

ROBO Y HURTO EN EL CÓDIGO CIVIL: ESPECIALMENTE EN LOS ARTÍCULOS 1956 Y 1962*

OSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS ARTÍCULOS 1771 Y 1784 RELATIVOS AL DEPÓSITO.- III. ROBO Y HURTO EN LOS ARTÍCULOS 1956 Y 1962. SU RELACIÓN CON LA EXPRESIÓN «PRIVACIÓN ILEGAL» UTILIZADA EN EL ARTÍCULO 464.- IV. LOS ORÍGENES FRANCESES DEL PROBLEMA.

I. INTRODUCCIÓN

El Código civil utiliza los términos «robo» o «hurto» en varios lugares¹ con un valor que sólo en alguna ocasión ofrece verdaderas dificultades interpretativas. La cuestión consiste, por un lado, en si se utilizan en el sentido propio que tienen en el Derecho penal o, por el contrario, carecen de la precisión propia de los tipos penales, y, por otro, en si las normas civiles que los emplean pueden ser extendidas por analogía a otros delitos contra el patrimonio, como estafa y apropiación indebida. También habría que resolver otra cuestión, si se sostuviera la dependencia de la interpretación del Código civil respecto de los conceptos penales, consistente en si esa dependencia se comporta como remisión estática o dinámica. Mas para quienes sostenemos la posible independencia, en principio, de los términos usados en el Código civil, esa cuestión solamente se plantearía si en el supuesto concreto apareciera como necesaria la vinculación a los conceptos penales. En cualquier caso, parece que la evolución del Derecho penal no puede, ni debe, acarrear por sí sola un cambio de interpretación de las normas civiles que, por su parte, se mantengan sin variación y ajustadas a su propia ratio.

* Dedicado con admiración y afecto a Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, que escribió su tesis doctoral sobre la distinción robo-hurto, y a quien quizá puedan interesar estas mínimas notas que no pudieron publicarse en el libro de su homenaje.

** Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Artículos 1771, 1784, 1956 y 1962.

Sin embargo, creo que la evolución de los tipos penales, especialmente la del hurto y la de la apropiación indebida, ha tenido de hecho considerable importancia en la interpretación del Derecho civil. Me propongo ilustrar mínimamente esta afirmación con la exposición de algunos problemas interpretativos vinculados al empleo por el Código civil de los conceptos «robo o hurto».

Parece claro que esos conceptos penales no son empleados por el Código civil con un sentido invariable. El art. 1771 pone de manifiesto de manera contundente que, aunque el Código utilice en él la expresión «cosa hurtada», la norma es aplicable también a los supuestos de robo, estafa o apropiación indebida. La norma del art. 1956 también ha de extenderse por analogía a los delitos de apropiación indebida y estafa. Por el contrario, el art. 1784 que habla de robo a mano armada, es claro que no debe extenderse al hurto, ni a la estafa, ni a la apropiación indebida. El art. 1962, por su parte, afecta a una difícil cuestión en la que, por su relación con el art. 464, ha sido utilizado por una relevante corriente doctrinal y por una sentencia del Tribunal Supremo —si bien en contra de otras— pretendiendo que emplea los conceptos en el sentido propio que tienen en el Código penal.

II. LOS ARTÍCULOS 1771 Y 1784 RELATIVOS AL DEPÓSITO

Estos dos preceptos muestran que estos términos penales son utilizados por el Código civil una vez sin precisión, obligando a la analogía, y otra vez excluyéndola.

El art. 1771 emplea la expresión «cosa hurtada», pero, por su *ratio*, debe comprender, además del hurto, otros delitos en contra del patrimonio, pues impone al depositario que descubre que la cosa depositada ha sido «hurtada» y que sabe quién es su dueño, el deber de hacer saber a éste el depósito. Es obligado entender que el mismo deber ha de incumbir también al depositario de cosas robadas, apropiadas indebidamente o estafadas. Así, BADOSA dice, acertadamente: «la expresión «hurtada» debe entenderse en el sentido genérico y «civil» de «privación ilegal» de los arts. 464 I y 1955 III que incluyen las modalidades penales del «hurto» y el «robo» (arts. 1956 y 1962 II)», y si bien en este lugar no dice nada de las cosas estafadas y apropiadas indebidamente², en otro lugar, con razón las ha considerado comprendidas en la expresión «privación ilegal»³.

El art. 1784 habla de «robo a mano armada» y aquí, por el contrario, es claro que no cabe extender la norma a otros tipos penales, porque se trata de la

² Comentario del CC, Ministerio de Justicia, art. 1771, ed. 1991 p. 1668.

³ Voz «Justo título» en NEJ Seix, Barcelona 1971, XIV p. 695.

exención de responsabilidad de los hoteleros por los daños en los efectos de los viajeros procedentes de robo a mano armada «u otro suceso de fuerza mayor». Es claro que los hoteleros responden de los hurtos que sufren sus clientes si estos observan las prevenciones que les hicieren. Si fuera el caso, también responderían, si no pudieran restituir a sus huéspedes sus pertenencias, por haber sufrido una estafa relativa a ellas. También responderían si ellos, a su vez, confiaran los efectos de los viajeros a un tercero y éste se apropiara indebidamente de ellos. No cabe duda de que, en estos supuestos, no procede la exención de responsabilidad establecida para el de robo a mano armada.

He aludido a estos dos preceptos simplemente para ilustrar que en un caso es obligada la analogía y en otro, su exclusión. Además, junto a los artículos 1956 y 1962, son los únicos preceptos del Código civil, salvo error por mi parte, que emplean los términos robo o hurto.

III. ROBO Y HURTO EN LOS ARTÍCULOS 1956 Y 1962. SU RELACIÓN CON LA EXPRESIÓN «PRIVACIÓN ILEGAL» UTILIZADA EN EL ART. 464

Los preceptos que suscitan algunas dificultades interpretativas son el art. 1956, a mi juicio de fácil solución, y el art. 1962. Este precepto, en cambio, tiene escaso sentido en sus propios términos. La cuestión más importante, y también más llamativa, consiste en que un sector relevante de la doctrina sostiene que, bajo la expresión «privación ilegal», el art. 464 se refiere exclusivamente a los delitos de robo y hurto, precisamente, por la remisión indirecta que el art. 1962 efectúa a dicho art. 464. Es decir, se aludiría, según esta opinión, a los delitos de robo y hurto en su sentido penal propio, pero sin mencionarlos, en uno de los preceptos más polémicos del Código civil.

El art. 1956 dispone: «Las cosas hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por sus cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil nacida del delito o falta».

Este precepto ha sido interpretado por MORALES MORENO y ALBALADEJO⁴, a mi juicio correctamente, en el sentido de que la misma conse-

⁴ MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid 1971, p.183, con referencias históricas en p. 178. ALBALADEJO, Comentario al art. 1956 en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, dirigidos por el mismo, ed. EDERSA, Madrid 1993, XXV-I, p. 372-373; en cambio, LUNA SERRANO en *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, no alude a la cuestión.

cuencia normativa debe aplicarse a las cosas estafadas o apropiadas indebidamente. Con razón dice MORALES: «Aunque el art. 1956 en su principio tan sólo se refiera al hurto o al robo, la referencia a estos tipos no es óbice para la inclusión de cualquier otro delito o falta contra la propiedad de los bienes muebles... La terminología, hurto o robo parece, por tanto, un residuo histórico, por ser estas palabras las más utilizadas en nuestras antiguas leyes»⁵. Aquí no se debe excluir de antemano la analogía, porque no se trata de una norma penal. La analogía parece aplicable, porque la misma *ratio* se da en supuestos que son semejantes a los mencionados literalmente. La finalidad de la norma es que el delincuente no prescriba adquisitivamente las cosas objeto del delito antes de que se hayan producido las prescripciones extintivas que el precepto señala. Debe ser indiferente, a este efecto, que el delito sea un hurto, un robo, una apropiación indebida o una estafa. No veo ninguna razón para negar la analogía⁶; no se trata de una norma penal, sino de una regulación civil sobre pérdida y adquisición de la propiedad.

Otras cuestiones que suscita el art. 1956 deben quedar aquí sin tratamiento. Ahora bien, no debe silenciarse que este precepto es extremadamente favorable para los delincuentes, porque el plazo de la prescripción adquisitiva extraordinaria de bienes muebles, que sería aplicable, es muy breve (seis años, art. 1955.2) y también lo es la prescripción del delito (art. 131 Código penal) y de su pena (art. 133 Código penal). Por eso, hay que defender, conforme al principio romano del *odium furum*⁷—perfectamente aplicable en Derecho Privado—, que el plazo de la prescripción adquisitiva no se solapa con los de las prescripciones penales, sino que ha de sumarse al aplicable⁸. Si no fuera así, la prescripción de los delitos de robo, hurto, estafa o apropiación indebida (tres o cinco años) tendría lugar antes que la prescripción adquisitiva

⁵. MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, cit., p. 183.

⁶. La niega YZQUIERDO TOLSADA, «Tipología del justo título en la usucapión», en *ADC* 2001, p. 655 nota 262: «...en el artículo 1956 sólo cabe el hurto y el robo, como se deduce de su tenor literal». Mas es obvio que el tenor literal no es un argumento para negar la analogía.

⁷. D'ORS, Alvaro, «The "odium furum" of Gaius 4, 4», en *RIDA*, 12, 1965, pp.453-467. En este pasaje se trata de la acumulación de acciones en contra del ladrón, y no, claro es, de la usucapión en su favor. Como es sabido, en el Derecho Romano las cosas furtivas no eran usucapibles por nadie, ni siquiera por terceros de buena fe.

⁸. Se inclina por otra solución A. MORALES MORENO, «La usucapión», en *RJUAM* 3, 2000, p. 189, quien piensa que hay que «computar normalmente la usucapión, pero impedir que pueda ser opuesta al desposeído hasta tanto no se hayan extinguido las referidas acciones de responsabilidad». También antes en *Posesión y usucapión*, Madrid 1971.

(seis años) y la norma no significaría nada. Lo mismo, en caso de la prescripción de la pena (cinco años). La norma, además, es extraordinariamente benigna con los delincuentes, al aceptar que puedan adquirir por prescripción. Supone un cambio extraordinario respecto del Derecho anterior, en el que las cosas hurtadas o robadas, en el amplísimo sentido del *furtum* romano, no eran susceptibles de usucapición ni siquiera por un tercero de buena fe⁹, y en el que los delincuentes nunca podían adquirir por ningún género de prescripción. No hay ninguna necesidad de hacer una interpretación favorable a los delincuentes, para que se hagan dueños de los objetos robados o hurtados en el menor tiempo posible de entre los propuestos por las diversas interpretaciones. Más bien repele al sentimiento jurídico que el Derecho consagre tal adquisición de la propiedad de los objetos hurtados o robados por haber sido poseídos por el ladrón. Por ello, el precepto debe ser interpretado en favor del propietario, en el sentido de que su sacrificio y el correlativo beneficio del ladrón sean los menores posibles.

Ahora bien, en cuanto a la acción para exigir la responsabilidad civil, la cuestión es distinta. Si se sostiene que esta acción, cualquiera que sea la pretensión que se ejercite, prescribe a los quince años, la norma ya no resultaría superflua, aunque los plazos de la prescripción adquisitiva corrieran paralelamente con los de esta acción, porque nunca podría usucapirse antes de los citados quince años. Otra cosa es, evidentemente, si se supone que la acción de responsabilidad civil prescribe al año. A mi me parece que la responsabilidad civil, tal como describe su contenido el art. 110 del Código penal, no constituye una única pretensión sino varias, como sostiene LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA¹⁰, y el problema entonces es si cada una de estas pretensiones tiene su propia prescripción. Si esto fuera así, como parece razonable, el plazo de prescripción de la pretensión restitutoria por responsabilidad civil (art. 110-1 del Código penal) para recuperar la posesión por una acción real debería ser el de seis años establecido por el art. 1962. En tal caso, la norma del art. 1956 tampoco añadiría por esta razón ningún tiempo a los seis años de prescripción adquisitiva. Por tanto, si la norma ha de tener alguna eficacia y no se quiere favorecer una prescripción adquisitiva tan excepcional, parece preferible sumar los plazos civiles a los penales y que los sujetos citados en el art. 1956 no empiecen a usucapir hasta el cumplimiento de las prescripciones penales.

