

Protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en los diversos sistemas transmisivos: un intento de valoración (*)

por

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. PRESUPUESTOS: PLURALIDAD DE PRINCIPIOS Y DIVERSIDAD DE COMBINACIONES:
 1. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LOS DIVERSOS SISTEMAS: CAUSALIDAD-ABSTRACCIÓN Y CONSENSUALISMO-TRADICIÓN.
 2. LA ALTERNATIVA EN LOS SISTEMAS REGISTRALES: INOPONIBILIDAD O FE PÚBLICA.
 3. DIFICULTADES DE LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS.
- II. LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: EXCESO ALEMÁN Y DEFECTO FRANCÉS:
 1. LA DUPLICIDAD DE SISTEMAS PROTECTORES EN EL BGB.
 2. LA CONJUNCIÓN DEL SISTEMA TRANSMISIVO ESPAÑOL.
 3. LA DEFICIENTE PROTECCIÓN FRANCESA.
 4. LA FALLIDA SINGULARIDAD PORTUGUESA.
- III. VALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES.

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación del MEC, que lleva por título «Garantías y mercado» (DER 2009/09312), cuya investigadora principal es la profesora Ana CAÑIZARES LASO.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREDITORES:

1. LA PRIVILEGIADA POSICIÓN DE LOS ACREDITORES EN EL BGB.
2. LA DÉBIL POSICIÓN DEL VENDEDOR EN EL SISTEMA CONSENSUAL Y SU CORRECCIÓN.

V. VALORACIÓN FINAL.

I. PRESUPUESTOS: PLURALIDAD DE PRINCIPIOS Y DIVERSIDAD DE COMBINACIONES

1. PRINCIPIOS BÁSICOS DE LOS DIVERSOS SISTEMAS: CAUSALIDAD-ABSTRACCIÓN Y CONSENSUALISMO-TRADICIÓN

La transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles se haya determinada tanto por el sistema transmisor adoptado por un ordenamiento, como por las normas registrales de cada país. En principio, es el régimen de adquisición de la propiedad el que determina qué presupuestos son necesarios para que se transmita la propiedad derivativamente. Pero los efectos frente a terceros de esa transmisión pueden quedar modalizados en virtud de las normas del Registro Inmobiliario, hasta el punto de que, quien es propietario según las reglas estrictamente civiles, se vea privado de la cosa en virtud de la protección de que goza el tercero registral. En consecuencia, solo estudiando conjuntamente las normas que rigen el sistema transmisor de cada ordenamiento, y las variaciones que introducen las normas registrales, podemos perfilar la protección con que en cada caso cuentan los terceros, ya se trate de adquirentes o de acreedores que confiaron en la apariencia jurídica.

Las formas básicas en que se puede estructurar los sistemas transmisivos de la propiedad dependen de la combinación de dos alternativas básicas: la opción entre un ordenamiento causal y abstracto, y la opción entre un ordenamiento consensual o traditorio (1). Llamamos sistema causal a aquel en que el desplazamiento patrimonial depende de la existencia y validez del contrato u obligación que fundamenta la transmisión: una compraventa, permuta, legado obligacional o cualquier otra forma negocial que haga surgir una obligación de transmitir la propiedad. En cambio, llamamos sistema abstracto a aquel en que la transmisión se produce con independencia de la existencia y validez de la obligación previa que la explica o fundamenta. En los sistemas abstractos,

(1) Sobre la configuración de estas diversas opciones, en especial abstracción y causalidad, JAUERNIG, «Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip», en *Juristische Schulung (JuS)*, 1994, págs. 721 y sigs.; JOOST, «Trennungsprinzip und Konsensprinzip», en *Festschrift Zöllner*, II, Colonia, 1998, págs. 1161 y sigs. También el documentado libro de STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübinga, 1996, págs. 7 y sigs.

lo determinante es la existencia de una concorde voluntad en las partes de, respectivamente, transmitir y adquirir el dominio. Tal transmisión se deriva y explica por la existencia de un negocio obligatorio que vincula a ella; pero la inexistencia o nulidad de esa obligación no determina la nulidad de la transmisión, que depende solo de la voluntad transmisiva. El efecto de la falta de obligación previa que fundamenta la transmisión es únicamente conceder al transmitente una acción de enriquecimiento injusto para recobrar la propiedad de la que se desprendió sin causa jurídica.

