa como quien, teniéndola ya por una relación contractual, se rebela contra la posesión civil que conservaba el propietario, invirtiendo o tratando de invertir su concepto posesorio, privándole así ilegalmente del ejercicio de su dominio de la cosa. Este ejercicio es lo que la reivindicatoria tiene por objeto recuperar, a diferencia de los interdictos que tienen por fin la conservación o recuperación de la posesión civil o material de las cosas. Aunque sea cierto que la recuperación de aquel ejercicio implique, como conse-

cuencia, el mantenimiento o recuperación de la posesión correspondiente.

Ahí CÁMARA (pág. 108), al haber dado por probado que el texto del art. 464, 1, lleva a la interpretación que propugna, sienta una afirmación, que al no ser correcta, su interpretación resulta una petición de principio: «La filosofía a que responde el artículo 464, en tanto se estime que su finalidad es sancionar (al estilo germánico) el valor legitimador de la posesión, descansa precisamente en el abuso de confianza («latu senso»). Los muebles son irrevindicables cuando quien los transmite a un tercero es precisamente la personalidad a quien el propietario se los había confiado, y que, de esta suerte, falta a la confianza que se le había dispensado, circunstancia que no concurre, obviamente, si la cosa se roba o se hurta a un comodatario o depositario.»

Como hemos visto, nada en el texto ni en el contexto del artículo 464, 1, justifica esta afirmación. Ni la referencia general a la posesión adquirida de buena fe sin circunscribirla a terceros; ni el significado del *título*, al que se la hace equivaler; ni el adversativo *sin embargo*; ni la expresión *privación ilegal*, después de analizados todos los argumentos esgrimidos; ni la referencia a la reivindicación, que consiste en recuperar el dominio efectivo, el poder y disposición sobre la cosa, y no sólo su posesión, material o civil, como en los interdictos.

e) *El art. 464, 1, visto en el contexto del art. 463.*

JOSÉ MARÍA MIQUEL (págs. 442 y ss.) aún añade que en contra de la interpretación favorable a la adquisición *a non domino* de las cosas enajenadas por un mediador posesorio, cabe oponer el artículo 463, que dispone:

«Los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad.»

«No creo —dice MIQUEL— que se pueda decir que el artículo se refiere sólo a bienes inmuebles, pues esto no aparece por ninguna parte y precisamente está situado entre artículos que están distinguiendo estas cosas: así 461 cosa mueble, 462 cosas inmuebles, 464 cosas muebles, 465 animales. Es, pues, el único artículo de los que siguen al art. 460 que precisamente no distingue.»

Además: «El artículo dice no obligan ni perjudican al *dueño*. No habla, pues, del *poseedor* en concepto de dueño. GARCÍA VALDECASAS dice: léase el poseedor mediato.

»Ahora bien, una cosa es querer extender el precepto al poseedor mediato y otra distinta es decir que el artículo no se refiere al dueño. Precisamente en el Derecho común se disputó mucho sobre el caso y lo que siempre quedó claro es que al *dueño* no le perjudicaban. De modo que la utilización de la expresión dueño



y cosa ajena (este adjetivo sustituyendo a la expresión del Proyecto de 1882 "perteneciendo al *dominio* a otra persona") pueden haberse empleado con toda intención. Otra cosa es que se quiera extender también al poseedor mediato en conexión con el artículo 460, 4. Pero no parece viable admitir que no le perjudiquen en la posesión y sí en el dominio, sobre todo, además, cuando los efectos perjudiciales al dueño en el ámbito de la propiedad deben apoyarse en la posesión de otro sujeto (usucapión o la pretendida adquisición *a non domino* ex art. 464, 1, que se basa en la adquisición de la posesión), y sobre todo porque, insisto, el artículo habla de *dueño* y de cosa *ajena*.

»Lo que realmente resulta dudoso, y más respecto de bienes muebles, es que en caso de entrega a un tercero realizada por el mediador posesorio, no se pierda la posesión.

»Ello está en contra de lo resuelto por las Partidas tanto para muebles como para inmuebles, la glosa de GREGORIO LÓPEZ y la opinión dominante entre nuestros autores clásicos: así RAMOS DEL MANZANO Y FERNÁNDEZ DE RETES.

»Ahora bien, si se aplica al caso de la tradición realizada por el mediador posesorio también la doctrina del 460, 4, de la que el 463 sería un concreción, surge la dificultad de la legitimación pasiva en el interdicto de recobrar. Como es sabido, GARCÍA VALDECASAS la extiende también al poseedor de buena fe. Pero conforme a la interpretación del 464, 1 en el sentido de que el tercero adquiere la propiedad *a non domino* en el caso de las cosas enajenadas por el mediador, resultaría que habría adquirido la propiedad, pero estaría sujeto al interdicto, a pesar de haber adquirido la propiedad en base a la posesión. Para resolver el problema de la legitimación pasiva en el interdicto, entonces se acude también al 464, 1, decidiendo que en aquellos casos en que el despojo no constituye una privación ilegal, en el sentido del art. 464, el tercero queda protegido.»

CÁMARA (págs. 105 y ss., y nota 156) trata de desvirtuar la puesta en colación, por MIQUEL, del art. 463: «Parece desprenderse —dice— del tenor literal del precepto que el mismo se refiere a los actos que el poseedor, en concepto distinto del de dueño, *realice con tal carácter*, aunque sin facultades suficientes. Por ejemplo, un comodatario o un arrendatario, sin pretender hacerse pasar por propietarios, ceden el uso de la cosa a otra persona. El propietario no vendrá afectado por tal comportamiento (que afecta a la posesión) a no ser que lo haya autorizado expresamente o lo ratifique.»

A mi juicio esa restricción con que CÁMARA trata de interpretar la expresión «actos relativos a la posesión» del art. 463, no puede dejar de incluir la inversión del concepto posesorio ni la entrega de la tenencia, que son evidentemente actos relativos a la posesión sin que el art. 463 ofrezca la menor base para su exclusión. La inversión afecta a la posesión civil y la entrega a la tenencia, pero ni

una ni otra afectan a los derechos dominicales del propietario, según el texto del art. 463.

Prosigue CÁMARA que, «contrariamente, en el caso del artículo 464 es necesario que el mediador posesorio se *haga pasar* por dueño (de lo contrario la mala fe del adquirente sería indudable y cabría, por supuesto, la reivindicación), para lo cual se precisa que haya invertido su concepto posesorio. Mas esta inversión no priva al dueño de la posesión, en vista de lo dispuesto por el artículo 460, 4 (no afecta, pues, a su posesión civil que es lo que importa, pues la posesión, material ya la perdió al haber entregado la cosa voluntariamente al mediador posesorio), con lo cual y dentro de mi línea argumental, el artículo 463 al concordar con el 460, 4, en vez de contradecir mi tesis la confirma.»

Pero aquí vuelve a su reiterada petición de principio de dar por probado en el art. 464, 1, lo que no sólo está cuestionado, sino como hemos visto, no resulta de su texto ni de su contexto.

Aparte de ello, nada significa la afirmación de CÁMARA de que la inversión no priva al dueño de la posesión, pues lo que dice el art. 463 es que los actos relativos a la posesión —y la inversión del concepto posesorio y la entrega de la tenencia se refieren a ella— no afectan al dueño, es decir, en cuanto tal, y, sin duda, en cuanto tal, le afectaría la adquisición *a non domino* del tercero.

Todavía nos queda algo más que comentar del párrafo de CÁMARA que acabamos de transcribir, en cuanto dice que «es necesario que el mediador posesorio se *haga pasar* [el subrayado es suyo] por dueño», «para lo cual se precisa que haya invertido su concepto posesorio», y que «la inversión no priva al dueño de la posesión, en vista de lo dispuesto por el artículo 460, 4».

La primera observación que hemos de hacer a Cámara es que, siendo así, el mediador posesorio no puede transmitir la posesión en concepto de dueño, puesto que ésta no le corresponde, a pesar de su inversión, mientras el poseedor que la sufra no la consienta o transcurra el año previsto en el artículo 460, 4, a contar del acto obstativo indubitable que no deje duda de su actitud frente al poseedor en concepto de dueño al que, con la inversión, pretende sustituirle en dicho concepto. Entre tanto la posesión en concepto de dueño, equivalente al título, es la del poseedor originario que entregó la tenencia, y no, por lo tanto, del tercero que, de buena fe, creyó recibir del mediador una posesión en concepto de dueño.

En segundo lugar, la inversión del concepto posesorio debe probarla quien la alega (art. 436), deberá ser realizada públicamente con conocimiento del poseedor del dominio (art. 444), a quien debe patentizársela de modo inequívoco (SS. 15 octubre 1880 y 13 noviembre 1944) y ha de transcurrir un año sin la debida reacción interdictal de éste (art. 460, 4.º).

Como dice HERNÁNDEZ GIL (*La posesión*, págs. 345 y ss.) la contradicción «ha de ser recepticia», de modo que aquél contra «quien se dirige la voluntad y conducta de contradicción ha de

tener una completa noticia de los hechos», y ese conocimiento ha de ser «completo e inequívoco», pues: «Sólo así su aquietamiento tendrá un significado superior a la indiferencia para crear una verdadera contradicción... «Pese a la oposición cabe, no obstante, que el poseedor en concepto de tenedor llegue a adquirir la posesión en concepto de dueño, con la pérdida subsiguiente, pero por la vía del artículo 460, 1». Y si no la tiene no la podrá transmitir añadido yo, hasta que la tenga, es decir hasta un año después de que haya llegado inequívocamente al poseedor en concepto posesorio.

En la S. de 12 de diciembre de 1966—que, ¡cómo no!, recoge y expone Miquel (págs. 321 y ss.)—, en la que la hija y heredera de Cambó reivindicó un retrato de su padre, pintado por Zuloaga, a los herederos de éste, el Tribunal Supremo consideró que aquéllos no habían logrado la inversión; pues, para ello, habrían hecho falta «actos auténticos públicos y solemnes, a los cuales prestara aquiescencia su verdadero dueño» (faltando por añadir, «o que éste dejara transcurrir desde aquellos actos el plazo previsto en el art. 460, número 4.º»).

Además, como HERNÁNDEZ GIL (pág. 343) dice, la prueba de la inversión «recae sobre quien aduzca el cambio, ya sea el poseedor, un heredero o causahabiente o un tercero».

Temo que CÁMARA no se ha percatado suficientemente de lo que todo esto significa en contra de su tesis. Lo decimos después de releer lo que él escribe en el partado III, A, b, (págs. 174 y ss.), en especial en la nota 290. A su juicio, para los efectos de la adquisición *a non domino* por el tercero de buena fe, basta que el *tradens* tenga la «posesión fáctica en concepto de dueño». Dota así de entidad jurídica a esa figura, por él nominada, para lo cual ha de calificar de erróneas y equivocadas a las SS. de 13 de marzo de 1962 y 22 de junio de 1966, y ha de olvidarse de que la *equivalencia a título* sólo puede corresponder a la *posesión civil en concepto de dueño*; no a una posesión material o fáctica que se pretenda en tal concepto sin reunir los requisitos necesarios para que la inversión posesoria se haya consumado.

En suma, la interpretación germanista del art. 464, 1, no encaja en el contexto de los artículos contenidos en su mismo título *De la posesión*; y cuantas más vueltas se le den más patentes aparecen las dificultades de todos los intentos de encajarla.

## VII. LA PRETENDIDA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 464

Se han invocado a favor de la interpretación de que el artículo 464, 1, introdujo entre nosotros la adquisición *a non domino* en materia mobiliaria, y como argumento sistemático, los artículos 976, 1.160, 2.º, 1.295, 2.º, 1.473, 1.º, 1.540, 1.765, 1.778 y 1.897.

No vamos a reproducir aquí las largas discusiones que acerca de cada una de estas normas se han sostenido al respecto Remito al lector a lo que escribió HERNÁNDEZ GIL, en *De nuevo sobre*

el artículo 464... (en R. D. P. XXIX, págs. 452 *in fine* y s.s.); a mi negativa total, en *La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464...* (en A. D. C. IX-II, abril-junio 1956, cfr. páginas 380 a 382, o en *Estudios sobre derecho de cosas*, cfr. págs. 438 a 441); a la dúplica de HERNÁNDEZ GIL, en su nuevo libro que tengo sobre la mesa (cfr. págs. 594 a 609); así como a lo que han opinado J. M. MIQUEL en su libro (cfr. págs. 403 a 442) y DE LA CÁMARA en su último trabajo (cfr. págs. 38 a 51). Nada más útil que una relectura comparativa y meditada.

Circunscribiré aquí mis comentarios a algunas muy breves observaciones.