⁹ Solamente se admitía la prescripción de treinta años, pero no la usucapición de tres años.

¹⁰ C. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia 1997, p. 43-45.

Otro precepto que utiliza los términos hurto y robo es el art. 1962. En este precepto se contiene una extraña remisión al art. 464¹¹. Es extraña doblemente,

¹¹. ALBALADEJO, *La prescripción extintiva*, 2ª ed., Madrid 2004, p. 65, lamenta que la doctrina no haya dedicado al precepto la suficiente atención para explicarlo. No obstante, de los autores que se han ocupado del mismo al interpretar el art. 464 sólo cita a FUENTES PÉREZ, aunque sin exponer su interpretación, omitiendo lo que del art. 1962 han dicho, entre otros, DE BUEN, HERNÁNDEZ-GIL, VALLET DE GOYTISOLO, DE LA CÁMARA, y yo mismo. Si los problemas de este artículo consisten, en buena parte, en explicar el sentido de la excepción que contiene la remisión al art. 1955-3º, y, a su vez, la de éste al art. 464, no se puede ignorar a la doctrina que se ha ocupado de esas remisiones. Si se sigue la tesis germanista de este último precepto, el art. 1962 debe leerse coherentemente con ella y entonces es verdad que no tiene explicación. Por eso, HERNÁNDEZ-GIL, de manera que le honra científicamente, no quiso descartar la posibilidad de un error en la remisión del art. 1962 al art. 464 a través del art. 1955. Con la lectura de ALBALADEJO, el ladrón queda a salvo de la acción reivindicatoria a los seis años desde que el propietario haya perdido la posesión y además con independencia del tiempo que hay durado su posesión. No parece admisible esa lectura y menos decir que si el dueño, que sigue siéndolo, se queda sin acción, será por su culpa (*La prescripción extintiva*, p. 62), cuando ha sufrido, por ejemplo, un robo. También puede suceder que, por ejemplo, el propietario pierda la cosa, la encuentre alguien que se la apropie y a éste se la robe un tercero. Según la opinión de ALBALADEJO, si han transcurrido seis años desde que el propietario perdiera la posesión, el ladrón puede excepcionar la prescripción extintiva, cualquiera que sea el tiempo de su posesión y también, según ALBALADEJO, con independencia de la situación de la prescripción del delito. Mas esto no es una prescripción de una acción, es decir, de una pretensión. La pretensión, como la obligación, se da entre sujetos determinados. Una es la pretensión del propietario contra quien se apropió indebidamente de la cosa perdida y otra, la del propietario contra el ladrón. Si se estima que la prescripción corre con independencia de que exista un sujeto pasivo de la pretensión y de la referencia a él de la pretensión, en realidad no se tratará propiamente de una prescripción extintiva de acciones, sino de otra cosa bien diversa. Es cierto que el art. 1962 determina que la prescripción de la acción real comience desde la pérdida de la posesión, pero si lo que prescribe es una acción, que no es otra cosa que una pretensión contra un sujeto determinado, y no una acción en abstracto, entonces no puede surgir más que en el caso del nº 4 del art. 460, es decir, por la posesión de otro en contra de la voluntad del poseedor anterior. Otra lectura del art. 1962, inventaría una figura distinta de la prescripción extintiva de acciones. Lo que prescribe es el derecho a exigir de otro que dé, haga o no haga algo, es decir, en las acciones reales, la pretensión que nace contra un sujeto determinado por una violación también determinada del derecho real. No prescribe la acción reivindicatoria en abstracto, sino la que se tiene en concreto contra un sujeto determinado. Una acción no puede prescribir en tanto no exista, y el Código de acuerdo con su «naturaleza», fija la existencia de la acción reivindicatoria desde que hay un propietario no poseedor y correlativamente un sujeto pasivo que niega la restitución.

Hay que advertir que aunque el art. 348 diga que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla, un tenedor de la cosa que reconozca a otro como dueño debe comunicar a éste la demanda (art. 1559 CC). Esta *nominatio domini* es distinta de la

primero, porque no parece tener ningún sentido y, segundo, porque se hace a través de la remisión efectuada por el art. 1955.3 al citado art. 464. Es decir, remite a una norma de remisión. El precepto no parece tener sentido en su remisión indirecta al art. 464, porque después de establecer que las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de pérdida la posesión, dice «salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al art. 1955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo en que se estará a lo dispuesto en el párrafo 3º del citado artículo». Se trata, por tanto, de una regla exceptuada, no se sabe bien si por dos excepciones o por una que, a su vez, sufre una propia excepción.

La primera excepción es bien clara: la acción real no puede dirigirse contra un poseedor que haya poseído *ad usucapionem* de buena fe durante tres años, porque éste habrá adquirido la propiedad de la cosa poseída por usucapión ordinaria (art. 1955.1). Es decir, la acción reivindicatoria no procederá, aunque, en rigor, no sea por haberse extinguido por prescripción extintiva, sino por no ser ya propietario el reivindicante, y ello antes del plazo de seis años al que alude la regla del art. 1962. Esta excepción no plantea dudas.

Las dificultades se presentan cuando se trata de precisar el sentido de la segunda excepción o, para otros, de la excepción de la excepción. No es comprensible que se exceptúe el plazo de prescripción de seis años sin establecer otro que lo sustituya o, en otro caso, sin establecer la imprescriptibilidad de la acción. Como en el art. 464, al que, como queda dicho, se dirige la remisión in-

laudatio auctoris. A. PÉREZ (Praellectiones Cod. Iust. 1671) citado por Gillis, *Gewährschafszug und Laudatio auctoris*, Breslau 1913, p. 89, distingue entre quien posee en nombre propio y quien posee en nombre ajeno: «*Distinguendum est emptor a colono et a quocumque alio alterius nomine possidente. Nam emptor, qui proprio nomine tamquam dominus possidet, iudicium in suo domicilio subterfugere non potest. Potest quidem venditori denunciare, eumque vocare, ut ad defendendum veniat propter periculum evictionis, quod illi imminet, sed venditor tantum liti adsistet, neque a suum iudicem provocare poterit*». Quien posee en nombre ajeno: «*non tantum potest, sed etiam tenetur rei dominum nominare eique litem denuntiare: qui dominus ipse litem in se transferet, dato ei ad veniendum tempore*». En el mismo lugar, véase la cita de Gillis a Brunnemann (Comm. In L. Lib. Pand. 1701): «*nominatio est actus, qua actione reali vel in rem scriptam conventus iudicium transfert in dominum, seu eum cuius nomine possidet, sui liberandi causa. Denuntiatio autem est actus, quo reus conventus petit, ut auctor citetur sui defendendi gratia*». Véase también en p. 87, la opinión del canonista TANCREDUS, según el cual, el que posee en nombre ajeno debe nombrar inmediatamente a aquella persona para la que posee y si no lo hace «*auferenda est ei possessio*». Un poseedor en nombre ajeno que no designa a la persona en cuyo nombre posee y no reconoce como dueño al reivindicante asume una posición propia que le convierte seguramente en poseedor en concepto de dueño: «*Protestatio facto contraria non valet*».

directa del art. 1962, no hay ningún plazo y la imprescriptibilidad de las cosas es inadmisibles, entre otras razones, porque el art. 1956 las hace incluso prescriptibles para los mismos delincuentes, la remisión o está equivocada y debe rectificarse a otro lugar o carece de sentido¹².

Mas también se han intentado otras explicaciones: lo que exceptúa la segunda excepción no es el plazo, sino que éste empiece a correr desde la pérdida de la posesión¹³. Esta explicación, que me parece acertada en su alcance normativo, en cuanto ponga en juego el antes citado art. 1956, continúa, sin embargo, sin aclarar el porqué de la remisión al art. 464, en el que ni hay un plazo ni una regla sobre el comienzo de la prescripción. Por tanto, esta explicación debería presuponer que la remisión es errónea en sus términos literales, lo que parece lo más plausible. La mención de robo o hurto en el art. 1962 tiene sentido en relación con el art. 1956, al hacer coincidir el comienzo de la prescripción extintiva de la reivindicatoria con el comienzo de la prescripción adquisitiva de los sujetos citados.

Otros autores entienden que la segunda excepción es en puridad una excepción a la primera excepción, de manera que, en los supuestos que cita, no procede la usucapión ordinaria a favor de un poseedor de buena fe¹⁴. Mas esta

¹². VALLET DE GOYTISOLO, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464», *ADC* 1956, p. 391.

¹³. DÍEZ-PICAZO, «Comentario al art. 1962», *Comentarios el CC*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 2155: «De los preceptos a los que la remisión se produce, no es posible extraer ninguna regla especial respecto de la prescripción extintiva de la acción de reivindicación mobiliaria en aquellos casos». Antes ha señalado también con razón: «A la remisión debe añadirse también el art. 1956».

¹⁴. FUENTES PÉREZ, «Coordinación del art. 464 con los 1955 y 1962, todos del Código civil», *RCDI* 1960, p.535. la objeción fundamental que merece la lectura del art. 464 por este autor es que entiende que el título del art. 464 es sólo para adquirir por usucapión, cuando el título puede cumplir esa, pero también otras funciones. Parte, como casi todos los autores, del error de que «sin embargo» significa una excepción (dice «partiendo del único hecho cierto que la palabra *sin embargo* tiene carácter de excepción», p. 537, lo que no es así) y de que hay una regla general y una excepción en el art. 464-1, pero para excluir la usucapión ordinaria en los casos de cosas perdidas o privadas ilegalmente, lo que, a mi juicio, no resulta ni del art. 464 ni del art. 1955. Comparte la opinión de HERNÁNDEZ GIL sobre el concepto de privación ilegal equivalente a robo o hurto por la remisión del art. 1962, pero niega que el art. 464 establezca una adquisición a *non domino*. RODRÍGUEZ-ROSADO, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC* 2004, p. 1069, cree que, según la tesis de Vallet y mía—que, sin embargo, al final prefiere a las demás— no se explican bien las remisiones del art. 1962 al art. 1955 y de éste al art.464. A mi juicio, la remisión del art. 1955.3 al 464 no presenta ningún problema:

sería una extraña forma de delimitar el ámbito de aplicación de la usucapión ordinaria. Esta opinión, si bien ofrece un significado a la remisión, lo hace sin suficiente apoyo textual y conduce a un resultado poco aceptable, porque, respetando la letra, se habría de sostener que las cosas adquiridas por un comprador de buena fe en venta pública no estarían sometidas a la usucapión ordinaria, lo que no es aceptable. Menos aceptable es, además, que solamente estén protegidos con el derecho al reembolso del precio los compradores en venta pública de cosas perdidas, robadas y hurtadas, mientras que los demás no tendrían esa protección¹⁵. Tampoco la letra resulta coherente con esta interpretación, porque no se ve la razón para que el art. 1962 cite los supuestos de extravío y venta pública, por una parte, separando su mención de la de hurto y robo, si es que los casos de venta pública del art. 464 sólo fueran los de extravío, hurto y robo, como pretende esta tesis que también reduce el concepto de privación ilegal a robo o hurto. En realidad, pese a que esta tesis ha argumentado con el párrafo dos del art. 464, cuando emplea cosa sustraída, para ceñir a robo o hurto el sentido de privación ilegal, conduce a dejar sin protección a los compradores en venta pública de cosas que no sean perdidas, robadas o hurtadas.

los plazos de usucapión no inciden en la especialidad de la reivindicatoria de bienes muebles que consiste en reglas sobre la prueba del dominio, diferentes de las aplicables a los inmuebles. En la versión del Proyecto de 1882 (art. 469) se añadía en el art. 464 «acreditándolo en forma», con lo que la remisión del art. 1955 podía entenderse hecha a una modalidad especial de reivindicatoria por la carga de la prueba distinta de la inmobiliaria. Cuando el art. 1955.3 remite al 464 «en cuanto al derecho del dueño para reivindicar la cosa mueble perdida o de que hubiese sido privado ilegalmente» no es necesario entender, con estos autores, que no cabe la usucapión ordinaria de estas cosas. Eso no resulta del texto y, en cualquier caso, no se ve por qué la remisión no excluye también la extraordinaria que también figura en el mismo art. 1955. Los plazos de usucapión tampoco inciden en los casos de venta pública y, sin embargo, estos también están comprendidos en la remisión, porque a lo que alude el art. 1955.3 es a las modalidades de la reivindicatoria o a su exclusión (comerciante, Bolsa etc), pero no a plazos diversos para unas cosas u otras. Tampoco se entiende bien que, si según esta tesis, lo que se exceptúa en los casos de pérdida o privación ilegal es la equivalencia al título para la usucapión, eso tenga influencia en la procedencia de la usucapión ordinaria, porque una cosa es que el poseedor de buena fe se beneficie o no de la equivalencia a título, en sentido probatorio o sustantivo, y otra, que no se puedan usucapir ordinariamente las cosas perdidas o privadas ilegalmente por un poseedor de buena fe que pruebe su título, verdadero y válido. Interpretación que, en cualquier caso, choca, como se ve, con el silencio del CC sobre el título en el art. 1955. No me parece acertado mezclar la equivalencia a título con la procedencia de la usucapión ordinaria por razón de las cosas.