Junto a la contraposición entre sistemas abstractos y causales, la otra alternativa que determina las líneas básicas del régimen transmisor es la distinción entre sistemas consensuales y traditorios (2). Por sistemas consensuales se entiende aquellos en que la titularidad se transfiere por mero efecto del contrato, sin necesidad de forma externa que haga perceptible a los terceros el hecho de la transmisión. Por sistemas traditorios entiendo aquellos que exigen de un signo externo, típicamente la *traditio* o entrega de la cosa, para dar por perfeccionada la transmisión del dominio. Dentro de estos últimos, hay que llamar la atención sobre el hecho de que, en materia de inmuebles, el elemento externo o de publicidad que muchos de ellos exigen para la transmisión ya no es la *traditio* o entrega, sino la inscripción en el Registro Inmobiliario, de forma que no se es dueño de un bien inmueble hasta que la transmisión se hace constar en el Registro. Son los llamados sistemas de inscripción constitutiva, en los que la tradición se ha visto desplazada por la inscripción como elemento que hace perceptible la transmisión.

De la elección entre las alternativas vistas se podrían derivar básicamente cuatro binomios, combinando causalidad o abstracción y consensualismo o tradición. Pero la realidad es que ningún ordenamiento ha adoptado un sistema abstracto y consensual, tal vez porque, aunque posible en sí, entrañaría una estructura un tanto peculiar, sumamente conceptual y a la vez desprendida de todo rasgo externo (3). Los ordenamientos vigentes en Europa se inclinan, o

(2) Sobre esa dualidad de sistemas, vid. VAN VLIET, «*Iusta causa traditionis and its history in European Private Law*», en *European Review of Private Law (ERPL)*, 2003, págs. 342 y sigs.; sobre la evolución francesa que llevó al sistema consensual, DEROUSSIN, *Histoire du Droit des obligations*, París, 2007, págs. 233 y sigs.; también, BUCHER, «Die Eigentums-Translativwirkung von Schuldverträgen: das woher und wohin dieses Models des Code civil», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 1998, págs. 615 y sigs.

(3) En efecto, si ni negocio obligatorio ni entrega desempeñan ningún papel en la transmisión, sería necesario fijar un momento independiente, sin más virtualidad que la jurídica, para hacer recaer allí la voluntad de transmitir. Además de ese problema de la excesiva complejidad de ese sistema, el hecho de que ningún ordenamiento haya acogido un sistema abstracto y consensual se explica por el hecho de que la abstracción se desarrolló a raíz de las explicaciones de SAVIGNY de las fuentes romanas, que partían en todo caso de un sistema traditorio. Precisamente, la tesis de SAVIGNY lo que hace es configurar la *traditio* romana como un propio negocio jurídico, dotado de un elemento volitivo independiente respecto al negocio obligacional [vid. RANIERI, «Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen

bien por seguir un sistema causal y consensual —Francia, Italia, Bélgica, Portugal—, o bien por seguir uno causal pero traditorio —España, Austria, Holanda, Suiza—, o bien, en fin, por seguir uno abstracto y traditorio —Alemania— (4). Con todo, conviene tener en cuenta que, dentro de los que siguen el modelo de exigencia de tradición, la mayoría de ellos han optado en materia de inmuebles por sustituir la tradición por la inscripción, de forma que en Alemania, Austria, Holanda o Suiza, en el ámbito inmobiliario, no se puede ya decir que el sistema sea traditorio, sino entendiendo esto en un sentido lato, como contrapuesto a consensual; el sistema en esos países es, propiamente, de inscripción constitutiva.

2. LA ALTERNATIVA EN LOS SISTEMAS REGISTRALES: INOPONIBILIDAD O FE PÚBLICA

La diversidad de resultados a que conduce cada sistema se ve aún más ampliada por el hecho, ya mencionado, de que los resultados de los sistemas adquisitivos se pueden ver modificados a consecuencia de la publicidad registral: por ejemplo, el primer comprador que ha adquirido la propiedad conforme a las reglas sustantivas de la transmisión, puede verse privado de ella, a favor de un segundo comprador, en virtud de la protección registral.