DE LA CÁMARA (pág. 39) expone su opinión de que «los artículos que han sido citados no son decisivos y sólo algunos, y tampoco de forma incontrovertible, ayudan a desentrañar el verdadero sentido del artículo 464», e indica que se trata de «apoyaturas» «tal vez en alguna medida perturbadoras». A su juicio: «el artículo 1.160, en vez de fortificar la versión germanista del artículo 464, más bien la contradice» (pág. 42); del art. 1.473, 1.º, dado que el Código «sigue la añeja teoría del título y el modo es factible explicar en otra forma la solución» (pág. 47); «los artículos 1775 y 1778 constituyen un indicio favorable a la irreivindicabilidad de los bienes muebles, pero no son, en modo alguno decisivos» (pág. 49), y juzga «igualmente innecesario —y posiblemente improcedente— buscar en el último párrafo del artículo 1.897 una prueba más de que los bienes muebles, cuya posesión se ha adquirido de buena fe, no son reivindicables» (pág. 50).

Del art. 976, que, a su juicio, «es, quizá, uno de los más significativos», dice que yo intenté minimizar su trascendencia, aduciendo que «concede al reservista la facultad de disponer de los bienes muebles a pesar de la reserva (sin perjuicio de la obligación de satisfacer su valor a los reservatorios en su caso), lo que aleja toda semejanza de su supuesto con respecto al del artículo 464». CÁMARA replica: «Por mi parte entiendo que esta alegación constituye tal vez una manera demasiado fácil de desembarazarse de un precepto que resulta incómodo». Y explica: «Para empezar, el artículo 976 no otorga al reservista facultad alguna. Ni dice tal cosa el texto legal ni es necesario que lo diga, pues la reserva no entraña una prohibición de disponer impuesta al obligado a reservar. Acontece, solamente, que la eficacia de la enajenación depende de que al morir el reservista existan o no reservatarios. A pesar de ello, el artículo 976 declara que las enajenaciones subsisten en todo caso (aunque con poca precisión técnica hable de validez) cuando se trata de bienes muebles, equiparando, en este sentido, las enajenaciones hechas antes de surgir la obligación de reservar (eficaces siempre aunque su objeto sea un bien inmueble) a las que se realicen después» (págs. 40 y s.).

Pero, ¿qué constituye «una manera demasiado fácil», si no de «desembarazarse de un precepto que resulta incómodo», si de

darle además la vuelta, proclamando dogmáticamente su significado?

El art. 976 declara que las enajenaciones de bienes muebles son «válidas» (aunque la palabra no le guste a CÁMARA) y no sólo *subsistentes* (como a él le agradaría) las adquisiciones. Y, como declara válidas las *enajenaciones* de bienes muebles, tanto las hechas antes de nacer la obligación de reserva como las efectuadas después de nacida, por ello no es preciso que declare las *adquisiciones* derivadas del reservista subsistentes o convalidadas. La enajenación fue sencillamente «válida». Es más, son igualmente válidas las enajenaciones efectuadas a título gratuito, como muestra el art. 978, n.º 3.º. Lo cual excede y, por ello, escapa a la interpretación que CÁMARA atribuye al art. 464, 1, y deja en el aire esta afirmación (nota 53, pág. 42) suya: «Tampoco se explica, si no es relacionando de alguna manera el artículo 976 con el artículo 464, el distinto tratamiento que se dispensa, en este punto, a los bienes reservables, según sean muebles o inmuebles».

El propio HERNÁNDEZ GIL, en el tomo II de sus *Dictámenes* (pág. 358), reconoce que la enajenación de bienes muebles reservables, en razón de lo dispuesto en el art. 976, «se mantiene también aun cuando los terceros no sean de buena fe, o sea, más allá de la órbita del artículo 464; y ello porque el artículo 976 contiene el verdadero reconocimiento de una facultad de enajenar. En rigor, nunca puede darse un tercero de mala fe, porque, aunque conozca que los bienes están reservados, existe una permisión legal expresa que autoriza la enajenación».

Hace años (*La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del Código civil* II, § 3.º, 20, en A. D. C. XII-III, julio-septiembre 1959, págs. 761 y s.), llamé la atención acerca de esa facultad que tiene el reservista de disponer de los bienes muebles, no sólo a título oneroso, sino *también gratuitamente*; y de que «la facultad de disponer libremente de los bienes muebles (sin perjuicio de dar lugar al morir el bínubo a la devolución de su precio a los descendientes comunes) ya correspondía al reservista en Derecho romano (Código V-IX, 6, § 1.º vers. *Mobilium vero rerum*) desde la creación de las reservas, es decir, muchísimo antes de ser conocido el principio *Hand wahre Hand*».

Y, después del análisis de los textos referentes a la reserva vidual (*ibid.* II, § 2.º, 8, en A. D. C. XI-III, julio-septiembre 1958, pág. 698), deduje que, «después de contraídas nuevas nupcias, el bínubo o bínuba continúa siendo dueño de los bienes reservables, que puede válidamente enajenar: si son muebles, con plena y absoluta eficacia...». No puede haber, pues, enajenación *a non domino*. Ni siquiera irretroactividad en el juego de una resolución (que, sin embargo, no sería lo mismo, como luego veremos, que la irreivindicabilidad).

Siguiendo esta opinión, ya sentada antes por JORDANO y seguida por LADARIA y por CARLOS MELÓN, explica J. M. MIQUEL: «Lo que»

resulta del precepto es evidentemente una diferente consideración de los bienes muebles, pero no cabe duda de que respecto de estos bienes el reservista está autorizado para enajenar, no habiendo lugar a ninguna adquisición *a non domino*. El reservista no tiene, respecto de estos bienes, limitada su facultad dispositiva, ni siquiera en el de una prohibición de alcance meramente obligacional, pues aunque el artículo 976 hable de la «obligación de indemnizar», del art. 978 resulta que sólo está obligado a devolver el precio recibido o, en caso de enajenación a título gratuito, el valor de los bienes al tiempo de efectuarla».

He dejado el último lugar para la referencia que DE LA CÁMARA dedica a los arts. 1.295, 2.º y 1.540. Al final del examen que les hace, concluye que si no se admite que la rescisión sólo es posible cuando no haya otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, «resulta difícil... justificar la índole simplemente personal de las acciones rescisorias o resolutorias y, por ende, deja de estar clara la desconexión (que admito) entre los artículos 1.295, 2.º y 1.540 con el 464». Es decir, que, en definitiva, admite tal desconexión: y simplemente, tan solo objeta «que dista mucho de ser clara y que no se puede dar, sin más ni más, por supuesta» la naturaleza personal de las acciones rescisorias de los arts. 1.295, 2 y 1.540.

JOSÉ MARÍA MIQUEL va rechazando el apoyo sistemático invocado por HERNÁNDEZ GIL a la interpretación «germanista» del art. 464.

En el art. 976, como hemos visto, la transmisión la efectúa el dueño, con facultad de disponer, a título tanto oneroso como gratuito, de los bienes muebles.

En el 1295, 2.º, el tercero también ha adquirido *a domino*; simplemente la acción rescisoria, conforme al art. 1.124, no se da contra terceros de buena fe, «sin distinción de bienes muebles e inmuebles» (pág. 405).

En el 1.540, también «el tercero adquirió *a domino* y sólo podrá verse afectado por la aplicación rigurosa del principio *resoluto iure dantis, resolvitur et accipientis*, que precisamente el art. 1.124 excluye para el caso de incumplimiento en favor de terceros de buena fe. Tal como ya se había sostenido en el Derecho común, según refirió Fabro al propio caso de la permuta (pág. 406).

El art. 1.160, 2.º, es cierto que protege al acreedor de buena fe, «pero no en el sentido de atribuirle la propiedad por la adquisición de buena fe de la posesión de cosas ajenas, sino en el sentido de liberarle de la devolución del equivalente por haber consumido o gastado de buena fe dichas cosas ajenas» (págs. 406 y ss.).

En el 1.473, 1, «no resulta de ningún modo una adquisición *a non domino*, sino más bien se impide una adquisición *a domino* al comprador que conozca la venta anterior» (págs. 412 y s.).

Del art. 1.765, se ocupa MIQUEL con especial detenimiento y documentación (págs. 413 a 422). Le señala los antecedentes romanos de la Instituta, tít. 21, Lib. I, y del Digesto 16. 1, 15; 13; 6, 1, 2, y 16, 6, 2, así como la doctrina de POTHIER, que recogió el Código

francés en sus arts. 1.925 y 1.926, y de éstos pasó a los 1.667 y 1.668 de nuestro Proyecto de 1851. A juicio de Miquel, «se ve claro que la expresión [de nuestro art. 1.765]: "Si la cosa está todavía en su poder, la puede reivindicar", que utiliza en el caso de depositario incapaz, no puede ser entendida como excluyente de la acción reivindicatoria frente a terceros. Más bien hay que pensar que se excluye la acción del depositario por la estimación del valor de la cosa (reivindicatoria contra el que dejó de poseer con dolo) a causa de su incapacidad, y se reduce a lo que se enriqueció de acuerdo con la misma consideración. Solución a la que se llega por la aplicación de los principios del Derecho romano antes expuestos» (páginas 417 y s.).

Del art. 1.778, también señala (págs. 422 a 427) su correspondencia con los textos del Digesto 16, 3, 1, 47; 16, 3, 2; 16, 3, 1, 39; de las Instituciones de Gayo II, 50; de las de Justiniano, II, 6, 3 y 4, y del Código 4, 34, 8; y, además, con la interpretación de POTHIER. En opinión de MIQUEL: «En cuanto al propietario no está dicho en el artículo 1.778 que carezca de acción [contra el tercero]. Pero si es propietario y hace uso del derecho que le otorga este artículo no podrá dirigirse contra el tercero, y viceversa si se dirige contra el tercero y obtiene la cosa, no podrá acudir a exigir nada al heredero del depositario que no se habrá enriquecido entonces en perjuicio del depositante. Si el tercero adquirió o no la propiedad no es, pues, una cuestión que decida el artículo 1.773. No cabe excluir que la haya adquirido por un modo admitido por nuestro Derecho, sea usucapión, sea accesión. No hay que suponer que el depositante sea siempre propietario, ni tampoco que siéndolo le interese reivindicar del tercero, ni siquiera pueda (destrucción de la cosa o ignorarse su paradero)» (pág. 425).

Finalmente, del art. 1.897 *in fine*, al que dedica bastante extensión (págs. 427 a 438), MIQUEL, siguiendo a LACRUZ, advierte que el artículo alcanza a toda clase de bienes; «y aún se refiere preferentemente a los inmuebles», según se deduce de su texto, «mejoras y acciones» (pág. 432). «Si se acude a la doctrina romana de la *condictio indebiti*, resultará que el pago de lo indebido ha transmitido la propiedad y no hay cuestión de adquisición *a non domino* por parte del tercero» (pág. 433). Si se partió «de la base de que el pago indebido no transmitió la propiedad», observa que para resolver el problema es de ver que «habría tres sujetos que han sufrido sendos errores. El *solvens* al creerse deudor de lo pagado, el *accipiens*, acreedor, y a consecuencia de la tradición propietario, y el tercero, al considerar al *accipiens* como tal propietario. En rigor el 1.897 no habla del tercero, pero sólo si es de buena fe cabe plantearse el problema...». En el art. 1.899: «Las consecuencias del error de ambos *solvens* y *accipiens*, se imputan sólo al primero. Parece, pues, que resulta fundado pensar que le correspondan también al *solvens* en el caso de enajenación de la cosa por parte del *accipiens* de buena fe a un tercero, también de buena fe, y, por tanto, no

pueda reivindicarla» (pág. 437). Por todo lo cual, concluye que, en el art. 1897, «puede verse un supuesto de adquisición *a non domino* para el que es decisivo el que el *solvens* haya dado ocasión al *accipiens* para creerse propietario. El criterio del artículo 1.899 puede servir para mostrar la valoración de la actuación del *solvens* que tiene por consecuencia imputarle los efectos desfavorables que para otro se seguirían» (pág. 438).

Es decir, se trataría de una adquisición *a non domino* que se referiría tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles, y que dependería no sólo de la buena fe del tercero sino también de la del *accipiens*.

HERNÁNDEZ GIL (pág. 601), ante mi anterior crítica de su integración sistemática del art. 464, 1, advierte: «... no pretendemos establecer una coincidencia normativa ni que el artículo 464 actúe a través de todos ellos, sino tan sólo señalar cierta similitud en orden a los criterios informadores y a los fines perseguidos, de suerte que no resulte insólito o aislado el régimen de la posesión de buena fe desenvuelto por el artículo 464». De ser así, al no resultar —como hemos visto de la interpretación del art. 464, 1— que éste establezca adquisición *a non domino* alguna, dichos artículos nada ayudarían a su integración sistemática, aunque tuvieran el sentido que él les atribuye.