¹⁵ FUENTES PÉREZ, Coordinación, cit. p. 536 cuando habla de la remisión del art. 1962 no menciona la venta pública.

A mi juicio, el art. 464.2 habla sólo de cosa perdida o sustraída, porque procede del art. 1962 del Proyecto de 1851, cuya redacción parecía limitar la protección de los compradores en venta pública a los casos de cosas perdidas o hurtadas. Como en este proyecto no existía ninguna otra protección de los compradores de buena fe, se trataba de un defecto debido al uso del concepto de hurto en un sentido impropio y amplísimo, y la protección debía entenderse aplicable a toda clase de cosas¹⁶. RODRÍGUEZ MOURULLO en su estudio sobre la distinción hurto-robo en el Derecho histórico español dedica algunas páginas a la doctrina de final del siglo XVIII y primera mitad del XIX, en la que el uso de estos términos es vacilante, y concluye: «La postura de estos autores está suficientemente clara. No distinguen dos delitos, sino, dentro de un delito único, unos casos más graves. Sólo a estos efectos de imposición de pena se distinguen ciertos supuestos de hecho»¹⁷.

La opinión mayoritaria es que la remisión indirecta del art. 1962 al art. 464 carece de sentido, porque en este precepto solamente se establecen reglas sobre la reivindicatoria de bienes muebles, pero ninguna sobre el plazo de

¹⁶. No entiendo como ESPIAU, p. 108, nota 285, puede opinar en contra y decir: «... lo que sucede es que no procede la reivindicatoria del dueño». ¿Hablamos del Proyecto de 1851 o del Código vigente? Si hablamos del Proyecto no veo de dónde extrae ESPIAU esa regla, ya que no existía otra protección del comprador de buena fe, porque no existía la regla de la equivalencia al título. Naturalmente, los compradores de buena fe gozaban en el Proyecto de 1851, como hoy en el Código civil de normas de protección, pero que no tienen nada que ver con la equivalencia de la posesión al título. Así, el adquirente de buena fe estaba protegido: a) por la usucapión, b) por la clásica regla de origen romano (*lex Quotiens*, Código Justiniano 3,32,15) de preferencia, en caso de doble venta, del comprador que fuera primero en la posesión; regla corregida por la exigencia de buena fe (art. 982, correspondiente al 1473.1 actual en cuanto a los muebles), c) por la norma que establecía que la resolución por incumplimiento no alcanza a tercero de buena fe (art. 1043 del Proyecto, como en el actual art. 1124 in fine, que a veces se olvida al comparar el art. 464 al 34 LH, pues es el art. 1124 el que protege al tercero en caso de resolución), d) la de que la rescisión no se da contra tercero de buena fe (art. 1178, como el art. 1295 actual), o finalmente, e) por la del art. 1471 correlativo al actual 1540. Si hablamos del Derecho vigente, por tanto del actual 464, todo dependerá de nuevo de que entendamos por título, privación ilegal, etc. y nada de eso enerva que la regla del Proyecto debiera entenderse aplicable a todas las cosas, lo que significa que el uso de la palabra hurto era amplísimo, y no sólo por incluir las cosas robadas, sino cualesquiera otras. Este es el antecedente, guste o no, del segundo párrafo del art. 464.2 El precepto del Proyecto razonablemente interpretado se refería a todas las cosas, a pesar de hablar sólo de las cosas perdidas o hurtadas.

¹⁷. RODRÍGUEZ MOURULLO, «La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español», *AHDE* 1962, p. 102-105. Se refiere a Elizondo, Lardizábal, José Marcos Gutiérrez, Juan Sala y Ramón Salas.

prescripción adquisitiva o extintiva de los mismos. Sin embargo, algunos autores, los partidarios de la llamada tesis germanista en la interpretación del art. 464, han atribuido a la expresión «hurto o robo», utilizada en esa remisión, una importancia capital para resolver la polémica en torno a dicho precepto, esto es, para precisar el sentido de la expresión «privación ilegal», y ello a pesar de reconocer que la remisión carece de sentido¹⁸.

Se produce entonces un curioso desdoblamiento hermenéutico: la remisión no tiene sentido normativo, si su destino es el art. 464, pero, sin embargo, sirve, a estos autores, para interpretar en este precepto la expresión «privación ilegal», que, gracias a esa remisión, queda reducida a «robo o hurto», con exclusión de la apropiación indebida y de la estafa y otras privaciones igualmente ilegales¹⁹. Esta argumentación es más que un propio argumento sistemático, un simple recurso retórico, porque unas palabras sin sentido en la dirección que esta tesis precisa, es decir, en relación con el art. 464, no pueden dotar de sentido a éste.

La incoherencia interpretativa también se proyecta, desde otra perspectiva, en la interpretación del art. 464 cuando, si bien acertadamente se han extendido los supuestos de robo y hurto en el art. 1956 hasta comprender los de estafa y

¹⁸. El argumento fue desarrollado por HERNÁNDEZ-GIL, para refutar uno contrario de DE BUEN apoyado en el mismo artículo, en «El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal», *RDP* 28 (1944) p. 512. El mismo HERNÁNDEZ-GIL no descartó que se tratara de un error consistente en que los casos de robo y hurto deban ser los del art. 1956.

¹⁹. Así lo entendió la STS 25.2.1992, que se aparta de la jurisprudencia del TS, aunque diga lo contrario. Si los *obiter dicta* de las sentencias no constituyen jurisprudencia, si sólo puede considerarse jurisprudencia aquello por lo que una sentencia decide (*ratio decidendi*), y, por tanto, *no es jurisprudencia lo dicho por una sentencia sobre casos que ella no está decidiendo*, la STS 25.2.1992 se apartó de la verdadera jurisprudencia del Supremo en la materia, porque citó unas sentencias entre las cuales no había ni una sola que hubiera decidido un supuesto de adquisición *a non domino* y no citó las que sí habían decidido en su contra (véase mi crítica a esta sentencia y el examen de la jurisprudencia pretendidamente germanista en *ADC* 1999, pp. 565-596). La sentencia de 25.2.1992 incompresiblemente citó en su favor sentencias que realmente no la apoyaban, porque ninguna decidió un caso de adquisición *a non domino*, y omitió las que sí la contradecían. Según esta sentencia, el embargo y posterior venta pública de bienes muebles por deudas ajenas, de las que el propietario no es responsable, no es una privación ilegal, porque no es un robo ni un hurto. Este significado de privación ilegal lo ha obtenido, entre otras razones, gracias a la citada remisión del art. 1962. GULLÓN, ponente de esta sentencia, había reconocido en el *Sistema de Derecho civil III* ed. 1977 p. 139, escrito en colaboración con DIEZ-PICAZO, que la citada remisión indirecta al art. 464 carecía de sentido. Esta apreciación se mantuvo hasta la 4ª ed. (1988) y desapareció a partir de la 5ª (1990).

apropiación indebida, sin embargo, en el art. 464 se reduce el sentido de privación ilegal a robo o hurto²⁰. Ahora bien, no quiero decir exactamente que sea incoherente aplicar la analogía en un caso y en otro una reducción teleológica. Lo que quiero decir es otra cosa. Cualquiera que sea el sentido de la remisión indirecta del art. 1962 al art. 464, lo cierto es que, a mi juicio, la regla general del art. 1962 relativa al plazo de seis años de la prescripción extintiva de las acciones reales sobre bienes muebles, debe quedar exceptuada por la del art. 1956. No parece sensato que el propietario pierda su acción reivindicatoria, en caso de hurto o robo, antes de que el art. 1956 permita al ladrón prescribir adquisitivamente. Por tanto, el art. 1956 es una excepción a lo dispuesto en el art. 1962, a pesar de que la remisión contenida en éste último literalmente no se dirija a ese precepto. De esta manera, el propietario tendrá más de seis años para reivindicar contra las personas citadas en el art. 1956. Ahora bien, si la regla del art. 1962 conforme a la que las acciones reales prescriben a los seis años, ha de quedar exceptuada por lo dispuesto en el art. 1956 y en este precepto los supuestos de robo o hurto deben extenderse por analogía a los de estafa y apropiación indebida, es inadmisibile —y aquí es donde está la incoherencia— que el art. 1962, que normativamente contiene una excepción aplicable a los casos de robo, hurto, estafa y apropiación indebida, sirva para reducir el significado propio de «privación ilegal» a los su-

²⁰ YZQUIERDO TOLSADA, compartiendo en principio mi crítica, afirma en «Tipología...», cit., en *ADC* 1999, p. 595: «Cierto que es paradójico que se quiera decir que los delincuentes castigados por el art. 1956 con el alargamiento de los plazos no sólo son los que cometen hurto y robo, sino también, por analogía, los que cometen apropiación indebida o estafa, y que en cambio se interprete que en la expresión «hurto o robo» del artículo 1962 no quepa la analogía para extender sus efectos a esos otros delitos. Pero es que yo creo que también en el artículo 1956 sólo cabe el hurto y el robo, como se deduce de su tenor literal». Como ya he dicho antes, YZQUIERDO no da una razón válida para excluir la analogía en el art. 1956. Además, mi querido amigo no reproduce exactamente ni mi argumentación, ni tampoco el objeto de mi crítica. No pretendo que a las cosas apropiadas indebidamente y a las estafadas se les apliquen los mismos efectos que el art. 1962 establece para las robadas o hurtadas, precisamente porque el art. 1962 carece de sentido propio y solamente lo tiene en cuanto menciona las cosas hurtadas y robadas si se le relaciona con el art. 1956. Por otra parte, no critico sólo que cierta doctrina aplique la analogía en el art. 1956 y no, en el art. 1962, sino también y sobre todo, que pretenda *reducir* el sentido propio de la expresión «privación ilegal» del art. 464 a robo o hurto, excluyendo de esa expresión cualquier otro delito o privación, aunque no sea delictiva, porque no debe olvidarse que la ilegalidad no se reduce a la infracción de la ley penal. Por tanto, no solamente una vez aplican la analogía y en otro caso, no, sino que una vez *reducen*, lo que es bien distinto, y otra aplican la analogía. Con ese proceder resulta que una expresión como «privación ilegal» significa sólo robo o hurto, mientras que donde el CC dice «robo o hurto» por analogía, esta vez correctamente, hay que entender comprendidas también la estafa y la apropiación indebida. Además la reducción de significado de privación ilegal se verifica con la ayuda de un precepto (el art. 1962) que no tiene sentido referido al que utiliza esa expresión (el art. 464) y sí lo tiene referido al que requiere la extensión por analogía a la estafa y a la apropiación indebida (el art. 1956).

puestos de robo o hurto. Dicho de otra manera más sencilla, si los términos «robo o hurto» en el art. 1962 solamente tienen sentido normativo en relación con el art. 1956 y aquí han de extenderse por analogía a la estafa y a la apropiación indebida, es claro que el art. 1962 no tiene fuerza normativa ninguna para reducir el significado de privación ilegal en el art. 464.