Pero también en materia registral se abre un abanico de diferentes principios que los ordenamientos pueden escoger para configurar su propio sistema. Así, son conocidas las variantes entre los sistemas de folio real y personal, de transcripción o de inscripción, de inscripción facultativa u obligatoria, entre otras posibilidades. Con todo, muchas de ellas se refieren a cuestiones más bien procedimentales; a efectos de variación en el esquema adquisitivo, la alternativa de más trascendencia, y la que aquí se va a tener en cuenta, es la planteada entre los sistemas de publicidad meramente negativa, también llamados de inoponibilidad, y los sistemas registrales que conocen una publicidad de efectos positivos, también llamados sistemas de fe pública.

Los sistemas de inoponibilidad, o de eficacia meramente negativa, son aquellos que se basan en la idea de que la falta de publicidad de una adquisición le priva de protección frente a los posibles terceros que, desconociendo ese derecho,

Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhundert», en COING/WILHELM (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts in 19. Jahrhundert*, II, Frankfurt a.M., 1977, págs. 90 y sigs.].

(4) Sobre esta clásica tríada de sistemas transmisivos, con referencias puntuales a sus legislaciones, DROBNIG, «Transfer of Property», en HARTKAMP *et al.* (ed.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2011, págs. 1003 y sigs. También DE PABLO CONTRERAS, «La propiedad y la transmisión de los derechos reales», en CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado europeo*, Madrid, 2003, págs. 951 y sigs.; WACKE, «Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit der Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung», en ZEuP, 2000, págs. 254 y sigs.

publicaron sus titularidades en el Registro. En este sistema, la protección que se presta a un tercero inscrito no deriva tanto del hecho de haber adquirido un derecho confiando en el Registro, cuanto de la penalización que sufre el titular cuya posición real no tuvo acceso al Registro. En estos sistemas, el Registro tiene una eficacia meramente preclusiva, que se podría resumir en la frase «lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito». El Registro brinda al que inscribe de buena fe la garantía de que las posibles enajenaciones previas que llevase a cabo el enajenante o sus antecesores, no le serán a él oponibles; pero no le asegura que el enajenante sea realmente titular de la cosa.

En cambio, en los sistemas de fe pública o de eficacia positiva del Registro, el sistema permite confiar al adquirente inscrito en que, para él, y en tanto que sea de buena fe, el contenido publicado por el Registro será tenido por verdadero. No solo se priva de eficacia a lo no inscrito, sino que, a efectos del tercer adquirente de buena fe, se dan por ciertos los datos inscritos y por inexistentes los no inscritos. El Registro goza entonces, frente a terceros de buena fe, de una presunción de integridad y exactitud, de forma que, no solo se considera que cualquier transferencia real ha debido tener reflejo en él, sino también que por el hecho de haberse inscrito será eficaz para el tercer adquirente que confió en ella. La idea de fondo de este sistema se puede resumir diciendo que la titularidad inscrita existe para tercero que la adquiere confiando en esa inscripción (5).

3. DIFICULTADES DE LA COMPARACIÓN DE SISTEMAS

Configurada la transmisión de la propiedad en tres grandes sistemas —los comúnmente llamados consensuales, abstractos y de título y modo—, y distinguiendo entre ordenamientos registrales de eficacia negativa y positiva, sería posible de nuevo combinar una pluralidad de alternativas, hasta un máximo de seis. Pero la realidad es que, al igual que sucedía al combinar los principios que