Por otra parte, con una perspectiva general, el argumento sistemático resulta aún más desvalorizado. Así lo muestra MIQUEL (páginas 439 y ss.), al indicar que, en los casos examinados, «nuestro Código no deja sin protección a los terceros de buena fe o incluso *inter partes* al acreedor que haya gastado o consumido de buena fe, al heredero del depositario que haya enajenado de buena fe o al mandatario en el caso del 1.738. Los casos de protección al tercero pueden ser los de los artículos 1.124, 4.º, 1.295, 2, 1.540, 1.724, 1.738, 1.897, y en cierto sentido el 1.473, 1.º. Pero en ellos no se descubre una limitación a los bienes muebles. De otra parte ninguno de estos preceptos se remite al artículo 464. Lo que en el caso del 1.124, 4.º es particularmente indicador: esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. La protección, pues, en este caso se dispensa a través del 1.295 y no del 464. En algunos artículos se exceptúan los efectos frente a terceros conforme a la Ley Hipotecaria, pero nada se dice del art. 464. Así en los artículos 647 y 1.510.»

Y prosigue:

«Ahora bien, aquí lo que interesa es destacar que el legislador no ha tenido en cuenta para nada al art. 464 respecto de estos problemas.

»Respecto de los casos de anulabilidad, se observa que el Código no dispone nada en cuanto a terceros a diferencia de lo que sucede en el caso de rescisión y en el de resolución por incumplimiento. Los supuestos de anulabilidad en realidad son diversos y la regula-



ción del efecto restitutorio se extiende a los casos de nulidad. Ahora bien, parece que no deben valorarse del mismo modo los diferentes supuestos de anulabilidad, por lo que se refiere a los efectos frente a terceros. En mi opinión, como ya ha quedado expresado en otro lugar, no es beneficioso tratar de resolver estos casos respecto de muebles con un criterio único procedente de la teoría de la posesión. Habrá que atender a las particularidades que cada uno presenta. La inclusión de todos ellos en una categoría unitaria implica que se deja en todos ellos al arbitrio del protegido el ejercicio de la acción, pero no significa que todos ellos deban producir los mismos efectos frente a terceros cuando el Código precisamente no ha dicho nada sobre estos efectos. Precisamente ello puede dar margen para matizar según los casos. Así en caso de dolo parece que podría negarse el efecto frente a tercero de buena fe. Hay, en efecto, que tener en cuenta que el dolo empleado por un tercero no lleva consigo la anulabilidad del contrato, mientras que la violencia o la intimidación, procedan de quien procedan, anulan el contrato. Esto significa que el legislador atiende especialmente a la conducta de la parte que ha utilizado el dolo, pero no tanto a que la voluntad del que lo sufrió se haya formado viciosamente, pues esto también sucede cuando el dolo lo empleó un tercero...».

Concretando algo más, aún añade:

«El problema en el caso de error se resolvería a través de la exigencia de la reconocibilidad del error. Pero no es claro que tal requisito se pueda estimar, en nuestro Derecho, necesario para la impugnación del negocio, aunque pueden existir vías en nuestro Ordenamiento para llegar a soluciones semejantes a los que llega la doctrina italiana a través de esa exigencia.

»En los casos de incapacidad parece bastante claro que también hay que diferenciar los diversos supuestos, y no se puede dar un criterio general válido para todos los casos. Jugarán aquí los distintos tipos de incapacidad y la determinación que por la sentencia de incapacitación se haya hecho de los actos que pueden realizar pródigos y sordomudos.

»Tratar de resolver toda la variedad del supuesto mediante una interpretación de privación ilegal parece desenfocado, pues, con ello no se percibe más que algún aspecto de la cuestión, pero quizá no el decisivo.

»La diversidad de soluciones no es arbitraria, pues, si bien es cierto que en todos los casos la buena fe del tercero es la misma y por ello desde el punto de vista del tercero todos los casos deberían resolverse del mismo modo, no obstante, creo que no basta atender al tercero porque no es el único interesado, y hay que ver el problema también desde el punto de vista del que tiene la acción y desde esta perspectiva las diferencias son notables y los criterios del legislador parece que también.»

Por lo demás, la suma de soluciones parciales, discriminadas según cada supuesto concreto y atendidas las circunstancias espe-

cíficas, no pueden justificar una solución general con una *ratio* valorativa que exceda o simplemente sea distinta de las utilizadas para resolver cada una de aquéllas. Creo que esto ha sido olvidado al invocar —*grosso modo*— la interpretación integradora del artículo 464, 1, que hemos referido.

VIII. EL ARTÍCULO 464, 1, Y LAS LEYES SOBRE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN Y SOBRE VENTAS A PLAZOS.

MANUEL DE LA CÁMARA dedica el epígrafe E de su estudio (páginas 109 a 143) al desarrollo legislativo, posterior al Código civil, que haya podido incidir en el art. 464, 1. Al concluir dice: «Creo haber demostrado que las leyes sustantivas posteriores al Código que han tenido que abordar el problema de la eficacia legitimadora de la posesión —lo que, en último término, exigía tomar como punto de partida lo dispuesto por el artículo 464— han resuelto la cuestión reconociéndosela. El legislador ha expresado, pues, implícita pero claramente, su convicción de que aquel precepto fundamental responde al mismo criterio».

Antes de entrar en el análisis concreto de los argumentos de nuestro amigo, debo hacer una advertencia, que creo fundamental. Al terminar mi estudio del año 1956, concluía que el Código civil «no ha importado la regla *meubles n'ont pas de suite*» (entiéndese en su sentido moderno, según queda advertido antes en la nota 2); pero si «importó [sin desconocer sus precedentes romanos y de Derecho común, por lo cual la expresión más correcta, más que *importó*, sería *consagró*] la regla *meubles n'ont pas de suite par hypothèque* (art. 1.869, § 2, *a contrario*, y art. 1.922, núm. 2, de *minor ad maius*). Su eficacia frente a los terceros de mala fe es sólo consecuencia negativa de esa mala fe (art. 1.473, 1, y 1.124, 1.295, § 2.º de *minor ad maioris*)».

Hay una diferencia de grado muy grande entre ambas reglas, y el paso a la segunda no implica el haberlo dado a la primera. Así lo hemos advertido antes, en el epígrafe III de este comentario. Allí hemos visto que DE LA CÁMARA las confundió al ocuparse del Proyecto de 1851 y de las glosas de GARCÍA GOYENA a los arts. 1.043, 1.178 y 1.926 de dicho Proyecto.

El *quid* de las leyes de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, y de 17 de junio de 1965, sobre ventas a plazo, es muy fundamentalmente el de su incidencia en la regla de que los muebles no son objeto de persecución por hipoteca, es decir, por gravámenes no acompañados de entrega de la cosa al acreedor o de su retención por éste.

A) Respecto a la Ley de 16 de diciembre de 1954 es preciso distinguir:

Para la *hipoteca mobiliaria*, admite, en caso de ejecutarse ésta,

la persecución de los muebles hipotecados, pero es debido a su perfecta identificabilidad registral que los hace susceptibles de ser objeto de verdadera hipoteca.

En cambio, para la *prenda sin desplazamiento de posesión*, aunque la Ley no es suficientemente explícita, a diferencia de su anteproyecto de cuya Comisión redactora formé parte—creo—como expuse hace años, al comentarla—que no se da persecución por razón de su ejecución, a pesar de la inscripción de la prenda en el Registro, evidentemente insuficiente para una adecuada publicidad, debida a que los bienes objeto de ella no son susceptibles de identificación registral.

DE LA CÁMARA (págs. 124 y s.) dice que esa solución sólo se explica «porque el legislador ha estimado que la publicidad registral debe ceder ante la publicidad posesoria, lo que equivale a reconocer la función legitimadora de la posesión».

No es exactamente así. Ocurre que la ineficacia frente a terceros de gravámenes y privilegios mobiliarios se debe, no *positivamente* a la legitimación de la posesión del transferente o del adquirente, sino *negativamente* a la falta de visibilidad de los gravámenes y privilegios mobiliarios en bienes no susceptibles de publicidad registral. Es por ello que carecen de reipersecutoriedad en cuanto los bienes salen de manos del acreedor, del deudor, del tercero al que se encomendó su custodia o, en su caso, de su *status loci*.

Esa falta de reipersecutoriedad de gravámenes y privilegios mobiliarios no es nada nuevo. La vemos en el art. 1.922, 1.º y 2.º y respecto a la salida del *status loci* en el núm. 6 del mismo artículo y, limitadamente, en el párrafo 2 de su núm. 7.º.

Las repetidas referencias que el Discurso ministerial en la presentación de la Ley y de la Exposición de motivos de ésta hacen al principio del párrafo 1.º del art. 464, «fundamental en el comercio jurídico de bienes muebles», no pueden tomarse, salvo petición de principio, en sentido favorable a su interpretación germanista. Sencillamente, significa que el hecho de que la posesión equivalga a la justificación del título —sin perjuicio de que sean reivindicables en casos de pérdida o privación ilegal en su pleno significado— es incompatible con la identificación jurídica de su titularidad por medios registrales, que requiere la cualidad de la perfecta identificabilidad por ese medio de los bienes muebles de que se trate.

B) La ley de 17 de junio de 1965 sobre ventas a plazo, incide respecto de nuestro tema en dos cuestiones fundamentales:

a) Si es posible la reserva de dominio una vez concertado el contrato de compraventa seguido de la tradición de la cosa.

b) Si, en el caso de no ser posible. Y de que esta denominada "reserva" equivalga al establecimiento de una condición resolutoria expresa, el cumplimiento de esta condición puede o no afectar a terceros adquirentes de los bienes muebles.

En cuanto a la primera cuestión, siempre he entendido que la denominada reserva de dominio (a pesar del contrato y la tradi-

ción) de bienes muebles no era posible, y que se reconvertía en una condición resolutoria sin eficacia frente a terceros de buena fe, con lo cual el crédito así garantizado no pasaba de ser un crédito privilegiado por razón de su origen. En su resultado, esta tesis coincide con la sostenida por BALDO DEL CASTAÑO y RODRIGO BERCOVITZ. En cambio, siguiendo a Díez PICAZO, le parece evidente a CÁMARA (págs. 127 y s.) que «la conversión de la reserva de dominio en un derecho real de garantía no coincide con la intención de los contratantes, y concretamente no se corresponde con el tipo de seguridad que busca el vendedor». Pero es cuestión previa, a ésta, la de si la autonomía de la voluntad de los contratantes puede imponerse para desnaturalizar la fuerza traslativa del contrato seguido de la tradición (art. 609 C. c.), y para crear garantías mobiliarias clandestinas, o sea, en una forma contraria al criterio resultante del ordenamiento jurídico que propugna la ineficacia respecto de terceros de cualquier garantía mobiliaria no apoyada en la posesión o en un específico *status loci*; es decir, en contra del principio *meubles non pas de suite par hypothèque*, que incluye las condiciones resolutorias pactadas en funciones de garantía.

El mismo CÁMARA (págs. 128 y ss.) reconoce la falta de sentido de admitir, en el supuesto cuestionado, que el comprador posea a título de depositario, no sólo por lo dispuesto en el art. 609, sino porque la figura del depósito es incompatible con la facultad de usar la cosa, que no se le niega al comprador, que posee en concepto de dueño desde el mismo momento de la entrega.

Respecto de la segunda cuestión, es decir, la de la eficacia frente a tercero del ejercicio de la resolución o la ejecución por impago del precio aplazado, hemos visto que la posición del artículo 1.043 del Proyecto de 1851 era contraria a dicha eficacia, justificándolo GARCÍA GOYENA porque respecto de los bienes muebles «no tiene el tercer adquirente el recurso de consultar el registro público para su seguridad».

Sin embargo, J. M. MIQUEL (págs. 343 y s.) explica que «el problema de la eficacia de la reserva de dominio frente a un tercer adquirente, en la jurisprudencia civil del TS, se presenta raramente y sólo se cita la sentencia de 1 de diciembre de 1909, si bien, pueden citarse otras de Audiencias Territoriales, como hace R. BERCOVITZ. En estos casos se trata de la tercería del tercer adquirente frente a la ejecución que lleva a cabo el vendedor. Las reivindicaciones del vendedor frente al tercer adquirente no se presentan ante los Tribunales. Ello tiene su explicación en que el conflicto planteado de ese modo obtiene normalmente solución en las decisiones de la jurisprudencia penal. La jurisprudencia ha sido favorable a la eficacia del pacto de reserva de dominio frente a los acreedores del comprador, con la excepción de la sentencia de 13 de diciembre de 1911.»