El art. 1962 al establecer el plazo de seis años para la prescripción de las acciones reales sobre bienes muebles, lo hace sin duda para coordinarlo con el plazo de seis años del art. 1955-2º. La coordinación continúa cuando exceptúa que el poseedor haya ganado por menos tiempo el dominio conforme al art. 1955 (tres años). Menos claro es qué sucede en los demás supuestos. Pero si atendemos a la obligada coordinación con otros preceptos, existan o no existan remisiones entre ellos, habrá que tener en cuenta que, en caso de extravío, el art. 615 impide al propietario reivindicar una vez transcurridos dos años desde el día de la segunda publicación del hallazgo. En caso de venta pública, el propietario ha de rembolsar al comprador de buena fe el precio dado por la cosa, pero no hay ninguna especialidad respecto del plazo de prescripción ni de su inicio. Me parece obvio que, después de tres años de posesión de buena fe, no hay reivindicatoria contra el comprador en venta pública ni siquiera contra reembolso del precio²¹. En los casos de robo o hurto la excepción no puede tener

²¹. Por eso no puedo compartir, entre otras razones (véase nota 14), la opinión de FUENTES PÉREZ, «Coordinación del art. 464 con los 1955 y 1962, todos del Código civil», *RCDI* 1960, p. 528 y ss. ni de RODRÍGUEZ ROSADO, que le sigue en este punto, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión (Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria)», *ADC* 2004, p. 1069. Este autor, sin embargo, termina su artículo sugiriendo como interpretación preferible del art. 464, la de Vallet y mía. El autor ha hecho un valioso estudio y ha ensayado una vía muy plausible para explicar la equivalencia a título de la posesión adquirida de buena fe. Se trataría de una regla para admitir el título putativo tratándose de bienes muebles. Es una de las posibles visiones de la regla, fuera de la tesis germanista. A mí, sin embargo, me convence más asignar a la equivalencia una función probatoria, pero que no dispense solamente de la prueba del título en la usucapión, sino dondequiera que la prueba del título sea necesaria, como en una reivindicatoria, a favor del demandante o del demandado, en las tercerías o en una acción de daños (existen bastantes sentencias en las que se utiliza la equivalencia para esta función). El título no es sólo de usucapión, es el título en la teoría del título y el modo, que unas veces cumple una función en la usucapión y otras como causa de la tradición, y cuya prueba en ciertos supuestos basta para probar la propiedad y en otros, no, según que otros elementos del supuesto de hecho normativo de la adquisición se den o deban darse por probados: por ejemplo, si dos hermanos discuten si recibió por donación la cosa que era de su padre el que de ellos es poseedor. Si se aplica la regla de la equivalencia al título en este caso, como hacen la doctrina y la jurisprudencia francesas, la propiedad del poseedor quedará totalmente acreditada. Tampoco se debe olvidar que la carga de la prueba de pérdida o privación ilegal que incumbe al reivindicante, significa precisamente imponerle la prueba de la subsistencia de su derecho a diferencia de los que sucede en la reivindicatoria de los

otro sentido que impedir la prescripción extintiva mientras no se produzca la prescripción del delito o falta cuando las cosas estén en poder de los que las hurtaron, robaron, estafaron etc. Vistas las cosas así, el precepto tiene sentido y las excepciones no hacen otra cosa, como seguramente no podría ser de otra manera, que evitar la descoordinación con otros preceptos.

La doctrina llamada germanista en la interpretación del art. 464 tropieza con muchas objeciones —que ahora no es el momento de repetir—, entre las que se ha destacado desde siempre la expresión «privación ilegal»²² (que, como hemos visto, se ha tratado de reducir infructuosamente a sólo los supuestos de robo o de hurto mediante la remisión sin sentido normativo alguno del art. 1962 al art. 464). Mas también se ha querido encontrar otro argumento en el mismo art. 464, cuando emplea en su segundo apartado la palabra «sustracción» en vez de «privación ilegal». «Sustracción» sería equivalente solamente a robo o hurto, y excluiría a la estafa y a la apropiación indebida. Me parece un

bienes inmuebles, en la que la subsistencia se presume. Muchos autores creen que la posesión en general ya desempeña esa función probatoria, pero la equivalencia y la carga de la prueba de pérdida o privación ilegal, proporcionan ventajas probatorias mucho mayores. También algunos piensan que asignar al art. 464. I una función probatoria es poca cosa, pero no creo que eso se pueda sostener sensatamente: me parece una función mucho más importante que una regla de adquisición a *non domino* pensada para las cosas apropiadas indebidamente (*contra legem*) que es el alcance de la equivalencia propio de la tesis germanista, aunque algunos lo ignoren.

²² No obstante, en rigor, en contra de la tesis germanista existen otras objeciones más fuertes. La primera y principal es que «título» y propiedad son dos conceptos inconfundibles con alguna dosis de rigor, al menos en el Derecho español. La segunda, y también esencial, es que la tesis germanista sostiene justo lo contrario de lo que dispone el art. 463. La tercera, no menos fuerte, es que el art. 1955, sin limitarse a los bienes muebles perdidos, robados o hurtados, exige tres años de posesión de buena fe para adquirir el dominio de cualesquiera bienes muebles, por lo que es inviable sostener que el poseedor de buena fe los adquiere instantáneamente. El argumento clave de la tesis germanista, aparte de la historia, a la que luego me referiré, es el adverbio anafórico «sin embargo», que utiliza para montar sobre él un argumento a contrario. Mas este es un argumento equivocado, porque «sin embargo» es un marcador del discurso que no refuta lo anterior, sino que se emplea precisamente para advertir que es errónea una conclusión que pudiera extraerse del miembro anterior del discurso. Es decir, en este caso, advierte que a pesar de que el poseedor tenga título, hay ocasiones en que se puede reivindicar contra él. Así, el título, en algunos casos, no es un obstáculo a la reivindicatoria, luego no es igual a propiedad. «Sin embargo» no es expresión ineludible de una excepción, como creyó HERNÁNDEZ GIL, sino advertencia frente a una conclusión errónea implícita en el miembro anterior del discurso. Solamente cuando se trata de un diálogo cabe que «sin embargo» exprese una refutación de lo anterior. No, en cambio, cuando se trata de un discurso de un único sujeto. Véase más adelante en el texto y en las notas 41, 42 y 43.

vano intento que recientemente ha vuelto a ensayar ESPIAU²³. Resulta curioso que este autor, que no sostiene la llamada tesis germanista, haga suyo un ar-

²³. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*, Barcelona 2004. La tesis que sostiene corresponde a la que ya sostuvo COSSIO: no hay adquisición a *non domino*, pero el propietario no puede reivindicar contra el poseedor aún antes de cumplirse la usucapión. Se trata por tanto de irreivindicabilidad hasta que, por usucapión, el poseedor adquiere la propiedad. No me parece convincente. Sin poder entrar aquí en detalles, se debe objetar en contra que «título» no es en Derecho español, como no lo era en el Derecho común europeo, «el íntegro supuesto de hecho del *ius possidendi*». Esta idea, que toma de su maestro BADOSA, parece una importación italiana que no es adecuada en Derecho español. El *ius possidendi*, si se adquiere por negocio inter vivos, depende también de una tradición efectuada por quien tenga poder de disposición. MANRESA (Comentarios, 1907, XII p. 822) lo explicaba así: «Una persona tiene derecho sobre una cosa; en ese derecho va envuelta la facultad de transmitirlo a otra distinta. El acto por virtud del cual el derecho pasa de una persona a otra persona, es lo que constituye el título. Descomponiendo estas dos ideas, y separando la primera, nadie duda que puede existir la segunda sola y por tanto con independencia de la otra. El derecho no existía realmente en la persona que transfiere; claro es que no se transfiere, porque nadie da lo que no tiene; pero puede existir el acto jurídico que produciría la transmisión del derecho, si tal derecho residiera en el transmitente, y ese es el título, tal como se define en el art. 1952». Esta explicación, que no se olvide, es la propia de nuestros legisladores de 1889, pues MANRESA perteneció a la comisión de Codificación, deja bien claro que una cosa es el título y otra el poder de disposición, a lo que yo añadiría que también la tradición es cosa distinta del título y, por supuesto, la usucapión. Ambas, usucapión ordinaria y tradición, requieren título traslativo verdadero y válido, pero la tradición requiere poder de disposición y la usucapión ordinaria, no.

Por tanto, si falta el poder de disposición, lo que es ineficaz es la tradición (como modo de adquirir), no el título. Este es *válido y eficaz* para los efectos que le son propios, y si no se produce la transmisión de la propiedad por falta de propiedad del tradente, no se trata de un defecto ni de su validez ni de la eficacia que le es propia por sí solo (obligacional y fundamentadora de efectos reales por tradición, si el tradente es propietario, o por usucapión, si el tradente no es propietario). En ambos supuestos de hecho normativos, el título produce efectos y es, por tanto, *válido y eficaz*; claro que eficaz para los efectos que le son propios, no para los que dependen de otros elementos del supuesto de hecho normativo. Si la equivalencia lo que proporciona es el título, y no existe otra regla protectora del poseedor, éste en unos casos podrá y en otros no podrá detener la reivindicatoria. Un título que no procede de un propietario o de quien no tenga poder de disposición, no puede paralizar la reivindicatoria. El mismo título, si procede del propietario o de quien tenga poder de disposición, sí la puede paralizar. En los supuestos en que el propietario haya perdido la cosa o haya sido privado ilegalmente de ella (en todo su propio sentido), el título de un poseedor posterior no procederá del propietario y, por tanto, éste puede reivindicar.

ESPIAU no ha seguido a BADOSA, sin embargo, en cuanto al concepto de «privación ilegal» cuando a mi juicio hubiera debido seguirle, porque ahí su maestro tiene razón. Tampoco debiera haber confiado en que las sentencias que cita, excepto la de 25.2.1992, constituyan una verdadera jurisprudencia favorable a la tesis germanista sobre el art. 464 CC. Así, las siguientes

gumento tan débil, pero imprescindible para esta tesis. Invoca este autor la doctrina que yo había citado²⁴ de GÓMEZ DE LA SERNA y Juan Manuel MONTALBAN, quienes dice, «destacan la característica de la «sustracción» —que se produce en el hurto, pero no en la apropiación indebida— como diferenciadora entre uno y otro delito»²⁵. La verdad es que no importa que estos autores, para quienes no ofrecía duda que las enajenaciones de los depositarios o comodatarios no podían privar al propietario de la reivindicatoria, dijeran que en las estafas y otros engaños no había sustracción. ESPIAU no cita otros textos del siglo XIX²⁶, en los que sustracción no equivale de ninguna manera a hurto. Así el art. 770 del Código penal de 1822, dentro del capítulo de las esta-

sentencias: STS 3.3.1980, origen de la confusión posterior, no estimó acreditado el derecho del tercerista, luego no tiene nada que ver con una adquisición a non dominio o irreivindicabilidad, STS 26.6.1984, en la que el tercerista tampoco probó su derecho y, por el contrario, se probó que estaba confabulado con el ejecutado para intentar levantar el embargo, y STS 15.2.1990, en la que hay una adquisición *a domino* clarísima. Ninguna de estas sentencias tiene nada que ver con adquisiciones *a non domino* o situaciones de irreivindicabilidad, pero se siguen citando en todas partes como si lo tuvieran. Quizá ESPIAU debería haber leído la crítica a este proceder y a estas sentencias en un trabajo titulado: «Notas sobre el artículo 464 y la reciente jurisprudencia», en una revista tan conocida como el *Anuario de Derecho Civil*, 1999, p. 565 y ss, trabajo que no cita.

Otra cuestión es la relativa a la aplicación del art. 464 a Cataluña. Me parece muy bien que no sea aplicable actualmente a Cataluña, si la única interpretación posible fuese la germanista o la que el autor propone, pero si se viera desde otros puntos de vista, la cuestión podría ser distinta. El artículo 464, en cuanto concede una acción a quien haya sido privado ilegalmente de la cosa, podría muy bien responder a principios correspondientes a la *actio spoli*, que, como es sabido, era de origen canónico y se impuso en el Derecho común europeo. Según RUFFINI, *La actio spoli*, reimpresión ed. 1899, Roma 1972, p. 395, el fundamento de esta acción no sólo es la violencia, sino cualquier «*iniusta causa amissionis*», compete contra cualquier tercero y su objeto no son sólo los inmuebles, sino también los muebles. Desde luego, en esta conexión «privación ilegal» tendría que tener todo su sentido. Me he ocupado muy brevemente del tema de la *condictio furtiva* y de la *actio spoli* en el *Usus Modernus* en un trabajo en el Libro Homenaje a mi hermano Juan, en prensa. Desde otro punto de vista, la prueba del título en las tercerías de dominio es una función de gran trascendencia práctica, que no debería quedar dificultada, y que, precisamente, es la función en la que más se ha aplicado el art. 464. I sin que tenga que ver con adquisiciones a non domino o irreivindicabilidad. La función probatoria de la regla seguramente es mucho más importante que una regla pensada para los supuestos de apropiación indebida, como entienden los germanistas y también el autor, aunque con otro alcance.

²⁴ *La posesión de bienes muebles*, Madrid 1979, p. 368 y nota 41.

²⁵ ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia de la posesión al título y la aplicación del art. 464 CC en Cataluña*, Barcelona 2004, p. 101 nota 259. En todo caso, para los autores citados era obvio que si el depositario enajenaba la cosa, el propietario la podía reivindicar.

²⁶ Estos textos ya los cite en *La posesión de bienes muebles*, cit. p. 368.

fas y engaños, decía: «Cualquiera que...habiendo contratado sobre alguna cosa la sustrajere y cambiare por otra antes de entregarla». En el capítulo de los abusos de confianza de este mismo Código, recoge el art. 777. 2ª parte el supuesto de «sustraer» una cosa que le ha sido entregada para su examen al autor del delito. El 545- 2º del Código Penal de 1870 decía: «haber auxiliado al concursado para ocultar o sustraer sus bienes». También el Código de comercio de 1829 contenía la misma expresión en el art. 1010.3º. El art. 893-4º del Código de Comercio (1885) igualmente se refería al auxilio al concursado para ocultar o sustraer sus bienes. Pero, además, como ya recordó VALLET DE GOYTISOLO, el mismo Código civil en el art. 1922 *in fine* utiliza la expresión sustracción para referirse al deudor que sustrajere sus propios bienes a la preferencia de su acreedor: por ejemplo, el arrendatario que se lleva de la casa arrendada sus propios muebles sin pagar las rentas debidas. Si en el art. 1922 el CC no utiliza la expresión «sustracción» en el sentido de robo o hurto, no hay razón para suponer que sí lo hace en un artículo que habla de privación ilegal²⁷.

En la jurisprudencia penal encontramos numerosas sentencias en las que la acción de este delito se describe como «sustracción»²⁸. Por ejemplo, STS (2ª) 24.9.2004: «Delito continuado de apropiación indebida, por cantidad de

²⁷. BOURJON, *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Paris 1747, tomo II, p. 559, afirma que ejerciendo el «*droit de suite*», el arrendador conserva su privilegio sobre los muebles del arrendatario incluso contra el propietario de la casa en la que los muebles hayan sido introducido; «*le fait d'un tiers, et un fait furtif ne doit pas le leur faire perdre*»; este privilegio o *droit de suite*, sigue diciendo, debe por tanto militar incluso contra un nuevo propietario; pero para conservar su privilegio es necesario que reivindique los bienes en un plazo breve. Señala también que «*l'enlèvement des meubles de la part du locataire ... c'est une espece de furt de sa part... tout enlèvement clandestin de la part de un locataire qui doit des loyers, doit été réputé furtif ...*». DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil III*, 7ª ed., p. 186 dicen que es discutible y discutido que el Código civil acoja el concepto penal de sustracción o hable en sentido vulgar, es decir, refiriéndose a una cosa de cuya legítima disponibilidad se priva a su propietario. Mas, como se dice después en el texto y en la nota siguiente, en Derecho penal no hay un concepto legal de sustracción como equivalente a robo o hurto. Muchas sentencias hablan de sustracción en casos de apropiación indebida.

²⁸. SAP Tarragona 10.11.2004 describe así, entre otras circunstancias, el delito de apropiación indebida: «...d) realización de alguna conducta de distracción o *sustracción*, consistente o bien en hacerse suyos los bienes o bien dando a los mismos un destino distinto para el que fueron entregados, transmutando la posesión legítima inicial con fines definidos y previstos en propiedad claramente antijurídica, o, al menos, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, sumando las cosas a su haber, disponiendo de ellas en provecho propio, distrayéndolas de su pactado o natural destino o negando haberlas recibido, todo ello de forma exteriorizada, o a través de actos concluyentes, significativos, reveladores de la voluntad

notoria importancia...en nuestro caso, la cantidad defraudada fue importante y la aparente incompatibilidad entre los arts. 74 y 250-6º debe resolverse en el

inequívoca de arrogación de poderes de dueño...». Véase también la STS (2ª) 18.10.1990: «el procesado, Director de la Oficina de la Caja XX, realizó en 1985 sin el conocimiento de los correspondientes clientes, las operaciones que se describen y que consistieron en hacer *sustracciones* de cantidades de determinadas cuentas corrientes que transfería a la de su esposa a través de operaciones contables...». También, STS (2ª) 21.6.2000: «A partir de 1988, doña Mª D.L. comenzó a detraer cantidades de dinero de la caja, realizando después diversas operaciones de tipo contable, a fin de que la cantidad que efectivamente quedaba en caja estuviera justificada con anotaciones contables falsas en cuentas. Asimismo, falseaba el documento de arqueos, en el que hacía figurar las cantidades que quedaban tras hacer los ajustes necesarios para simular las *sustracciones* que realizaba, presentándolo a la firma a sabiendas de que el responsable no comprobaba la realidad de lo que el documento reflejaba». Esta sentencia hace importantes reflexiones sobre las dificultades de distinguir entre hurto y apropiación indebida y cómo este delito ha ido ampliándose a costa del de hurto: «En todo caso, sí conviene destacar que los criterios simplistas de diferenciación de la Apropiación Indebida y del Hurto y a cuya virtud –según Sentencias de 28-4-1986 (RJ 1986, 2113) y 13-2-1989 (RJ 1989, 1555)– en la Apropiación Indebida el agente se apropia de cosas ajenas que se hallan en su poder en virtud de uno de los títulos posesorios.. y en el Hurto, el culpable toma y se apodera de lo que otro posee, mientras que en la Apropiación Indebida aquél se adueña o dispone de lo que el mismo posee por haberlo recibido del propietario, han quedado mermadas, no sólo con aportaciones doctrinales o matizaciones jurisprudenciales posteriores producto de una praxis nacida de la Reforma del Código Penal de 1983 y la fagocitación que del Delito de Hurto por parte del de Apropiación Indebida (al desaparecer el abuso de confianza como componente agravatorio del primero) supuso dicha reforma legal. Igualmente, STS (2ª) 12.4.2000: «la acusada Isabel B. G., fue contratada y pasó a trabajar como cajera en el supermercado... En sucesivas ocasiones, entre el 1 y el 14 de agosto de 1996 Isabel, aprovechándose de las ventajas que le proporciona el manejo de la caja a la que está adscrita en el establecimiento fue apropiándose de diversas cantidades de dinero, hasta un total de un millón novecientas noventa y tres mil seiscientas pesetas. Con el fin de que las *sustracciones* no fueran detectadas...De este modo consiguió realizar las *sustracciones* hasta que fueron descubiertas...». STS 14.2.1990: «aun prescindiendo en este caso de las primeras apropiaciones realizadas por el acusado y que sumaron la cantidad de más de nueve millones de pesetas, no debe olvidarse que las segundas, ascendentes en conjunto a tres millones doscientas setenta y siete mil doscientas cuarenta y una, son el resultado de diferentes y sucesivas *sustracciones* realizadas entre los meses de...». STS 10.2.2005: «En nuestro caso, nos hallamos ante un delito contra la propiedad de cosas muebles no fungibles, cuyo momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor se apodera de las cosas que legítimamente posee con «*animus rem sibi habendi*». Supone la culminación del despojo efectivo, y ello independientemente de que se realice a espaldas del titular y que por la poca o nula vigilancia, no llegue a enterarse del mentado despojo. El «*animus rem sibi habendi*» supone: a) la voluntad, al menos eventual, de privar de forma definitiva de los bienes al titular de los mismos mediante la *sustracción*; b) propósito de incorporar las cosas poseídas al patrimonio del agente, ejerciendo sobre ellos facultades propias del dueño...».

sentido de que la continuidad puede y debe estimarse en la individualización, pues de las *sustracciones* en que éste intervino, una de ellas era suficiente para aplicar el subtipo cualificado (art. 250.6 CP), al alcanzar 7.819.600 pesetas».

Si los autores del Código civil, siendo conscientes de la evolución de los tipos penales, como seguramente eran, hubieran querido limitar la reivindicatoria a los supuestos de robo y hurto, es presumible que no habrían sustituido la expresión francesa «*vol*» por la de «privación ilegal». Habiéndose encomendado a Silvela la redacción del precepto (acta de 24 de Enero de 1882 de la Comisión de Codificación), es presumible que la sustitución de «*vol*» por «privación ilegal» sea una elección plenamente consciente para evitar el sentido equivalente a robo o hurto de la palabra francesa. La elección de «privación ilegal» parece más bien fruto de una decisión plenamente consciente de la reducción que el concepto de «hurto» estaba experimentando en el siglo XIX, especialmente en unos años en los que proliferaron los proyectos de Código penal, en algunos de los que tanto Alonso Martínez, como Silvela estaban involucrados²⁹. Debe observarse, a este efecto, que el primer apartado del art. 464 es obra del año 1882³⁰, mientras que el segundo apartado, que es relativo a la venta pública, ya se encontraba en el Proyecto de 1851 en su art. 1962.

Decir que los comodatarios, depositarios o administradores no sustraen al propietario la cosa que tienen en su tenencia, custodia o posesión inmediata, no es más que una manera de hablar, por cierto, poco afortunada. La traducción literal de la palabra alemana «*Unterschlagung*», conforme con su etimología, es sustracción, y designa exactamente el delito de apropiación indebida³¹. Claro que esto no significa gran cosa, pero tampoco significa nada que algunos distin-

²⁹. Como refiere JIMENEZ DE ASÚA, Luis (*Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3ª ed., Buenos Aires, pp. 767-770), en 1882 se presentó el Proyecto de Alonso Martínez y en 1884 el Proyecto de Francisco Silvela, que había preparado su hermano, el famoso penalista Luis Silvela.

³⁰. Cárdenas, en la sesión de la Comisión de Codificación de 24 de enero de 1882, notó la ausencia de una norma que se refiriera a los efectos de la posesión de bienes muebles. La Sección encargó a Silvela la redacción del artículo. El acta de la sesión fue publicada por PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS en *ADC* 1965 p 916 y.s.