La cuestión ha variado después de entrar en vigor la Ley de 17

de junio de 1965. Prescindimos de entrar a discutir la naturaleza de la reserva de dominio, que esta Ley regula para las ventas a plazo a ella sujetas, y nos abstenemos de adentrarnos en emitir juicio respecto el criterio de la Ley que apoya sus efectos en un registro de ventas a plazo de bienes sin perfecta identificación registral. Mas, sea la que fuere la correcta solución de aquella cuestión y el juicio merecido por la solución de la ley, parece claro que deben distinguirse, como hace CÁMARA (págs. 138 y ss.), las compraventas que se rigen por lo dispuesto en dicha ley y las que están fuera de su reglamentación. Y, entre éstas, deben subdistinguirse las que no se han acogido a sus disposiciones a pesar de encontrarse comprendidas en su ámbito de aplicación y las otras a las que dicha ley no es objetivamente aplicable.

Parece que la inscripción de las ventas a plazos en el Registro, creado por la ley de 17 de julio de 1965, tiene carácter constitutivo en cuanto a la producción de efectos reales, sin perjuicio de que pueda oponerse a terceros de mala fe. En consecuencia, en las ventas a plazo con reserva de dominio una vez inscritas afectarán a terceros; e, inversamente, las sometidas a la ley pero no inscritas no podrán afectar a los adquirentes del comprador que sean de buena fe.

En cuanto a las ventas no sometidas a la Ley, los comentaristas de ésta se han mostrado partidarios de la ineficacia respecto de tercero del pacto de reserva de dominio. Esta es la opinión de BALDO DEL CASTAÑO y de CÁMARA, basándose en la interpretación germanista del art. 464, y la de R. BERCOVITZ y la mía de siempre, por considerar que este pacto por sí solo carece de efectos reales.

Según J. M. MIQUEL (págs. 343 y s.) recoge de BERCOVITZ, la posición de la jurisprudencia después de la Ley de 1965 ha variado: «Así se rechaza la eficacia de la reserva de dominio si no está inscrita, como establece el art. 23 de la citada Ley (Sentencias de 30 de octubre de 1973, 19 de abril de 1975, así como otras de Audiencias Territoriales citadas por BERCOVITZ) y se admite su eficacia si el pacto está inscrito (S. de 26 de enero de 1976). Respecto de la eficacia frente a un tercer adquirente, se pueden citar las de las Audiencias Territoriales de Madrid de 11 de julio de 1970 y 18 de junio de 1970, de Sevilla de 10 abril de 1970, y de Valladolid de 7 de febrero de 1973. Sentencias estas últimas, que tratan de la tercería de dominio del tercer adquirente frente a la ejecución instada por el vendedor, tercería que no pudo prosperar gracias a la inscripción de la reserva de dominio. En ellas se recoge además la frase del preámbulo de la Orden de 8 de julio de 1966 según la que el pacto de reserva de dominio inscrito es oponible a tercero por imperativo del art. 23 de la Ley, a pesar de la protección de lart. 464 del Código civil. Ahora bien, estas sentencias de las Audiencias citadas, deciden que el pacto inscrito es eficaz frente al tercer adquirente, pero no que en caso de no estar inscrito la ineficacia derive del artículo 464.

»Respecto a ventas realizadas al margen de la Ley de 1965, pero que están comprendidas en su ámbito de aplicación, la S. de 17 de mayo de 1974 admite la tercería de dominio del vendedor, constando la reserva de dominio en documento privado con fecha cierta.

»En cuanto a las ventas no comprendidas en el ámbito de la Ley, BERCOVITZ cita varias sentencias de Audiencias Territoriales que mantuvieron el criterio de que la reserva de dominio era oponible a los acreedores del comprador, si consta en documento de fecha cierta.

»En la jurisprudencia penal, antes y después de la Ley de 1965, son numerosas las sentencias que condenan por apropiación indebida al comprador, que enajenó a un tercero en contra del pacto de reserva de dominio, antes y después de la Ley de 1965, y le califican de depositario. Además son los Tribunales penales los que deciden sobre la restitución al vendedor. En muchas ocasiones no se ordena la restitución por diversas razones. Como puede ser por no haberse hallado la cosa. Pero en otras, a pesar de encontrarse la cosa en poder de un tercero adquirente de buena fe, puede observarse que la Audiencia ordenó la restitución: así, en las sentencias de 24 de junio de 1958 y 15 de abril de 1961, entre las anteriores a la Ley, y entre las posteriores pueden verse las de 22 de enero de 1970 y 29 de octubre de 1970; en la Sentencia de 21 de junio de 1969 puede observarse que el fallo de la recurrida no ordenaba la restitución, pero como se recoge en el mismo fallo las cosas ya se entregaron al vendedor antes de la apertura de la investigación. En ninguna de ellas es objeto de recurso la cuestión de la restitución ordenada, pero no se trataba de reservas de dominio inscritas.»

MANUEL DE LA CÁMARA (pág. 140), al comentar la solución para las ventas sometidas a la Ley de 1965 que no fueren inscritas, insiste en que el legislador «no ha querido que una acción de signo recuperatorio, cuyo parecido con la reivindicatoria no puede ignorarse, afecte a quien no ha tenido posibilidad de conocer los presupuestos en que se basa la acción y ha confiado en la situación de apariencia derivada de la posesión (en concepto de dueño) que ostentó el comprador, quien, por otra parte, ha recibido la cosa voluntariamente del que, no obstante haberla vendido, continúa siendo su dueño».

Distingamos, mientras CÁMARA generaliza como él tiene tendencia a hacer. Es cierto que, en ese supuesto, el crédito por el precio aplazado, sin la adecuada publicidad prevista en la Ley, no puede afectar a tercero de buena fe alguno. Pero eso es independiente de que el art. 464, 1, se interprete, como él pretende. No nos cansaremos de repetir que hay un importantísimo grado que diferencia los supuestos de la reivindicación de cosas muebles y de oponibilidad a terceros de gravámenes, privilegios y condiciones. Supuestos que, al menos desde la Baja Edad Media, ha venido diferenciando claramente la doctrina y que han sido expresados por

dos brocados distintos. En fin, la afirmación de que el vendedor continúe siendo el dueño a pesar de haber vendido y traido la cosa ha sido rechazada más arriba.

## IX. ASPECTOS TELEOLÓGICOS DE LA CUESTIÓN

ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (págs. 662 y ss.), después de recordar que el art. 3, ap. 1, C. c., cierra su amplio conjunto oracional dedicado a la interpretación de las normas recurriendo a un gerundio para enunciar «...atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» (es decir, de las normas) bajo esta perspectiva, comenta:

«Creo que al resaltar el valor de los fines y el espíritu lo que pretende el Código civil es despegarse una vez más del rígido literalismo. Ha de reconocerse, sin embargo, que se trata de categorías sumamente flexibles y propicias a ciertos subjetivismos. No es, por tanto, mucho lo que con rigor y objetividad puede decirse en apoyo de una determinada tesis interpretativa del artículo 464. Todas responden a unos fines atendibles. Si se considera que excluye o limita las adquisiciones *a non domino*, el fin estimado como preponderante es el respeto de la situación de propiedad ya establecida, que ni con la buena fe de un tercero debe ser removida, porque también el propietario se ha comportado de buena fe. Si, por el contrario, se reputa digna de tutela la adquisición por el tercero, viene antepuesto al interés del propietario desposeído el del que de buena fe accede a la posesión. Unos y otros hablamos de la seguridad del tráfico. Para unos esa seguridad consiste en que todo quede como está y la cosa retorna al propietario. Para otros la seguridad radica en que no surgen demasiadas preocupaciones en torno al propietario retrospectivo en la circulación de los bienes muebles. Podrá sustentarse que con la adquisición *a non domino* el finalismo es más dinámico y fluyente.»

Muy ponderadas son estas palabras de HERNÁNDEZ GIL, en especial siendo diversa su propia posición acerca del 464, 1. Sin embargo, no queremos dejar de hacer una observación a su última frase. Decir que «con la adquisición *a non domino* el finalismo es más dinámico y fluyente», es teñir el «finalismo» de un determinado color favorable a una de las posibles soluciones. Realmente, lo que resultaría «más dinámico y fluyente» es el juego de la seguridad jurídica, en detrimento de la protección de las situaciones estáticas.

Igual carga valorativa tiene la denominación de *progresiva* (página 574) aplicada a la interpretación también denominada germanista del art. 464, 1. Creemos que al hacerlo se incide en lo que Marcuse ha calificado de «lenguaje funcional», que tiende a identificar «la verdad y la verdad establecida», prejuzgando, con la palabra empleada, aquella equivalencia pretendida.

Entrando ya propiamente en tema, entiendo que es trámite previo el separar:

— la cuestión de determinar la finalidad, o teleología, del artículo 464, 1; y,

— la valoración y contraposición de las finalidades o posiciones teleológicas que en cada una de las posiciones interpretativas de dicho precepto predominan.

La finalidad del art. 464, 1, nos parece clara a la vista de los antecedentes legislativos, de las palabras de los primeros comentaristas del Código civil, alguno de los cuales formó parte de su Comisión redactora, y del mismo texto y contexto del precepto.

La contratación de bienes muebles rara vez es expresada en títulos, sino que suele ser verbal y su entrega manual. Por ende, la prueba del dominio de los bienes muebles no se puede apoyar en la titulación documental, y ni siquiera en la prueba de una adquisición a la que pudo haberle seguido una enajenación meramente traditoria y oral. Siendo así, la prueba de la titularidad ha de fundamentarse en la posesión actual o en la posesión perdida sin causa alguna que justifique dicha pérdida.

Entiendo que ésta es la teleología del art. 464, 1, que no contrapone la seguridad estática y la dinámica, sino que procura resolver adecuadamente el problema de la reivindicación de los bienes muebles.

Ahora bien, es la tesis germanista la que contrapone teleológicamente las seguridades estática y dinámica. Esta contraposición puede establecerse en términos generales, o bien oponiendo las actitudes e intereses individuales del propietario desposeído y del tercero adquirente de buena fe.

Vamos a examinar sucesivamente ambas perspectivas.

a) *La seguridad del tráfico jurídico, bajo las respectivas perspectivas del derecho civil y del mercantil.*

J. M. MIQUEL (págs. 480 a 490) trata de esta cuestión muy detenidamente, aportando las más recientes opiniones de la doctrina extranjera, en especial alemana. Extracto:

«Parece claro que la apelación al tráfico se ha convertido, como decía REICHEL, en un lugar común que se usa ya sin una ulterior comprobación y de una manera automática...»

«Por otra parte, se debe analizar, aunque sea someramente, qué se entiende por tráfico. La idea de que la adquisición *a non domino* protege el tráfico parte ya de una concepción restringida de éste: se piensa en la compra y venta de cosas fundamentalmente. Pero el tráfico es algo más, también pertenecen a él los contratos de transporte, arrendamiento, *leasing* y depósito, para el fomento de los que no parece adecuada la adquisición *a non domino*, sino contraproducente.

«También es claro que interesa al tráfico la venta de bienes muebles a plazos. Aquí si no hay crédito no hay tráfico, y no hay crédito sin garantías. Tampoco hay garantías si existe la adqui-



sición libre del tercero. Con lo que llegamos a la inconsecuencia que denunciaba H. HÜNBER.

»La venta de bienes muebles a plazos nos revela claramente que las fuerzas sociales, a quienes interesaba en primer término la adquisición *a non domino*, estaban representadas sobre todo por los comerciantes, a quienes interesa precisamente que el tercero adquiera para no soportar vías de regreso, para obtener un mayor valor en cambio, y rapidez en encontrar un comprador; también naturalmente, en cuanto ellos mismos son compradores. Ahora, en cambio, como titulares de una pretensión real (reserva de dominio), no les conviene una adquisición libre de ella por un tercero de buena fe y resulta paradójico que se acuda a la ficción de que el comprador es un depositario (cosa confiada, *Vertrauensman*), o en Alemania a negar la buena fe del que compra una cosa, de las que se suelen vender a plazos, sin investigar si el precio está pagado.

»El tráfico es, pues, algo más complejo que la simple circulación de las cosas por contratos de compra y venta, que se pagan al contado. Desde un punto de vista estrictamente utilitario —lo que le conviene al tráfico—, la solución general adquisición *a non domino* no es indiscutible. Al menos queda claro que las fuerzas que operan en el tráfico la rechazan en algunos casos de envergadura económica y social no despreciable.