³¹. Por ejemplo, CARPZOVIVUS, *Iurisprudentia romano-saxonica: Lipsiae* 1674, fol. 1455 Pars IV, Constitutio XLI, Def. XIV: «*Substractio rerum fidei et custodiae alicujus absque administratione concreditarum, numquam suspendio, sed arbitrarie semper punitur*». Se refiere a los depositarios, comodatarios, arrendatarios, a los que no se les aplica la pena de la horca como correspondía a los administradores infieles. También H. HAHN, *Observata theoretica-practica ad M. Wesembecii*, Francfort y Leipzig 1706, pp.1038-1039: «*In subtractione et subersione rei fidei et custodiae alicujus absque administratione tamen concreditae ut in depositariis, commodatariis et tabellariis*».

gan el hurto de la apropiación indebida por la sustracción, porque además el Código civil en el art. 464 no dice solamente sustracción, sino también privación ilegal. Ahora bien, ni siquiera se puede decir que el Código penal caracterice la acción del hurto con la palabra sustracción, sino con la de «tomar» (art. 234), y mucho menos la del robo (apoderar). Sustraer es llevarse algo oculta o clandestinamente y desde luego no parece palabra muy apropiada para el robo. Según el Diccionario de la Real Academia: apartar, separar, extraer³².

Mas cualquiera que sea la palabra más adecuada para describir la acción en la apropiación indebida, lo decisivo es que la conducta de los que se apropian cosas ajenas, que tienen en su poder por cualquier título que les obligue a la restitución, está específicamente contemplada en el art. 463 del Código civil. Este es el precepto civil que corresponde al 252 del Código penal y su consecuencia jurídica es clara: los actos de los mediadores posesorios a los que alude no perjudican al dueño si este no los había autorizado o no los ratifica con posterioridad. Por tanto, éste puede reivindicar y es un intento vano tratar de retorcer la clara expresión «privación ilegal» para sostener que, en caso de apropiación indebida, el propietario no pueda reivindicar. La expresión privación ilegal en el artículo 464 concuerda plenamente con este precepto.

La cuestión es cómo se combinan los artículos 464, 1955, 1956 y 1962. La interpretación preferible será aquella que les otorgue un significado normativo compatible y más aceptable. Por el contrario, aquellas interpretaciones que solamente tratan de utilizar los preceptos para encajarlos en sus hipótesis sobre otros, sin preocuparse de su verdadero sentido, han de ser rechazadas.

Es premisa indispensable exponer esquemáticamente *la tesis germanista* del art. 464 y del art. 1955, para luego leer conforme a ella el art. 1962³³:

— Posesión de buena fe de cosas *ni perdidas ni robadas ni hurtadas*: adquisición instantánea.

³² VALLET DE GOYTISOLO, *La reivindicación*, cit. y en «De nuevo sobre la posesión de bienes muebles», *ADC* 1980, p. 294: «si el depositario o el comodatario o el administrador enajenan la cosa depositada, prestada o administrada la apartan, extraen o separan de su dependencia». Sobre la opinión contraria de DÍAZ-PALOS, «Posesión de bienes muebles y apropiación indebida», *Estudios Castán*, Pamplona 1969, 131-179, v. mi libro *La posesión de bienes muebles*, cit. p. 274-275 y 367-368.

³³ Intento hacerlo de la manera más clara posible para que esta vez lo entiendan los que habitualmente se quejan de no entender. Mas la complejidad, en gran medida, procede de la llamada tesis germanista.

- Posesión de buena fe de cosas *perdidas, robadas o hurtadas*: adquisición a los tres años.
- Posesión de buena fe de cosas *perdidas, robadas o hurtadas* adquiridas en venta pública: el comprador no las ha de restituir si el propietario no le reembolsa el precio de la compra.
- Posesión de mala fe de cualesquiera cosas: adquisición a los seis años.
- Posesión de las cosas *hurtadas o robadas* (e incluso las estafadas y apropiadas indebidamente³⁴) por los autores, cómplices o encubridores: adquisición a los seis años, siempre que hayan prescrito el delito, la falta y su pena, y la acción de responsabilidad civil.

Comprobemos ahora el texto del art. 1962 y leámoslo conforme a la tesis germanista:

1. *Las acciones reales, que contra el poseedor de buena fe sólo se dan respecto de cosas que sean perdidas, robadas o hurtadas, prescriben a los seis años.* Si la tesis germanista fuera correcta, en este lugar habría sido oportuno recordar que la acción reivindicatoria de bienes muebles no procede, como regla general, contra el poseedor de buena fe. Sobre todo si, como hace el precepto, se alude a la adquisición de la propiedad por la posesión de buena fe durante tres años como una excepción y al supuesto de venta pública en el que la protección es instantánea. DE BUEN y VALLET DE GOYTISOLO³⁵ valoraron esa omisión como significativa en contra de la tesis germanista, pues de existir la adquisición a non domino sería de obligada mención en un precepto que trata de la acción reivindicatoria. Más aún habría que haberla mencionado, cabe añadir, si como se pretende entre otros por la STS 25.2.1992, en este precepto es donde se delimitan verdaderamente los casos en que no procede la supuesta adquisición a non domino del art. 464.

2. *Salvo si el poseedor de cosas perdidas, robadas o hurtadas las ha poseído con buena fe durante tres años.* Esta es una lectura correctora del art. 1955.1, porque este precepto no limita a esas cosas la usucapión ordinaria. Se trata de una reducción del ámbito de la usucapión ordinaria que no resulta ni de la letra ni de los antecedentes (El Proyecto 1851, las sometía a doble tiempo),

³⁴. En opinión de ALBALADEJO, loc. cit.

³⁵. Vease el texto de DE BUEN citado en el espléndido trabajo de VALLET, «La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464», *ADC* 1956, p. 391.

impuesta sólo por la necesidad de salvar a la tesis germanista de un naufragio seguro ante esta norma³⁶.

3. *Y excepto los casos de extravío (cosas perdidas) y venta pública de cosas perdidas, robadas o hurtadas y los de cosas robadas y hurtadas, en que se estará a lo dispuesto en el art. 1955-3.* Para la tesis germanista y la STS 25.2.1992 los supuestos de adquisición por un comprador de buena fe en venta pública en el art. 464 sólo son los de cosas perdidas, robadas y hurtadas, porque en los demás el comprador de buena fe adquiere la propiedad instantáneamente tanto si adquiere en venta pública como si no. La mención de la adquisición en venta pública como un supuesto relevante en este precepto hace notar más aún que no hay otra protección del adquirente de carácter instantáneo.

Como se ve, según la tesis germanista, el art. 1962 se refiere a las cosas robadas y hurtadas en varios lugares: a) cuando alude a que un poseedor haya ganado por menos término el dominio (art. 1955-1, que, según esta tesis, sólo se aplica a las cosas perdidas, robadas o hurtadas), b) cuando alude a la venta pública, pues, según esta tesis el reembolso de que trata el art. 464.2 solamente se aplica a las cosas robadas o hurtadas, además de a las perdidas, c) cuando menciona los casos de hurto y robo. La regla de la prescripción de seis años no parece aplicable más que a casos muy marginales: cuando las cosas reivindicadas estén en poder de un poseedor de mala fe y no se trate de cosas perdidas, robadas ni hurtadas, pues estas cosas están exceptuadas. Lo mismo sucede con las cosas perdidas. Me parece que esta lectura del art. 1962 se descalifica por sí sola, pues supone que el precepto prácticamente sólo habla de cosas perdidas, robadas o hurtadas, sin establecer para la segunda excepción ninguna norma.

A mi juicio, el art. 1962 merece una lectura mucho más sencilla:

- Las acciones reales *sobre toda clase de bienes muebles*, prescriben a los seis años de pérdida de la posesión.
- Excepto que el poseedor de *toda clase de bienes muebles* haya ganado por menos tiempo el dominio, conforme al art. 1955.1 (tres años)

³⁶ Los autores que profesan la tesis germanista invocan el precedente francés y la historia, pero omiten decir que en el *Code civil* no hay usucapión de bienes muebles, sino un plazo de tres años que se ha considerado de caducidad. A su vez BOURJON, autor de cuyos textos se han extraído los argumentos de la tesis germanista, negaba la existencia de usucapión de bienes muebles en el Derecho francés común y en la costumbre de París. Esto representa una diferencia extraordinariamente relevante respecto de nuestro Código.

- Y salvo que la cosa extraviada haya sido consignada (a los dos años desde la segunda publicación se adjudica al hallador, art. 615)
- Y los casos de venta pública *de toda clase de bienes muebles*, en los que el propietario no puede reivindicar sin abonar el precio pagado por el poseedor de buena fe (art. 464.2)
- Y los casos de cosas hurtadas, robadas estafadas o apropiadas indebidamente que estén en poder de los autores de los delitos, de sus cómplices o encubridores en los que no empezará la prescripción hasta que no hayan prescrito el delito o falta, o su pena.

La norma del art. 1962 en cualquier caso debe conciliarse con los arts. 615 y 1956. Su remisión a otro precepto no debe variar la interpretación de éste, sobre todo si esa variación se apoyara en una remisión sin sentido. Si la remisión indirecta del art. 1962 al art. 464 en cuanto a los casos de extravío, robo o hurto carece de sentido, no puede servir para interpretar el art. 464.

Ahora bien, ¿cómo ha llegado a dominar a tantos autores un afán tan intenso de ver en el art. 464 los conceptos penales de robo y hurto cuando el precepto emplea una expresión tan amplia como privación ilegal? Existen diversas razones, de las cuales quizá la más importante, aunque parezca extraño, es la suposición de que en el art. 464.1 hay una regla general y una excepción.

El argumento clave de la tesis germanista, aparte de la historia, a la que luego me referiré, es el adverbio anafórico «sin embargo», que esa doctrina utiliza para montar sobre él un argumento a contrario: si «sin embargo» en los casos de pérdida o privación ilegal se puede reivindicar, en los demás no se puede reivindicar. Ahora bien, si el propietario se ha privado él mismo o ha sido privado *legalmente* de la cosa, que es lo contrario de haber sido privado ilegalmente, no se ve cómo cabe un argumento a contrario, porque obviamente no hay casos de reivindicación cuando el propietario o se ha privado el mismo o ha sido privado *legalmente*. La doctrina no piensa en estos casos, porque supone seguramente que esto no es un problema. Sin embargo, en muchos de los fueros invocados por MEREJA y GARCIA VALDEVELLANO éste era al parecer el problema básico, pues exigían al demandante que jurase no haber vendido ni donado el bien mueble. En la historia de la reivindicación mobiliaria es un problema básico la subsistencia del derecho del reivindicante, problema que se ha de resolver de manera muy diversa a lo que ocurre en los inmuebles. En muchos casos actuales de reivindicación mobiliaria se cuestiona si el reivindicante se ha privado o no voluntariamente de la cosa al encargar a otro su venta: por ejemplo, cuando entrega un cuadro a una galería de arte para su ex-

posición y venta o encarga la venta de una embarcación deportiva³⁷. Estos eran también los casos, en el París del XVIII, a los que luego aludiré de las revendedoras a las que se confiaban bienes para su venta.

Mas el argumento sobre todo es erróneo, porque «sin embargo» es un marcador del discurso que no refuta lo anterior, sino que se emplea, precisamente, para advertir que sería errónea una conclusión que pudiera extraerse del miembro anterior del discurso. Es decir, advierte que, a pesar de que el poseedor tenga título, hay ocasiones en que se puede reivindicar contra él. Esto es, advierte de que el título, en ciertos casos, no es un obstáculo a la reivindicatoria, luego título no es igual a propiedad, algo que, siendo además obvio, la tesis germanista se empeña en ignorar³⁸. «Sin embargo» no es expresión ineludible de una excepción, como creyó HERNÁNDEZ GIL, y entiende casi toda la doctrina, sino advertencia frente a una conclusión errónea que pudiera inferirse del miembro anterior del discurso³⁹. Los gramáticos nos dicen; «El conector

³⁷. SAP Barcelona 13.11.2003, aunque es inútil casi todo lo que dice del art. 464, porque era aplicable el art. 85 del Código de Comercio, no estaba claro si el padre había donado el cuadro a la hija que lo había entregado para su venta a la Galería de arte. SAP Baleares 20.9.2002, después de largas disquisiciones sobre el art. 464, parece que es aplicable el art. 85 Código de comercio, pero en cualquier caso la demandante había entregado a un comerciante una embarcación para su venta, es claro que se había privado voluntariamente de la cosa (de su propiedad) y no solamente de su posesión inmediata. Hay que censurar que las sentencias se dediquen a especular sobre temas que no importan a su decisión, como es el art. 464, si el aplicable es el art. 85 del Código de Comercio. La STS 22.1.2002, en un caso de un cuadro entregado a una galería de arte, dice: «Aun admitiendo que el contenido de la expresión «privación ilegal» es más amplio que el de su precedente legal el término «*vol*» del Código francés, y, por tanto, que no comprende sólo el hurto y el robo, sino que se extiende a figuras propias del «abuso de confianza» (STS 19.6.1945), lo que no es posible es apoyarse en una simplificación mutilada de los hechos que se establecen como probados y que concretan el supuesto depósito, con explicación suficiente sobre la finalidad del mismo, vinculada a un contrato de mandato de venta». Esta sentencia podría citarse en contra de la tesis germanista si se procediera de la misma manera que proceden tantos autores que invocan sentencias ligeramente. Lo mismo se podría decir de la STS 20.3.1991: «El motivo carece en absoluto de sentido, contraría a toda idea de justicia y desconoce que el art. 464 trata de proteger a los poseedores de buena fe y a título de dueños, circunstancia que no se da en quien no mereció ser calificado como poseedor a título de dueño y, además, *nunca priva al propietario del derecho a reivindicar la cosa de quien la posea*».

³⁸. DOMINGO DE SOTO recordaba hace muchos años: «*Diversam rem esse titulum dominii ab ipso dominio: id quod negligentius quidam Parisiensium considerant*» en *De iustitia et iure libri X*, Venecia 1594, p. 286. La cita se encuentra en HOFMANN, *Die Lehre vom titulus und modus adquirendi*, Viena 1872, p. 24.

³⁹. RAMS, *Comentarios al Código civil*, Coordinados por el mismo y Rosa M^a Moreno, dice que el párrafo primero del art. 464, como es bien sabido, se construye a partir de una regla

sin embargo muestra que el miembro en el que se encuentra elimina una conclusión que se pudiera inferir de un miembro precedente»⁴⁰ «*Pero, sin embargo, no obstante* son conectores denominados contra-argumentativos, que comparten la propiedad de suprimir una de las posibles inferencias que se podrían deducir del enunciado que les antecede»⁴¹. La posible inferencia que se suprime por el enunciado que encabeza el conector «sin embargo» es que contra un poseedor con título no se pueda reivindicar, y nos dice que contra un poseedor con título también se puede reivindicar. No suprime que un poseedor de buena fe de una cosa perdida o privada ilegalmente no tenga título, suprime la errónea inferencia de que no se pueda reivindicar contra un poseedor con título. Contra un poseedor con título siempre se ha podido reivindicar *si éste título no procede del propietario*, aunque sea un título hábil para transmitir el dominio verdadero y válido⁴². Veamos un ejemplo: «La semana pasada estuve en-

general seguida de una excepción, pues ese y no otro es el papel que se reserva en nuestra lengua a la expresión «sin embargo» que une a las dos proposiciones gramaticales. Me permito advertir a mi querido compañero que comparte un error generalizado, porque no es cierto que «sin embargo» no tenga otro papel que el que él, como tantos otros, le asigna. Ya lo reconoció uno de los más esforzados defensores de la tesis germanista, M. DE LA CÁMARA. Lo explica muy bien José PORTOLÉS, «Diferencias gramaticales y pragmáticas entre los conectores discursivos *pero, sin embargo y no obstante*», en *Boletín de la Real Academia Española*, mayo-agosto de 1995, pp. 231-269. «*Pero, sin embargo y no obstante* son conectores contra-argumentativos. Gracias a ellos, se introduce el segundo miembro como supresor de alguna suposición que se podría originar del primero». La suposición que se podría originar del primer miembro (La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título), que suprime el miembro encabezado por *sin embargo*, es que contra un poseedor con título no se pueda reivindicar. No refuta que en los casos que señala la posesión no equivalga al título, sino que dice que, no obstante ese título, en esos casos se puede reivindicar. Leído así el primer miembro no dice que la posesión adquirida de buena fe produzca la propiedad, puesto que contra un propietario no cabría la reivindicación ni por excepción; lo que produce la posesión de buena fe es un título que es cosa esencialmente diversa. No hay una regla y una excepción, de manera que en unos casos la posesión de buena fe equivalga al título y en otros no. No hay excepción a que la posesión adquirida de buena fe equivalga al título, sino que se refuta la suposición de que la regla proporcione la propiedad, puesto que en los casos que señala, a pesar del título, se puede reivindicar. «Juan estaba cansado, sin embargo, continuó su camino». Lo que refuta el miembro del discurso conectado por medio de «sin embargo» es la inferencia de que al estar cansado, Juan no continuaría su camino. De ninguna manera se refuta que estuviera cansado. La refutación sí es posible en un diálogo o en un monólogo polifónico, es decir, cuando una sola persona asume varias voces o discursos.

⁴⁰ *Gramática descriptiva de la lengua española*, Real Academia española, Madrid 1999, dirigida por I. Bosque y V. Demonte, 63.3.4.7 por A. Marín Zorraquino y J. Portolés.

⁴¹ *Gramática descriptiva de la lengua española*, cit., 59.6.4.1. por L. Flamenco García.

⁴² Cuando se trata de un diálogo caben usos en los que «sin embargo» exprese una refutación de lo anterior. No, en cambio, cuando se trata de un discurso de un único sujeto que, a su

fermo. Sin embargo, el lunes, el miércoles y el viernes trabajé». No se niega ni refuta que estuviera enfermo, se refuta una conclusión errónea que pudiera extraerse de la primera frase del discurso y que sería que no trabajé. Estuve enfermo toda la semana y no sólo los días en que no trabajé. No hay una regla general y una excepción explícitas, sino implícitas. El «sin embargo» en el art. 464 advierte que el título que concede el párrafo anterior algunas veces no impide la reivindicatoria, aunque otras sí la puede impedir. Mas no significa, como erróneamente se entiende por la mayor parte de los autores, que unas veces la posesión adquirida de buena fe equivalga al título y otras no, es decir, que exista una regla y una excepción, sino que el título del poseedor demandado unas veces impide la reivindicatoria y otras no. Si por título se entiende el negocio de adquisición y no, en virtud de una sinécdoque o metonimia, la misma propiedad, es claro que, habiendo habido tradición, la procedencia de la reivindicatoria dependerá de que dicho negocio proceda o no del propietario o de quien tenga su autorización o representación.

Si el poseedor tiene un título que procede *inmediata o mediatamente* del propietario, no cabe la reivindicación contra él. Mas si el título no procede del propietario, no puede impedir la reivindicación por sí solo ¿Pero cuándo se puede decir que el título del poseedor procede o no procede del propietario? Sencillamente, cuando éste haya perdido la cosa o haya sido privado de ella ilegalmente. Desde esta perspectiva es claro que nada obliga a la reducción del sentido propio de la expresión «privación ilegal» a robo o hurto. No hay necesidad de esa reducción, sino todo lo contrario. No se anula ninguna regla general por la excepción, porque los dos enunciados no están en una relación regla general-excepción.

El problema que se presenta en la coordinación de los citados artículos afecta a unos textos concretos, pero procede de ideas generales que tienen su origen en otras interpretaciones de textos extranjeros que sirvieron de modelo a los nuestros. En efecto, en mi opinión, los artículos 1956 y 1962, mencionan solamente los supuestos de robo y hurto, porque aún no habían asumido

vez, representa una única voz «Con *sin embargo* y *no obstante* se advierte también una cierta diferencia de significación en el uso dialogal, con respecto al monológico...En el diálogo el enunciado en el que aparece *sin embargo* no sólo se puede oponer a alguna inferencia del primer miembro, sino incluso refutar el mismo enunciado... Además de la aparición de dos intervinientes en una conversación, se pueden distinguir varias voces en la intervención de un único hablante, en un monólogo...» PORTOLÉS, *Boletín de la Real Academia*, cit. p. 260. En p. 262 añade: «...la aparición de *sin embargo* tanto en el diálogo como en el monólogo polifónico no fuerza necesariamente la comprensión de su enunciado como una refutación del anterior».

las consecuencias de una evolución de los tipos penales que ha determinado que la apropiación indebida y la estafa obtengan un lugar propio separado del hurto. Es cierto que esta evolución se consumó hace mucho tiempo, pero la inercia legislativa tiene efectos prolongados. Precisamente, el Código civil fue consciente de esa evolución en el punto normativo central al sustituir, en el art. 464, la expresión francesa «*vol*» por la mucho más amplia de «privación ilegal» con lo que, en mi opinión, asumía precisamente esa evolución para no dejar fuera supuestos como los de apropiación indebida y estafa⁴³. Quizá sea significativo que fuera Silvela quien redactara ex novo esta parte del artículo e incorporara al texto del segundo apartado el del art. 1962 del Proyecto de 1851.

IV. LOS ORÍGENES FRANCESES DEL PROBLEMA

En el Derecho francés, el art. 2279 del *Code civil* utilizó la expresión «*vol*» junto a la de pérdida, para disponer que el propietario que los hubiera sufrido, podría reivindicar en el plazo de tres años. Se suscitó un debate acerca de si «*vol*» comprendía la estafa y la apropiación indebida. En contra de algunas opiniones y sentencias favorables a la extensión, prevaleció la opinión que limitó «*vol*» a robo o hurto. Esta doctrina a su vez se apoyaba en la de F. BOURJON, que en el siglo XVIII habló por primera vez, a lo que se sabe, de la máxima «*possession vaut titre*» aplicada a los muebles. BOURJON entendió que los muebles furtivos se podían reivindicar en poder de cualquier poseedor, sin que pudieran ser usucapidos por nadie, lo que era una opinión propia del Derecho común, y citó en apoyo la Ley de las XII Tablas.

Sin embargo, en ningún lugar dio una definición directa de qué entendía por bienes furtivos. Lo más razonable es suponer que partía del sentido propio de la época. Esto parece deducirse de su remisión a un pasaje de LAPEYRERE en el que este autor sostiene que en Francia son necesarios treinta años para prescribir los muebles y los inmuebles: «*La raison de cela est qu'un meuble ne peut pas être entre les mains d'un tiers contre la volonté de*

⁴³. Así lo entendió la excelente STS 19.6.1945, que ha sido injustamente olvidada por otras posteriores, siguiendo la técnica de la preterición intencional, muy practicada en este tema. No existe aquello de lo que no se habla. Desde el punto de vista del litigio que resolvió parece sumamente acertada y también por haber fundamentado su decisión con lujo de argumentos, gusten o no. Lo que no hizo, desde luego, fue invocar mal otras sentencias para que le prestaran un apoyo meramente aparente, como hoy hacen algunas sentencias y algunos autores.

celui auquel il appartient, sans avoir été volé, puisqu'il faut nécessairement qu'il ait été pris et transporté a son insu, ce qui est la deffinition de la chose volée; or les choses volées ne se prescribent que par 30 ans». Aparte de este autor al que, como digo, se remite expresamente BOURJON, son numerosos sus contemporáneos en los que se puede comprobar un concepto de «vol» comprensivo de la actual apropiación indebida. Así, POTHIER, VALIN, COTTEREAU, DENISART, y los penalistas MUYART DE VOUGLANS y JOUSSE⁴⁴. Lo que quizá haya que destacar es que BOURJON insiste incansablemente en que el hurto debe estar probado. Aquí surge un punto especialmente importante en relación con el depósito, porque las Ordenanzas de Moulins (1566) art. 54 y después la de 1667, título 20, arts. 2 y 3, exigían documento escrito para el depósito voluntario que excediera de 100 libras, excluyendo la prueba testifical. BOURJON señala que la prueba testifical no puede admitirse ni en la vía penal⁴⁵. En el depósito necesario (casos de tumulto, ruina, naufragio o incendio) se admite la prueba testifical, aunque el depósito exceda de 100 libras. A pesar de que la enajenación del bien depositado por parte del depositario es un «vol» en el Derecho francés del siglo XVIII, BOURJON niega, en un famoso pasaje, que el propietario pueda reivindicar la cosa vendida por el depositario, y por este texto se ha entendido que este autor separa el hurto de la apropiación indebida. Mas hay buenas razones para pensar que se trata de un principio que ha formulado basándose solamente en un caso de una revendedora a la que se había entregado algo para vender, ésta lo había empeñado y había desaparecido.