»La apelación al tráfico ha sido muy bien acotada por REICHEL. Con ello, dice, se introducen consideraciones de economía política que son atendibles, pero se supervalora el peso de este argumento. Este tópico o lugar común *tráfico* —dice— se ha convertido en el grito de guerra, que de cuando en cuando debe sustituir a la munición. Advierte de la necesidad de liberarse de la sugestión de este tópico. El tráfico no es otra cosa que intercambio de bienes, mientras que la propiedad representa el correlativo jurídico del disfrute de los bienes. Toda facilitación del tráfico, que se consiga a costa del anterior propietario, favorece por tanto el intercambio de bienes a costa de la seguridad del disfrute de los bienes. Pero lo último es finalmente lo importante. Todo tráfico no es nunca fin en sí mismo, sino siempre medio para un fin, concretamente el disfrute de los bienes. Aparece claro que los bienes están ahí no para el tráfico, sino el tráfico para los bienes, y éstos para su disfrute.»

Desde el discurso PORTALIS hasta ALONSO MARTÍNES y la S. de 19 de junio de 1945 hemos visto expresada, con menor o mayor claridad, la conveniencia de diferenciar, en cuanto su protección, el tráfico civil y el mercantil. En la referida sentencia, consideró la Sala 1.ª del Tribunal Supremo que «la seguridad del tráfico queda salvada con la vigencia de la legislación mercantil a que hace referencia el Código español».

En mayo de 1956 nuestro querido y añorado amigo el malogrado JOAQUÍN VIOLA SAURET, en el salón de conferencias de la Academia Matritense del Notariado (Cfr. *Anales*, vol. XI, págs. 422 y s.), adver-

tía con realismo: «Realmente, no es lo mismo adquirir una bicicleta en un establecimiento de su ramo, que comprarla al primer desconocido que pase por la calle. En el primer caso, el comprador tiene la protección del artículo 85 del Código de Comercio, con su prescripción instantánea; en el segundo, no puede extrañar que la policía y luego el Juez y el Tribunal le desposean, si la adquirió a quien no era dueño». A pesar de lo cual en la práctica, como dijo líneas antes, «los temores de los "germanistas" sobre un derrumbamiento de la seguridad de tráfico de muebles, si no se sigue su criterio se han demostrado infundados». Y, después de recordar que en Cataluña no se aplicaba el art. 464 del Código civil y el principio *ubi rem meam invenio, ubi vindico* no tenía límite, «salvo el de la ley mercantil general (art. 85)», advertía: «Pues bien: ¿Han tenido nunca la sensación los germanistas, al llegar a nuestra región, que lo hacían a territorio de menor seguridad jurídica? ¿Han tan siquiera parado mientes en esa diferencia, lo que indica cuán infundados son sus temores?».

Poco antes (en mi estudio acerca de *La reivindicación mobiliaria*) ya había escrito, glosando la antes transcrita consideración de la S. de 19 de junio de 1945: «Si se juzga que no es suficientemente amplia la extensión del ámbito de aplicación de los artículos 85 y 545 del Código de comercio, el problema debe resolverse en el campo del Derecho mercantil, sin que haya por qué generalizarlo en el art. 464 del Código civil, de mayor ámbito y que sale fuera del terreno del comercio propiamente dicho, pues abarca toda la reivindicación mobiliaria no regida por normas específicas» (y cuya fórmula, como decía páginas antes, no es suficiente para la seguridad del comercio, pues el adquirente siempre se hallaría, aun con la interpretación germanista, amenazado de reivindicación por parte de un, por él ignorado, propietario que hubiere perdido la cosa o al que le hubiese sido robada o hurtada).

CÁMARA (pág. 152, nota 245) replica «que ocurre preguntar por qué ha de esperarse a que el Derecho mercantil se reforme —sobre todo cuando no está claro si debe conservar su autonomía— para dar solución a problemas que pueden encontrarla merced al artículo 464».

La posibilidad y la conveniencia de esto último las da él por supuestas; y vamos a ver, enseguida, si queda o no queda muy lejos de demostrarlo. La pregunta y el inciso que pone entre corchetes merecen que, con MIQUEL (págs. 482 y ss.), los meditemos ayudados por la más moderna doctrina alemana. Leemos:

«Ahora bien, en un determinado tipo de tráfico, éste adquiere valor en sí mismo, en cuanto las cosas no se compran para disfrutarlas, sino para revenderlas. En una sociedad como la actual, esto sucede no sólo con los bienes muebles, sino con los inmuebles. Pero respecto de los muebles tal actividad es típica del comercio, no, en cambio, de las adquisiciones entre particulares, o entre comerciante y particular. Puede verse, pues, en la protección al trá-

fico, sin duda, una protección a la especulación con el valor en cambio de las cosas. En definitiva, un triunfo del espíritu mercantilista que se expande más allá de su materia» como ya había hecho notar MENGGER.

Y señala MIQUEL que, frente a algunos autores (entre los que cita a HÜBNER, VON LÜBTOW y STINTAING) «que ni siquiera quieren dar entrada a consideraciones derivadas del tráfico para resolver el problema de la adquisición *a non domino*, existe otra importante corriente que diferencia entre el tráfico mercantil y el civil, a estos efectos.

»Al lado existe otra tendencia que pretende limitar la adquisición *a non domino* a las cosas mercancías, mientras en los demás casos debe proceder una regla general de reivindicación contra reembolso. Esta opinión tiene sus antecedentes en WIEACKER que partió de la distinción entre cosas fungibles y no fungibles. Respecto de las primeras puede admitirse la adquisición del tercero de buena fe, en cambio, respecto de las segundas debe ilimitarse. Cree, por otra parte, que esta tesis coincide en lo fundamental con la de ZWEIGERT, que le parece de *lege ferenda* completamente acertada.

»En efecto, KONRAD ZWEIGERT, conocido especialista de Derecho comparado, ha mantenido de *lege ferenda* para el Derecho alemán la necesidad de distinguir entre el tráfico mercantil y el civil, obteniendo en este punto su tesis la aprobación de WESTERMANN y WIEACKER. Mientras para el primero propugna la protección absoluta del adquirente sin la actual distinción que hace el Derecho alemán entre formas de desposesión voluntaria e involuntaria, respecto del segundo se postula por ZWEIGERT el mantenimiento en línea de principio de la regla romana según la que nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él tiene, con la limitación temporal de la usucapión, al modo romano, pero con inclusión de las cosas furtivas. Ahora bien, además habría que proteger a los adquirentes de buena fe y a título oneroso cuando el propietario haya ocasionado de modo imputable la situación de apariencia y para ello no basta la posesión sino además ulteriores indicios de titularidad que él haya creado en la persona transmitente. En definitiva, una solución que tiene su paralelo en la doctrina del *estoppel inglés*.

»ZWEIGERT piensa que la adquisición del tercero sólo se puede justificar, sin atender a la conducta del propietario, donde la facilidad y seguridad del tráfico lo exijan. En principio el interés del propietario en conservar su propiedad no puede retroceder ante el interés del concreto adquirente, pero sí la propiedad individual frente a los superiores intereses de la colectividad.

»La postura de MENGONI sigue en sus líneas generales la de ZWEIGERT...»

MIQUEL explica que el jurista italiano ha distinguido «aquí dos tipos de cosas caracterizadas por el interés colectivo en la rapidez y seguridad del tráfico: a) las destinadas por su propia naturaleza

a la circulación, esto es el dinero y los títulos valores de crédito; b) las mercaderías, esto es cosas muebles que forman el objeto de la actividad de cambio caracterizada o por el lugar donde se cumple o por la profesionalidad de la venta, esto la cualidad del comerciante del enajenante». ...«c) independientemente de la cualidad de mercaderías, las cosas muebles objeto de venta en pública subasta, en razón del lugar y/o de la modalidad con que se realiza.

»Sólo en estas hipótesis —dice MENGONI— la buena fe por las circunstancias objetivas en que se apoya es suficiente por sí sola para justificar la pérdida del precedente derecho de propiedad, independientemente de toda consideración relativa al comportamiento del propietario.

»En las demás hipótesis —piensa MENGONI— la buena fe del adquirente no puede bastar. En línea de principio debe regir la máxima del derecho romano *ubi rem meam invenio ibi vindico*. En estas hipótesis, la tutela de la buena fe sería una concepción excepcional al principio de la apariencia del derecho, condicionada al doble requisito de la onerosidad de la adquisición y de la conexión objetiva de la buena fe a indicios específicos de titularidad del enajenante, imputables a un comportamiento del propietario. El alcance de esta conexión no puede ser determinada rígidamente mediante la distinción entre pérdida voluntaria e involuntaria de la posesión...»

El año pasado, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, mi compañero LUIS FIGA FAURA desarrolló una ponencia que causó profunda sensación. Replanteó desde sus raíces la distinción entre Derecho civil y Derecho mercantil, y mostró la incompatibilidad de sus principios fundamentales. Las ideas de la Revolución francesa, enemigas de cuanto fuera estamental, trajeron consigo que se revisara la consideración del Derecho mercantil como un Derecho entre comerciantes. Se quiso reestructurar sobre bases objetivas, lo que ha traído la invasión sufrida por el Derecho civil de principios e instituciones que sólo están justificados en el ámbito de aquel, y la aplicación a no comerciantes de soluciones de perentoriedad e incluso de una dureza que sólo está justificada en las relaciones entre los comerciantes. Por eso, abogó, con el asenso de la casi totalidad de los numerarios asistentes, por la revisión de la actual consideración del Derecho mercantil, devolviéndolo a su consideración de Derecho entre comerciantes; por la desmercantilización del Derecho civil, y por la no aplicación a los no comerciantes, que contraten con comerciantes, de ciertas normas especialmente apremiantes y con muy delimitada oposición de excepciones, que caracterizan el Derecho mercantil.

b) *Confrontación de los intereses y la actuación del propietario y del tercer adquirente de buena fe.*

Indiqué en mi estudio de 1956 que, según la tesis germanista, el conflicto de intereses que ella pretende resolver a favor de la

adquisición *a non domino* del tercero de buena fe, se plantea en estos términos: Frente a frente aparecen: a) *Tertius*, adquirente de buena fe, y *primus*, que otorgó su confianza a *secundus*, al que entregó la cosa de que éste dispuso abusando de aquella confianza; b) o bien, este mismo tercer adquirente *bonae fidei* y el propietario desposeído de la cosa por haberla perdido o haber sufrido su robo o hurto. En el primer caso consideran los sostenedores de aquella tesis, que *primus* debe sufrir las consecuencias de su exceso de confianza. En el segundo, al no existir ese exceso de confianza, sacrifican al tercer adquirente, pese a que su buena fe puede ser la misma habida en el primer caso.

Yo propuse que se replanteara más imparcialmente el conflicto de intereses. «Buena fe tuvo *tertius*, pero tampoco *primus* dejó de tenerla. *Primus* confió en *secundus*, pero también en éste confió *tertius*. ¿Por qué se invoca sólo la buena fe de éste y únicamente se imputa a aquél su confianza defraudada? No se diga que es en virtud de la apariencia legitimadora de la posesión equivalente a título, porque esta virtud sólo se otorga a la posesión en concepto de dueño o titular adquirida de buena fe; y la mera tenencia de una cosa no garantiza el concepto en que se posee. Además la apariencia posesoria extrínseca de quien detenta una cosa no es distinta en las cosas anteriormente perdidas, robadas o hurtadas».

CÁMARA, ya al principio de su trabajo (nota 17, págs. 17 y s.), anticipa su contestación: «En mi opinión, la circunstancia de que "primus" haya dado lugar a que "secundus" engañe a "tertius", justifica la preferencia otorgada a éste y deshace la supuesta "parcialidad" que se imputa a los defensores de la interpretación germanista. Ciertamente, no basta la simple tenencia de la cosa por parte del mediador posesorio para crear la situación de apariencia que fundamenta la protección que se dispensa al adquirente de buena fe. Para que ésta exista es necesario que el transmitente haya invertido su concepto posesorio [recordemos a CÁMARA que mientras no transcurra un año de que el titular tenga perfecto conocimiento de la conducta manifestada en forma recepticia de quien pretende efectuar la inversión, la posesión civil —que es la que en todo caso tiene la fuerza legitimadora— la conserva el originario poseedor en concepto de dueño, conforme al art. 460, n.º 4.º]. Pero la oportunidad de que el detentador se haga pasar por dueño le ha sido proporcionada por el que efectivamente lo era. Precisamente porque, para resolver el conflicto planteado, se atiende al comportamiento del propietario, la reivindicación se permite en los casos de pérdida, robo o hurto».

Más adelante (págs. 157 y ss.) explica CÁMARA:

«En mi opinión, no es necesario, para justificar la posición inatenable del adquirente de buena fe, relacionar la pérdida voluntaria de la posesión con una presunción de culpabilidad, o negligencia, del propietario desposeído. Pero, aun aceptando ese planteamiento y si se dice que, supuesta la pérdida voluntaria de la posesión, el

propietario no podrá reivindicar aunque demuestre que al entregar la cosa al mediador posesorio no obró ligera o precipitadamente, el argumento es reversible. Porque —de conformidad con la interpretación romanista del artículo 464— y aun cuando el adquirente pruebe que el propietario actuó negligentemente, no por eso evitará la reivindicación. Por otra parte, las características de la vida moderna no excusan de observar un mínimo de diligencia. Nadie medianamente precavido se desprende de la posesión de los bienes muebles que le pertenecen —sobre todo si son de algún valor— si no es a favor de personas que constituyen su entorno habitual (y entonces parece completamente justo aplicar la vieja máxima "allí donde dejaste tu confianza allí la debes de buscar"), o, en otro caso (no se entrega la cosa para su custodia, reparación, transporte, arrendamiento, etc.) sin antes cerciorarse de que se trate de personas o entidades solventes y, si esta circunstancia no consta por notoriedad, sin una previa información sobre tan importante particular o mediante la prestación de las pertinentes cauciones o garantías.

»Con todo, no cabe excluir evidentemente que nada se le pueda reprochar al propietario. La pérdida de la propiedad en beneficio del tercero de buena fe no se basa entonces en el criterio subjetivo de la culpa, sino en la autorresponsabilidad objetiva; el propietario debe soportar el riesgo que comporta la eventual infidelidad de aquel a quien ha confiado la cosa. "Se evita así —se ha dicho— caer en una ficción de culpa, pero permanece firme otra objeción: no se comprende por qué el principio de obrar bajo el propio riesgo se aplica en daño del propietario más bien que en daño del tercer adquirente". Más a esto se debe replicar, como ya se apuntó en la primera parte de este trabajo, que la preferencia que se otorga al adquirente de buena fe radica en que ha sido el propietario, y no el tercero, quien ha creado los presupuestos objetivos para que surja la situación de apariencia a la que obedece, en último término, que se haya suscitado el conflicto de intereses entre el dueño desposeído y el tercero que, al adquirir la posesión, ha creído que adquiriría, al mismo tiempo, la propiedad...»

CÁMARA admite que esta creencia «ha de ser, naturalmente, fundada». Pero, a su juicio, ésta lo es cuando el propietario entregó al *tradens* voluntariamente la tenencia de la cosa, cuando éste la posea en concepto de dueño, y el tercero la haya adquirido en buena fe.

Frente a la objeción de la «opacidad» de la posesión, afirma (página 162) que la posesión es «siempre», «un hecho extensible que permite presumir la existencia de un derecho, a condición, claro está, que la conducta del poseedor sea congruente con la titularidad presunta». Y explica:

«Por supuesto que sólo la posesión que se ejercita en concepto de dueño puede servir de soporte a una adquisición *a non domino*. ... «Ahora bien, tampoco se puede depreciar la detentación y excluir

de modo absoluto que en ella se pueda fundar una situación de apariencia. Como antes he indicado la detentación o posesión material es el modo habitual de manifestarse la posesión en concepto de dueño sobre las cosas muebles corporales. De ahí no se sigue, desde luego, que baste la simple tenencia y la afirmación del tenedor de ser propietario de la cosa para que, siempre y en todo caso, se estime que tales datos permiten presumir razonablemente que el detentador es efectivamente propietario. Pueden darse toda una serie de circunstancias que priven a la tenencia de su valor indicario de una propiedad presunta. Por ejemplo, la cosa se encuentra en poder de una persona o entidad de las que habitualmente se dedican a la custodia, reparación o transporte de bienes ajenos. Es obvio que en esas hipótesis (o en otras más o menos similares que pueden presentarse) la situación de hecho no apunta hacia el detentador como propietario probable. Aunque el adquirente crea que el tenedor es dueño de la cosa que pretende transmitirle, sería esta una creencia carente de fundamento y, por tanto, sin virtualidad suficiente para sancionar una adquisición "a non domino".

»La buena fe del adquirente —y así enlazamos con el segundo requisito indispensable para que la confianza en la apariencia jurídica pueda suplir la falta de titularidad en el disponente— exige un grado mínimo de diligencia por su parte. Será necesario que, habida cuenta de las circunstancias del supuesto concreto de que se trate, la posesión del "tradens" aparezca claramente configurada como posesión en concepto de dueño, o, para decirlo de otra manera, que no existan motivos de sospecha que induzcan a dudar sobre la titularidad del poseedor que se presenta como propietario. Si tales motivos (objetivamente apreciados) existen el adquirente deberá informarse previamente en la medida necesaria para disipar las dudas derivadas de una situación posesoria equívoca. Precisamente la imperfección de la posesión como instrumento de publicidad (si se la compara con la que proporciona el registro de la propiedad inmueble) obliga a valorar con mayor severidad el grado de buena fe que debe concurrir en el tercero.»

A partir de aquí se ve claro que CÁMARA no se aproxima a la postura de J. M. MIQUEL (en su pág. 496) —que yo acepto sin reparos—, y que éste basa en la doctrina de los actos propios —hoy apoyada, a su juicio, en la nueva redacción del art. 7 del Código civil—, pero para nada en la interpretación germanista del art. 464, 1. En efecto, CÁMARA prosigue (págs. 164 y ss.) su razonamiento:

«Empero, este mayor rigor no debe llevar al extremo de que la buena fe del adquirente sólo deba ser tenida en cuenta cuando haya sido el propio dueño quien haya creado indicios específicos de titularidad dominical en el enajenante, tal como postula la llamada "estoppel rule" del Derecho inglés.»

»... cuando el dueño confía una cosa de su propiedad a otra

persona no debe ignorar que existe la posibilidad de que esa persona abuse de la confianza que en ella se ha depositado. Ha dado pie para que surjan los indicios, aunque no sea él quien los haya creado, que autorizan la suposición de que la propiedad pertenece a quien, realmente, es sólo un mediador posesorio. Si estos indicios son suficientemente expresivos, o dicho en otros términos, si habida cuenta de las circunstancias fácticas del caso concreto, resulta razonablemente verosímil tomar por propietario a quien aparece como poseedor en concepto de dueño, de suerte que nada pueda serle reprochado al adquirente de buena fe, parece más justo proteger a quien ha sido totalmente ajeno al nacimiento de la situación de apariencia, a la que obedece, en definitiva, que el problema haya llegado a plantearse.»

Vamos a ver ahora la cuestión desde la perspectiva opuesta. Pero, antes, volviendo atrás, percatémonos para qué supuestos cree CÁMARA (pág. 152) importante sostener la interpretación "germanista" del art. 464, 1, C. c., estimando insuficiente la protección de los arts. 85 y 545, 3, C. de c.: «No habría protección, pues, para quienes comprasen, por ejemplo, acciones u obligaciones al portador no cotizadas en Bolsa. También quedaría parcialmente excluido el tráfico de objetos muebles muy valiosos, como obras de arte, monedas de valor numismático, colecciones filatélicas, etcétera, de tanta importancia en nuestros días y que muchas veces no se canaliza a través de tiendas o establecimientos abiertos al público, aunque con frecuencia se adquieren mediante la intervención de intermediarios profesionales.»

Pregunto, ¿por qué la confianza del tercero en estos *intermediarios profesionales* les deja exentos de toda responsabilidad, mientras la que el propietario deposita en ellos, le hace responsable de que abusen de ella? Ya sé que CÁMARA repetirá que es así porque al entregarles la tenencia de cosa se hizo responsable de que aquel a quien se la entregó *hiciera lucir a su favor la apariencia legitimadora, no ya de la tenencia, que le entregó, sino de la posesión en concepto de dueño*. Y repregunto, ¿es así a pesar de haber dado ese salto? Ya hemos oído, antes, la respuesta de nuestro amigo y aquí oponente. Veamos, ahora, lo que del otro lado se dice.

Parece que debe prestarse particular atención a dos aspectos del planteamiento "germanista". Son los del valor legitimador de la apariencia que dinamiza de la posesión y de la responsabilidad del propietario que se desprende voluntariamente de la tenencia de la cosa. Ambos, en cierto modo son interdependientes. Por lo menos, si existe responsabilidad en el propietario que se desposee es porque cede algo que, según la propia tesis, conlleva una apariencia que induce a confiar en ella a posibles terceros adquirentes.

Pero, el valor como *publicidad legitimadora* de la apariencia po-



sesoria de los bienes muebles no sólo ha sido puesta en duda sino incluso negada por la moderna doctrina italiana y alemana.

JOSÉ MARÍA MIQUEL nos lo explica (págs. 460 y ss.). La doctrina italiana, «alude a que la posesión es un hecho neutro desprovisto de cualquier fuerza de significación». Como muestra, transcribe varios textos verdaderamente expresivos.

Así, éste de FALZEA: «No pueden, por tanto, dar lugar a hipótesis de apariencia aquellos hechos que están caracterizados por una estructura opaca y que, por ello, no están en situación de señalar nada fuera de la propia existencia».

Las de PUGLIATTI: «Como quiera que el medio sería no sólo insuficiente, sino también ambiguo: es preciso un notable esfuerzo para poder considerar como mecanismo publicitario, aunque fuera rudimentario, a la posesión, la cual sólo presenta su único índice exterior en cierto modo controlable —la detentación— que tiene carácter equívoco, y necesita ser integrada con elementos espirituales, que no presentan una concreta fisonomía exterior. De otra parte, ni siquiera la simple detentación se considera suficiente para integrar la pretendida publicidad de hecho, puesto que se requiere una conducta perceptible del detentador, que pueda hacerlo aparecer como titular de un derecho real. Así, sin embargo, se resbala hacia el territorio de la apariencia, de la confianza y similares» ...«La posesión en cambio, simbolizando el correspondiente derecho real, no es un instrumento de conocimiento de la realidad; antes bien, en cuanto a lo que revela por sí mismo, es un diafragma, que obstaculiza aquel conocimiento. Por lo demás, por sí misma puede manifestarse solamente como distinta de la realidad simbolizada, y eventualmente también en contraste con ésta».

«En suma —concluye MIQUEL— la doctrina hoy en Italia no considera a la posesión del transmitente como fuente de apariencia en el problema de la adquisición *a non domino ex art. 1.153.*»

Respecto de la doctrina alemana, pone de relieve MIQUEL (página 463 y ss.) el reciente juicio de ésta acerca de la insuficiencia de la publicidad posesoria y cita abundantes autores que después referiremos. «La doctrina alemana, por lo demás, ha matizado mucho últimamente acerca del supuesto de hecho preciso para que surja la apariencia del derecho. Así recientemente BERND REBE afirma que la simple posesión no puede, ni desde el punto de vista de la realidad jurídica, ni desde el dogmático, ser considerada como, en todo caso, necesario ni suficiente supuesto de hecho de la apariencia del derecho. Y añade que la posesión en su función legitimadora no puede ser comparada con la inscripción en el Registro de los inmuebles, lo que le parece incluso no necesita volver a ser discutido...»

«Por una parte, no es necesaria la posesión para crear el supuesto de hecho de la apariencia.» ... «En la doctrina y en la jurisprudencia se equipara a la apariencia producida por la posesión la

suministrada por el simple poder de proporcionar la posesión. Se trata de casos en los que un tercero, por indicación del transmitente, entrega la cosa al adquirente. En este caso, no es necesario que el tercero sea un mediador posesorio del transmitente.

»La posesión no es, en otros casos, suficiente para crear la apariencia, sino que debe ser completada por ulteriores indicios de propiedad para crear el fundamento de la apariencia del derecho. Esto sucede especialmente en el tráfico de determinados bienes cuya transmisión de modo típico —aunque no necesario jurídicamente— tiene lugar con simultánea entrega de un documento que acompaña a la cosa, así en los vehículos de motor...»

Refiriéndose a España, el propio MIQUEL (págs. 467 y ss.) entiende que podría sostenerse que la posesión tiene «un efecto de publicidad negativa y no positiva, en conexión con la ineficacia de garantías reales desprovistas de esa publicidad (*meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, a no ser que se sometan a otro tipo de publicidad, como la del Registro), lo que al mismo tiempo lleva consigo la ineficacia de la enajenación como libre de una cosa que esté en posesión del acreedor pignoraticio...».