En este caso, bastante frecuente en París, se calificó al contrato entre el propietario y la revendedora de depósito, y en la sentencia del Parlamento de París citada por BOURJON se reprocha al depositante no haberse preocupado de procurarse una prueba escrita, aunque se admitió su reivindicación. BOURJON dice que, según el *Châtelet*, el propietario no podría reivindicar, porque el depósito no era un depósito necesario, sino voluntario (ed. 1747 p, 566). Es, por tanto, por un problema de prueba por lo que el propietario no podría reivin-

⁴⁴. Sobre esto y las citas correspondientes me remito a mi libro *La posesión de los bienes muebles*, Madrid 1979, p. 146 y ss.

⁴⁵. BOURJON, *Le Droit Commun de la France et la Coutume de Paris réduits en principes*, Paris 1747, tomo II, p. 368 n. XIX: «*Si le dépôt n'est constaté par aucun écrit, et qu'il soit dénié par le depositaire, la preuve par temoins n'est point admissible...n. XX. En effet, le déposant n'ayant prît aucune reconnaissance, n'a voulu d'autre titre...que la foi du depositaire...la preuve testimoniale ne peut être admise...même en prenant la voye criminelle.*» y cita un «arrêt» de 2. 8. 1706. XXI: «*Mais dans le dépôt nécessaire, la preuve testimoniale est admise...*».

dicar, según BOURJON, y no porque la acción del depositario no constituyera un «vol»⁴⁶.

⁴⁶ BOURJON no dice nada del comodato. Si se lee a ROSSEAUD DE LACOMBE, *Recueil de Jurisprudence civile du pays de Droit écrit et coutumier*, Paris 1769, p. 55 (a partir de la letra M el volumen tiene otra numeración) voz «Prêt a usage» n.5 se puede observar la diferencia: «*Dans presque tous les cas la preuve par témoins du prêt à usage excédant la valeur de 100 liv, est admise, nonobstant l'art 2. du tit. 20 de l'Ordonnance de 1667...*». En cambio, en p. 125, en la voz «Dépôt» (sic) n. 15 dice que la prueba testifical no es admitida en el depósito voluntario si excede de 100 liv. Estas diferencias entre el comodato y el depósito, pueden explicar que BOURJON sólo niegue en el caso del depósito la reivindicatoria contra el tercero que haya comprado la cosa al depositario (II, p.566 n. XXII), pues se refiere al caso de una sentencia de 5 de Marzo de 1637 en la que el «depositante» no tenía prueba escrita. El «depositante» en realidad no era tal, sino un propietario que había dado comisión de venta a una revendedora, que, por tanto, tampoco era una verdadera depositaria. Es cierto que el caso está en el número anterior (n. XXI), pero se refiere a él porque dice: «*Si le depositaire avoit vendu ce meuble...*» Es decir: «Si el depositario hubiera vendido este mueble...», por tanto, no dice: «Si un depositario vende el mueble depositado» o una frase semejante, sino «si el depositario hubiera vendido este mueble». Con esta frase se está refiriendo al caso anterior y contestando a la pregunta que allí hace: «*La Cour a jugé qu'une revenderesse publique ne pouvoit engager ce que lui avoit été confié pour vendre, mais si elle l'avoit vendu, le propriétaire pourroit-il le réclamer? La Jurisprudence des Sentences du Châtelet est, qu'il ne le pourroit pas, parce que la confiance ou le dépôt entre les mains de la revenderesse publique n'est pas un dépôt force, mais volontaire, ainsi c'est au propriétaire à s'imputer à lui même sa confiance. Voyez la proposition suivante qui le confirme*». La frase siguiente: «*Si le dépositaire avoit vendu ce meuble, le propriétaire ne le peut réclamer des mains de l'acheteur...*» es la respuesta a la pregunta que hace en el número anterior, que acabo de transcribir.

Es cierto que aquí, BOURJON da pie para la tesis germanista, pero se trata de una revendedora pública a la que se le ha encargado vender y efectivamente vende, pero no paga al comitente, y no de una verdadera depositaria. Por otra parte, la mención de las dos clases de depósito se relaciona, a mi juicio, con las diferencias probatorias existentes entre ambos, sobre todo si se lee la sentencia citada por Bourjon en la que el «depositante» no tenía prueba escrita. Después, números XXIV y XXV de la misma sección, repetirá una vez más que la cosa «volée» se puede reivindicar, incluso, de aquel que la hubiera comprado de buena fe: «*le vice de furt la suit partout*». Mas, dice, es necesario que el «furt» esté jurídicamente probado y esta prueba debe estar fundada en una «*plainte et sur une information*». Ahora bien, si la «*information*» es un: «*Procès verbal dressé par le magistrat, relatant par écrit les dépositions des témoins*», como dice DULER, *La Jurisprudence Criminelle du Châtelet sous le regne de Louis XV*, París 1968, p. 76, y recordamos que el depósito voluntario no se puede probar por testigos, quedará muy claro que, en un caso en que el depositante no tenga prueba escrita, su reivindicación fracasará frente al comprador de buena fe, pero no porque la acción de un verdadero depositario infiel al vender la cosa no sea un «vol», que sí lo es de acuerdo con la doctrina de la época.

VALIN, que cita el texto de BOURJON, dice: el depositario que abusa del depósito y que dispone «*fait naturellement un vol à celui qui lui a confié le dépôt*». Ahora bien, sigue diciendo, que este último no puede perseguir la cosa desde que salga de la posesión del depositario, y contrapone este caso al de un vendedor que, sin vender a crédito, no haya cobrado el precio, y que sí puede reivindicar del tercero a quien el comprador haya vendido sin haberle pagado, porque «*n'a pas confié sa marchandise à l'acheteur, il ne la lui livre que dans l'esperance d'en être payé promptement*». Y a continuación cita otro caso de una revendedora a la que se le había confiado un bien mueble para su venta. El propietario no lo puede reivindicar con el pretexto de que la revendedora ha retenido el precio y así ha cometido un «*vol*». VALIN cita los pasajes de BOURJON en que trata de que el depositante no puede reivindicar (nº XXII) y otro en el que BOURJON trata de la reivindicación del vendedor, que no ha cobrado el precio, contra un tercer comprador de buena fe (nº XXVI) que adquirió del primer comprador. Como se ve, estos temas están bastante alejados de una adquisición a non domino de cosas confiadas a verdaderos depositarios, comodatarios o arrendatarios. Se trata de ventas de cosas ajenas efectuadas por comisionistas que estaban autorizados a vender en propio nombre, pero que distraen el precio cobrado. No se trata de que entregada la posesión voluntariamente a otro en verdadero depósito éste no cometa «*vol*» al enajenarla, pues todos sostenían en esa época que sí lo cometía, sino que al entregar la cosa sin prueba admisible en Derecho, uno se confía a la buena fe del depositario, mientras que el que la vende, sin dar crédito, y entrega la cosa «*n'a pas confié sa marchandise à l'acheteur*».

Los casos de las revendedoras, se pueden ver como ventas de cosa ajena, porque la vendedora vende en su propio nombre, y en ese sentido se puede explicar que BOURJON dijera que, si no hay hurto probado, la venta de cosa ajena es válida no sólo en el sentido romano, sino también en el de que no se puede privar de la cosa al comprador. Si se tiene en cuenta la amplitud del concepto de hurto que se comprueba sobre todo por su remisión al texto de LAPEYRERE, que he citado en el texto, y por la doctrina de la época, parece bastante claro que se refiere a las ventas hechas por comisionistas u otros mandatarios que también actúan en nombre propio y que de alguna manera vulneran la confianza que se ha puesto en ellos. A ello se habría de sumar, ciertamente, los casos de verdadero depósito en los que el depositante no se haya procurado una prueba por escrito. Es que, como dice, MOISSENET (*Etude sur le droit de suite*, Dijon 1901, p. 90) “se pudiera decir que, en efecto, la presunción de propiedad ligada por la jurisprudencia al hecho de la posesión daba a ésta todo el valor de un título, título que incluso se podía presumir que procedía del mismo reivindicante” La obra de MOISSENET que sólo he podido consultar hace poco tiempo (por préstamo interbibliotecario, que en la UAM funciona muy bien) está desaparecida en la biblioteca Cujas en París desde hace mucho tiempo. Para MOISSENET la función de la máxima en BOURJON es probatoria, tal y como yo había sostenido en mi libro (*La posesión de los bienes muebles*). ESPIAU, por el contrario, piensa que la función probatoria es consecuencia de la adquisitiva que él, como tantos otros, asigna a la máxima. Ahora bien, si se tienen en cuenta ciertos pasajes de BOURJON eso es imposible. Por ejemplo, tomo II, 93, ed. 1747, bajo el epígrafe «si la donación de muebles o de monedas entregadas manualmente está sujeta a alguna forma», contesta «no está sometida a ninguna forma, ni a ninguna formalidad; de donde resulta, que no hace falta ningún escrito; el simple hecho la ha consumado». «Tal es sobre esto la Jurisprudencia del *Châtelet*, où l'on tient pour maxime, que pour rapport aux meubles, la possession vaut titre». Me parece muy claro que este pasaje trata de una función meramente probatoria que

Si esto es así, como parece lo más probable, toda la argumentación histórica que permitió interpretar el art. 2279 en una función adquisitiva a *non domino*, se viene abajo y de rebote se refuerzan los argumentos contrarios a la llamada tesis germanista del art. 464, porque en el antiguo régimen el concepto de hurto era extraordinariamente amplio y apenas quedaba lugar para la usucapión de bienes muebles, estando limitada como estaba a las cosas que no fueran furtivas.

Hay aquí, por tanto, una indudable influencia de la evolución de los tipos penales en la interpretación del Derecho civil, que, quizá, no se ha destacado suficientemente. Por ello, me ha parecido importante insistir en algunos datos que determinan el cambio de comprensión de unas reglas que, como todas en Derecho, dependen de su posición en el Ordenamiento.

no puede derivar de una supuesta regla según la que el donatario se haría dueño de la cosa ajena por la mera posesión. Tampoco puede ser consecuencia de una función adquisitiva a *non domino* el pasaje contenido en II, p. 563, cuando dice que cada uno se presume ser propietario de los muebles que posee y que por consecuencia pueden ser embargados válidamente y ejecutados por deudas del que los posee. Se juzga así en el *Châtelet*, fundándose en que «*de la possession naît une juste présomption de propriété, et que cette présomption est ordinairement le seul titre qu'on a par rapport aux meubles et effets mobiliers, à l'exception de ceux qu'on appelle en Droit Nomen, pour lesquels il y a titre*». Es evidente que aquí se habla de título como prueba y más concretamente incluso, cuando habla de los efectos mobiliarios consistentes en créditos, como prueba escrita. La opinión de ESPIAU no me convence, porque me parece mejor fundado lo contrario: de una regla de prueba, muy importante por cierto y no una bagatela, se pasa, sobre todo por confusión y malentendidos, a una sustantiva, y no a la inversa. En nuestro Derecho, sería como decir que del art. 34 LH deriva el 38 LH, lo que es imposible, porque, como es obvio, el 38 LH se aplica a la inscripción fundada en cualquier título oneroso o gratuito. Lo mismo sucede con la regla *possession vaut titre, mutatis mutandis*, que, como hemos visto, se aplica sin duda a la donación, claro que en una función probatoria y no adquisitiva, porque ésta seguramente no es más que el producto de malentendidos. También es una conocida máxima «*error communis facit ius*», que si fuese aplicable a las fuentes del Derecho, haría del error una de las más importantes.