«En este sentido limitado puede hablarse en nuestro Derecho de publicidad de la posesión mobiliaria. Para esta función de publicidad negativa, no son precisas las exigencias que lleva consigo una publicidad positiva. Tampoco puede dudarse de que la posesión del transmitente pueda integrar su supuesto de hecho de la confianza junto con otros elementos. Y desde luego no es lo mismo la visión pasajera que una observación continuada de la posesión. No es posible, en el mundo moderno, pensar que el propietario tenga que mantener siempre en su posesión las cosas muebles, si no quiere verse expuesto al riesgo de perder la propiedad.

»La comparación de la posesión mobiliaria con la inscripción en el Registro inmobiliario, adolece de estar basada más en la coincidencia de un efecto, que se postula (adquisición *a non domino*), que en la naturaleza de la causa.»

En efecto, «parece claro que a ésta [a la posesión] le faltan las bases para desarrollar una eficacia semejante a la del Registro, en cuanto no se cumplen los llamados principios de legalidad y especialidad. La posesión no puede ser controlada como la inscripción, ni en ella se determina cuál sea el derecho que se publica. Esto sólo puede hacerse a través del concepto en que se posee, que difícilmente puede decir, como la inscripción, el tipo del derecho concreto, ni menos su contenido...». Es más, en las compras de bienes muebles: «Como se parte de que el tercero no tiene tiempo de investigar, resultará que siempre el adquirente tendrá frente a sí, como transmitente, un poseedor en concepto de dueño, si es que este concepto se puede determinar por una visión instantánea de la posesión...»

Aunque partiendo de la pretendida realidad de ese primer

aspecto, que como hemos visto hoy se rechaza (valor legitimador de la publicidad dimanante de la posesión de bienes muebles), el segundo aspecto fundamental de la posición "germanista" se apoya, como hemos visto en CÁMARA, en la *responsabilidad del propietario que se haya desprendido voluntariamente de la tenencia de la cosa*.

Como explica MIQUEL (págs. 491 y ss.), «la adquisición *a non domino* implica una importante derogación no tanto de un principio de lógica-jurídica (que pudiera estar representado por el *nemo dat quod non habet; nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), sino de un principio fundamental del derecho de propiedad y de la autonomía privada: *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest y res inter alios acta nobis nec nocet nec prodest*, o aquellos mismos aforismos entendidos en un sentido normativo. La posibilidad de invadir la esfera jurídica ajena no puede considerarse como algo natural, antes bien debe considerarse como excepcional. Consecuentemente la regla de que para perder el dominio hace falta una actuación u omisión por parte de su titular debe ser el principio básico.»

La actuación que presentada como fundamento de la pérdida de la propiedad, correlativa a la adquisición del tercero de buena fe, «tradicionalmente se explicaba como una manifestación de una culpa *in eligendo (imputet sibi quod meliorem non elegerit)*». Pero, dice MIQUEL que «va cayendo en la doctrina moderna en creciente descrédito, o, por lo menos, va obteniendo críticas frente a las que parece no se puede mantener.»

El criterio de distinguir la desposesión voluntaria y la involuntaria no parece hoy satisfactoria a la doctrina francesa, italiana y alemana más recientes.

Entre los autores franceses, MIQUEL (pág. 215) cita a SAVATIER y a RODIERE y transcribe este párrafo del primero. «Se ha intentado explicar esta diferencia, cuyo origen es histórico, alegando que la víctima de la estafa o de la apropiación indebida no debe imputarse más que a sí misma haber colocado mal su confianza, mientras que la víctima del hurto o robo es víctima de un caso fortuito. La afirmación es doblemente impugnable: de una parte, la estafa o la apropiación indebida no implican a menudo ninguna culpa de la víctima: ¿en qué culpa ha incurrido el menor, cuyo tutor distrae el mobiliario? Y, sin embargo, el adquirente está cubierto por el artículo 2.279. De otra parte, y a la inversa, la víctima de un hurto o de una pérdida, a menudo se ha expuesto a ello por negligencia, y es pues injusto tratarles más favorablemente.»

Entre los italianos se remite a MENGONI, de quien resume (página 487): «El comportamiento del propietario que confía la cosa a otros en uso o custodia o en base a otro título que obligue a la restitución, o incluso que transfiera a otros la posesión en base a un título de enajenación viciado, no puede ser considerado, por sí solo, razón suficiente de tutela del tercer adquirente, preci-

samente porque la posesión material de la cosa no es por sí idónea para constituir una situación de apariencia del derecho, sino sólo cuando se acompañe de otras circunstancias que no pueden ser determinadas de antemano en un rígido supuesto de hecho normativo y cuya individualización y valoración, en base a *stundars* sociales, debería, en cambio, ser remiada caso por caso al juez mediante una cláusula general. Señala cómo en este sentido está orientada la solución del derecho inglés mediante el *estoppel*».

De los dos alemanes cita a VON LÜBTOW, REBE, HÜBNER, GIEHL, ZWEIGERT y nos refiere las líneas básicas de su posición (páginas 494 y ss.):

«El que se preocupa de la custodia de sus cosas entregándolas a un depositario, no actúa de modo que se le pueda reprochar nada, y menos si se le compara con el que las pierde negligente-mente o el que deja sus cosas a merced de los ladrones. Es evidente que el grado de diligencia en la custodia de las propias cosas es superior en el primero que en el segundo. Según la tesis de la desposesión voluntaria e involuntaria, en estos casos habría reivindicación cuando hubo negligencia y no se podría reivindicar cuando se procedió diligentemente.»

Por otra parte: «La idea de que si el propietario ha sido defraudado en su confianza debe ir a buscarla allí donde la puso, tampoco hace una valoración adecuada del conflicto. En principio, la confianza tanto del propietario como la del tercero han sido defraudadas (en el caso de la cosa confiada) por la misma persona. Si el propietario eligió al depositario, también el tercero le eligió como vendedor o transmitente.

»Se ha dicho todavía frente a lo último que el propietario puede con calma elegir a la persona a quien haya de confiar la cosa, no así el tercero que por la prisa del tráfico no puede detenerse en investigar. Pero es evidente que el propietario puede también tener urgencia en confiar sus cosas para que sean transportadas, reparadas o custodiadas. Y en la sociedad moderna muchas veces no cabe elegir quién ha de transportar, reparar o custodiar.

»Como hemos visto colocar el centro de gravedad de la cuestión en la posesión del transmitente y en la buena fe del adquirente, deja en la penumbra la consideración del propietario al que se atiende sólo en cuanto ha proporcionado la posesión voluntariamente. Si este criterio no parece suficiente, como hemos visto, habrá que considerar la conducta del propietario desde otras perspectivas.

»También aquí algunos autores alemanes y MENGONI, vuelven a tomar como modelo la regulación inglesa. La mera posesión no engendra apariencia suficiente, pero si el propietario crea ulteriores indicios de titularidad, será precluido cuando alegue que el transmitente no estaba autorizado para disponer.

»La regla del *estoppel* hace una adecuada valoración de la si-

tuación, porque atiende a la conducta del que va a perder su derecho, y no sólo a la buena fe y onerosidad de la adquisición del tercero. Esta regla está en íntima conexión con el principio que prohíbe *venire contra factum proprium*.»

Los autores italianos y alemanes para llegar a ese resultado necesitan limitar lo que es regla en sus respectivos Derechos, en virtud de que éstos establecen como regla la adquisición *a non domino* del tercer adquirente de buena fe. Entre nosotros no es así, y aquél sólo puede alcanzarse fundándose en la esperanza legítima que, en un tercero, haya creado el mismo propietario por actos por él realizados, que sean suficientemente significativos, v. gr., en el caso de simulación, y, en general, los que justifican la aplicación del principio que prohíbe *venire contra factum proprium*, como dice MIQUEL (pág. 496). Ahora bien, en este caso, la adquisición *a non domino* no resulta del juego del art. 464, 1, sino que es extrínseco a él, puesto que, por otro fundamento, se habrá producido una previa *privación legal* del derecho del propietario que, por ello, no podrá reivindicar con arreglo al inciso 2, del párrafo 1 del art. 464.

#### X. LA REALIDAD SOCIAL, EN EL MOMENTO DE HOY, COMO CONTEXTO EXTRALINGÜÍSTICO PARA LA INTERPRETACION DEL ART. 464, 1.

HERNÁNDEZ GIL (págs. 658 y ss.), al aducir la fórmula hermenéutica del art. 3, ap. 1, del nuevo título preliminar del Código civil, destaca su referencia a «la realidad social», y explica:

«Mientras los otros factores intercalados —los antecedentes históricos y legislativos— remiten a la diacronía de las normas, el contexto y la realidad social sitúan a éstas en dos conjuntos sincrónicos: el específicamente llamado contexto concierne a la expresión lingüística y a la organización sistemática de las normas; la realidad social es, podría decirse, el contexto extralingüístico constituido por los hechos representativos del fenómeno de la convivencia. Así como el sentido propio de las palabras de las normas no es discernible aisladamente sino en relación con el contexto que las expresa y en el que se integran, así también ha de inquirirse en relación con el contexto social. Las normas, en cuanto formulaciones lingüísticas, forman parte de un todo, y el todo precisa ser considerado. Y las normas, en cuanto configuradoras de la conducta, requieren ser puestas en contacto con el mundo de la conducta, que es la realidad social.

»La realidad social opera como factor de movilidad. No es siempre la misma. Precisa considerarse la correspondiente al tiempo en que han de ser aplicadas las normas. Se busca así la correspondencia entre las normas y los hechos. Quiere impedirse el anacronismo y el anquilosamiento. Se persigue, por la vía de la interpretación, la posibilidad de atender a situaciones nuevas o distintas. Naturalmente que no toda mutación en la realidad social

puede ser atendida a expensas del proceso interpretativo. Si hay un absoluto divorcio no queda más camino que el cambio de la norma. Porque si interpretar no es el mero reproducir de la norma, tampoco cabe elaborarla de nueva planta. La interpretación creadora queda a mitad de camino entre la sumisión o lo dicho y el propósito de decir algo antagónico. Busca la confluencia entre norma y realidad, adecuando aquélla a ésta, puliéndola, completándola; pero sin llegar a dar el paso que la destruya e imponga otra norma distinta.»

Cree HERNÁNDEZ GIL que «el contexto actual resulta propicio a nuestra tesis. Es perfectamente posible que una realidad social distinta de la coetánea con el tiempo de la formulación sea la vigente —y por tanto, la que haya de tomarse en cuenta— en el tiempo de la aplicación». Así, cree que los tiempos actuales son adecuados para la aplicación de la adquisición *a non domino* en interpretación del art. 464, 1; pues, entiende que «en la sociedad de nuestros días no puede decirse que los bienes muebles carecen de importancia. La masificación del consumo se consigue a expensas de la puesta en circulación de grandes cantidades de bienes predominantemente muebles. La realidad social presente —que ha de ser tenida en cuenta como criterio interpretativo— ha evolucionado en una dirección que, lejos de contradecir la tesis sustentada acerca del artículo 464, la justifica y refuerza.» ...«Mientras los bienes de producción propenden a concentrarse en grandes organizaciones industriales, los bienes muebles, generados en su mayoría por aquéllos, se multiplican y tienen como fin acercarse a todos. La llamada sociedad de consumo, floreciente de modo principal en el sistema económico del capitalismo, está ofreciendo constantemente a la disponibilidad de las personas multitud de objetos. Detrás del fenómeno del uso y del consumo hay siempre una operación de cambio. Todo esto se expresa a través de un tráfico numeroso y ágil.»

Por ello, cree más conveniente interpretar hoy el art. 464, 1, conforme ha venido propugnando la tesis denominada "germanista". En favor de ella, dice HERNÁNDEZ GIL: «La solución proyectada hacia atrás, la tutela de la propiedad configurada como el retorno hacia el propietario no es la única forma de realizar los intereses de la propiedad.» ...«La norma atributiva no señala hacia quien inicialmente se desprendió de la posesión, sino al que últimamente la adquirió. El centro de la protección jurídica cambia de lugar, no de signo. Ahora bien, como en la ideología capitalista, la propiedad, antes que institución social es a modo de la prerrogativa y la personificación del propietario, se piensa que éste pierde la batalla. Y así es. Pero la gana otro propietario. El conflicto se produce dentro de la misma institución.»

Esta concepción puede estar de acuerdo con el concepto de propiedad y la ética del capitalismo (en el sentido estricto de la palabra capitalismo), pero no corresponde sino que repele añ

concepto de la propiedad y a la ética tradicionales en nuestro mundo jurídico.

No se le escapa a HERNÁNDEZ GIL que puede objetársele que al tráfico, al que alude, debe aplicársele el Derecho mercantil y que, por lo tanto, la solución no debe buscarse a través del art. 464. 1. Pero, cree que «la realidad social determinante de un régimen diferenciado para la adquisición y reivindicación de los bienes muebles no queda exclusivamente enmarcada en el tráfico mercantil. Cuentan a tal fin el carácter de los bienes muebles y la circulación mobiliaria».

Sin embargo, la opinión de HERNÁNDEZ GIL choca de frente con la opinión de la más reciente doctrina precisamente de los países —más avanzados industrial y comercialmente— en los que, rige la adquisición *a non domino* del tercer adquirente de la posesión en concepto de dueño. JOSÉ MARÍA MIQUEL nos documenta con claridad a este respecto.

Es especialmente interesante lo que dice (págs. 483 y ss.) de la doctrina alemana.

«Como ha señalado HEINZ HÜBNER el impulso decisivo para la configuración actual de la figura, corresponde a la época en que la concepción de la economía está determinada por los intereses del comercio. Según este autor, el influjo de las tendencias económicas encontró su complemento en un sentimiento vital alimentado desde el campo de la Filosofía. El ansia de movimiento y progreso, la alabanza de todo lo dinámico, debieron de hacer parecer natural aquella preferencia por los intereses del tráfico ante los valores conservadores de lo sustancial. La dirección voluntarista que desembocó en un mero culto de la vitalidad, debió —aparte del nihilismo negador en absoluto de la idea de Justicia— hacer ver a las instituciones conservadoras del derecho como subordinadas a las fuerzas vitales exteriorizadoras del movimiento de bienes. Y considera al art. 1.153 del Código civil italiano, con su ilimitada facilitación del tráfico, fruto tardío de aquella actitud en la fascista Italia de 1942.

»REICHEL añade: Pero el punto de vista económico (o de Economía política) no es en nuestro problema el decisivo, al menos no el único determinante. Pues, por encima de toda Economía está la Ética; más alto que toda utilidad, está lo justo.

»Del mismo modo que no se justifica la pena porque se diga que disminuyen los delitos y protege los bienes jurídicos, tampoco se justifica la adquisición de buena fe por la afirmación de que fomenta el tráfico. La justificación de una norma ética sólo puede ser una justificación ética, nunca una extraída de una simple finalidad contingente. La última justificación de un instituto jurídico no puede nunca estar en que es útil, sino sólo siempre en que es justo.»

Páginas después (pág. 492) añade:

«La calificación del principio "nemo plus iuris" como capitalis-

ta-individualista, no parece que pueda mantenerse, pues no se trata en ningún caso, mediante la adquisición *a non domino*, de socializar la propiedad de los bienes muebles, sino de atribuirlos a otro sujeto. Lo que parece más bien es que se somete la propiedad a uno de los postulados típicos de la ideología del siglo XIX: la necesidad de que los bienes circulen a toda costa. Ello fomenta la especulación con el valor en cambio de las cosas, pero no su disfrute. Por ello una de las primeras y más fuertes críticas a la regulación del BGB provino de un socialista como ANTÓN MENDER, que la calificó de un triunfo del espíritu mercantilista sobre la ordenación de la propiedad. Y la última está representada por la abolición de la figura en el nuevo Código civil de la República Democrática Alemana de 19 de junio de 1975, donde se introduce, en cambio, respecto del comercio al detall (sin las restricciones del BGB) y se mantiene en cuanto al dinero y títulos al portador.»

Por otra parte, explica el propio MIQUEL (pág. 469) que «la complejidad de las relaciones económicas y la división del trabajo obligan o no poder afirmar la conveniencia de que la posesión sea considerada como medio de publicidad al que deban atenerse los terceros. La necesidad de confiar cosas a otros para su custodia, transporte, reparación, etc., no puede infravalorarse en una sociedad moderna. Tampoco puede pensarse que la confianza de los terceros la suscite precisamente la posesión inmediata del transmitente, cuando en muchos casos se compran las cosas sin haberlas visto nunca en la posesión del enajenante. Así en el tráfico entre una plaza y otra. Las cosas se entregan, por lo demás, muchas veces por un tercero en cuya posesión inmediata se encuentran, al que puede no haber entregado previamente las cosas el transmitente. La posesión como medio de publicidad no es de modo absoluto lo más beneficioso para el tráfico. Es más bien un arma de doble filo para el interés del tráfico.»

Además, le parece claro (pág. 472) que «en la sociedad actual se ha desvalorizado en gran medida la posible función de publicidad de la posesión mobiliaria merced a la frecuencia de la reserva de dominio en las ventas de bienes muebles a plazos, aparte de otras garantías reales sin posesión, como la hipoteca mobiliaria. La instauración de una publicidad registral, aunque limitada, demuestra bien claramente la insuficiencia de la posesión para resolver los problemas del tráfico.»

Así, páginas antes (págs. 463 y ss.), destaca que «la doctrina alemana pone de relieve que los cambios en la estructura social y económica han superado las relaciones bajo las que la posesión "funciona como propiedad", como afirmaba HUBER.

»Además de la separación entre propiedad y posesión material que puede resultar de las formas espiritualizadas de tradición, esto se pone de relieve con singular extensión en las modernas formas de garantía crediticia, transmisión de seguridad y reserva del dominio, más algunas formas especiales de garantía mobilia-



ria sin posesión. Aquí dice HÜBNER, con razón, "estamos ante una estridente inconsecuencia: En todas partes las necesidades económicas rompen las cadenas de las formas de publicidad en afán de fomentar la circulación de bienes y mejorar las garantías del crédito, sólo allí donde la exigencia del tráfico promete alguna ventaja, levántase el principio de publicidad, en cuanto se finge su mantenimiento, como base de una institución. ¿Tiene el Ordenamiento jurídico verdaderamente base para soportar tales contradicciones internas, sólo porque reminiscencias históricas nublan la vista?"

»El fingido mantenimiento del principio de publicidad de la posesión mobiliaria a que alude HÜBNER se produce porque en realidad se impone al tercero una obligación de investigar la titularidad del transmitente, que desmiente la función atribuida a la posesión. Así, en Alemania se llega a imponer al adquirente, para ser considerado de buena fe, que investigue si el transmitente ha pagado o no la cosa cuando sea de aquellas que normalmente se venden a plazos. En estos términos seguir manteniendo que la posesión del transmitente produce una función de publicidad (positiva) del derecho del transmitente es desde luego una ficción.

»TH. WEYER ha estudiado esta carga impuesta al adquirente, que se funda en una consideración muy rigurosa de la buena fe. Se opera así una superación de la publicidad de la posesión al exigir al adquirente esa investigación para poder ser considerado de buena fe, es decir, se supera el elemento objetivo del supuesto de hecho de la confianza por las rigurosas exigencias impuestas al elemento subjetivo.»

Esta moderna tendencia de la práctica jurídica alemana de restringir en importantísimo grado la admisión de las adquisiciones *a non domino* en el tráfico mobiliario, la hemos visto propugnada para Italia por Mengoni, según antes nos explicó MIQUEL; y, como este mismo documentadamente refiere (págs. 198 y s.), corresponde a la mantenida con creciente rigor por la jurisprudencia francesa. Así:

«La buena fe se presume. Pero para la prueba en contra, dice CARBONIER, no sólo se admite la demostración de que el poseedor conocía al defecto de propiedad del transmitente, sino que basta la demostración de circunstancias que habrían debido levantar sospechas al poseedor. El poseedor no será de buena fe si teniendo en cuenta la naturaleza del objeto y su valor, así como las demás circunstancias del negocio, ha omitido informarse sobre la identidad del enajenante y el origen de la propiedad. La Jurisprudencia ha considerado que no hay buena fe cuando la posesión es equívoca y de origen oscuro.

»La jurisprudencia parece mostrarse exigente en cuanto al requisito de la buena fe, especialmente tratándose de profesionales y concretamente en el comercio de antigüedades y objetos de arte.

»En el caso de una pintura no firmada de un artista todavía

vivo, la falta de firma podía hacer presumir que la obra estaba inacabada y había sido divulgada sin la autorización de su creador. El comerciante de cuadros propietario de una galería en París, profesional particularmente esclarecido, amigo y protector de pintores actualmente célebres, no podía ignorar el origen fraudulento de la tela, habiendo asistido a su propio vendedor, al tiempo de la adquisición de éste, en calidad de experto, y tanto más conociendo, al tiempo de su propia adquisición, la decisión de la Corte de París consagrando el derecho de propiedad del pintor sobre sus obras inacabadas y no firmadas, depositadas en poder del cedente de su vendedor, decisión ampliamente difundida y comentada en el mundo judicial y en el de las artes (Orleans, 17 de marzo de 1965, referencia tomada de *Juris Classeur civil*, artículo 2.279-2.281, 2, 1972). El juez civil puede, sin contradecir la decisión de la jurisdicción penal que había absuelto a un procesado por el beneficio de la duda, apreciar que esta decisión ha revelado a cargo del procesado absuelto una imprudencia y graves irregularidades que, si no constituyen un delito, no excluyen una culpa civil.

»Concretamente la adquisición de un objeto raro, en circunstancias de clandestinidad, constituye imprudencia que basta para que el adquirente incurra en responsabilidad, dado sobre todo que siendo anticuario de profesión y de edad de cincuenta años, no podía tener dudas sobre el origen sospechoso del objeto adquirido. Para ser protegido por el artículo 2.279 el poseedor debe haber podido creer que el objeto le ha sido entregado por el propietario, de modo que la posesión no pueda ser considerada de origen oscuro (París, 15 de febrero de 1961, *Gaz. Pal.* 1961, 1, 190).

En la sentencia de Montpellier de 14 de junio de 1963 (*Juris Classeur civil*, artículos 2.279, 2.281, 2, 1965, p. 1) se tiene en cuenta el importe pagado por el adquirente de un cuadro de Matisse, así como circunstancias de orden subjetivo relativas a la persona del mismo como su reputación, su honorabilidad y también la "surfaçe commerciale" del vendedor.»

Pero ocurre bastante más en la práctica judicial, que también explica MIQUEL (págs. 200 y ss.).

«La mala fe que sobreviene no perjudica según la Jurisprudencia civil. Pero existe una importante dirección jurisprudencial de la sala de los Criminal que amenaza con dar al traste con la función adquisitiva *a non domino* de la regla, pues exige una buena fe continua. De modo que, para ella, la mala fe que sobreviene perjudica.

»Nos lo explica HUGUENEY en nota a la sentencia de lo criminal de 18 de julio de 1936. La Jurisprudencia de lo criminal ha venido a extender la noción del "recel" (receptación), de manera que se incurre en este delito, no sólo al recibir de mala fe una cosa hurtada, apropiada indebidamente o estafada, sino al detentar o conservar una cosa obtenida por un delito cometido por un poseedor anterior. Para que exista este delito no es preciso que el ele-

mento moral, la intención delictiva, la mala fe, haya existido en el origen de la posesión. Basta con que en un momento cualquiera, se haya unido al elemento material, a la detentación.

»Un individuo recibe de buena fe una cosa que procede de un delito. La persona desposeída la intima a que se lo restituya. El se niega. Se pretende que a la buena fe ha sucedido la mala fe. Y puede ser perseguido por receptación.»

Es cierto que, como dicen los MAZEAUD y JUGLART, «las sentencias de lo criminal (citan Crim. 18 de julio de 1936 y Crim. 7 de julio de 1944) recogen expresamente la afirmación de que la mala fe, que sobreviene después de la toma de posesión, impide al poseedor prevalerse de la regla del artículo 2.279». Con esa posición, explican estos mismos autores, «el artículo 2.279 pierde toda significación y todo alcance, puesto que necesariamente, después de la reivindicación, el adquirente se entera de que ha adquirido *a non domino*. Si esta Jurisprudencia se desarrolla, el propietario de un mueble adquirido por un poseedor de buena fe, tendrá un medio muy cómodo de eludir las disposiciones del artículo 2.279 C. c., y de recuperar su cosa; le bastará constituirse en parte civil contra el poseedor y alegando la receptación, demandar la restitución de la cosa, restitución que la jurisdicción penal tiene competencia para ordenar.»

HUGUENEY ha llegado a decir —como en francés, transcribe MIQUEL (pág. 218)—: «El artículo 2.279 C. civ. está herido. Si no se le cura la herida, puede morir del accidente.»

Suele hoy llamarse «progresivo» a lo que sigue el «sentido de la historia». Pero, con ese criterio, lo «progresivo» puede convertirse fácilmente en «regresivo». Basta que cambie de dirección el viento de la historia. Hago este comentario porque advierto que la interpretación «germanista» del art. 464, 1, que más de un autor ha denominado «progresiva», en las perspectivas más modernas que mejor han profundizado en el tema, aparece como «regresiva».

Tal vez haya sido un sarampión frente al cual se ha descubierto ya la vacuna; y, por diversos medios, se trata de aplicarla.