(5) La diferencia entre el sistema de publicidad positiva y el sistema Torrens, vigente entre otros lugares en Australia, Canadá y ciertos Estados de Estados Unidos, es que, en el sistema de publicidad positiva descrito, lo inscrito se da por existente «frente a tercero que confía en él»; mientras que en los Registros que siguen el sistema Torrens la publicidad registral actúa como realidad *erga omnes*, con efectos convalidantes de la posible nulidad del título, de forma que propietario es y solo es quien aparezca inscrito. En un Registro así constituido, la «inexactitud registral», como concepto técnico, desaparece, pues no se puede dar ya el hecho de que el inscrito no sea propietario. Con todo, ni el sistema Torrens es idéntico en todos los ordenamientos en que rige, ni el efecto convalidante de la inscripción es universal, sino limitado a unos casos que varían de un lugar a otro. Sobre el sistema Torrens en general, y en particular sobre los efectos convalidantes que allí puede tener la inscripción, ARRIETA SEVILLA, *El Torrens title y el Registro de la Propiedad español*, Madrid, 2010, págs. 120 y sigs.; vid., también, sobre los limitados efectos convalidantes del sistema Torrens en su plasmación en la legislación canadiense, Greg TAYLOR, *The Law of the Land - The Advent of the Torrens System in Canada*, Toronto, 2008, págs. 11 y sigs.

pueden configurar la transmisión del dominio, los ordenamientos europeos no han reflejado todas las posibilidades existentes. Y así, *de facto*, se puede decir que la combinación de alternativas acaba conduciendo a tres soluciones, pues los ordenamientos que acogen un régimen transmisorio consensual han tendido a un esquema registral de efectos meramente negativos (Francia, Italia, Bélgica), mientras que los países que han adoptado el sistema abstracto (Alemania) o de título y modo (España, Austria, Suiza, Holanda) acogen la eficacia positiva del Registro. La única excepción a esta regla la constituye Portugal, que combina un sistema consensual con un Registro que parece acoger el principio de fe pública; con todo, como luego veremos, la jurisprudencia portuguesa ha llevado a cabo una interpretación tan restrictiva de los casos en que el legislador acogió el principio de fe pública que, en la realidad, se aproxima más a un sistema de inoponibilidad.

Ante esta reducción de soluciones, y dado que los efectos más importantes para los terceros dependen del propio esquema transmisorio por el que un ordenamiento opte —pues el Registro no influye en relación con la protección de los acreedores sin garantía real, al ser estos simples terceros, y no terceros inscritos—, voy a tomar como punto de comparación tres concretos ordenamientos, el francés, el alemán y el español, en cierto modo paradigmáticos de cada uno de los mencionados sistemas transmisivos. Pero a fin de que se pueda completar el cuadro resultante, expondré en su lugar la regulación portuguesa, que ha intentado combinar un esquema transmisorio consensual con un Registro que admite, así sea limitadamente, el sistema de fe pública. De este modo se puede tener una imagen razonablemente amplia de las diversas soluciones que conviven en territorio europeo. Imagen que, aunque limitada a la eficacia de los sistemas transmisivos en relación con los terceros, puede trasladarse a la valoración general de cada solución en comparación con la otra. No en vano hay que tener en cuenta que la eficacia propia de los sistemas transmisivos no se mide en la relación *inter partes*, sino en los efectos que producen frente a terceros (6).

(6) Conviene tener en cuenta que la diversidad de resultados solo se puede advertir cuando en la relación jurídica intervienen terceros, ya sean adquirentes o acreedores de un bien, pues si el conflicto surge *inter partes*, pese a la diversidad de sistemas, las consecuencias serán a la poste las mismas. Piénsese que, por más que la transmisión se produzca con el contrato o quede condicionada a la entrega, e independientemente de que dependa o no de la validez del negocio obligatorio antecedente, mientras no haya intervenido un tercero, cualquier invalidez o ineficacia de la relación jurídica que ha dado lugar a la transmisión podrá ser solventada a favor del *tradens*, ya se haya transmitido el bien con la entrega o no, ya se base la restitución en una acción real o de enriquecimiento sin causa. En cuanto a otros problemas, la solución es independiente del sistema transmisorio adoptado. Piénsese en la liquidación de frutos y gastos *inter partes*, en que el artículo 1095 del Código Civil español atribuye los frutos de la cosa al adquirente desde que surge la obligación de entregarla, por más que esta no haya sido entregada, y en consonancia, por tanto, con los resultados de un

II. LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES: EXCESO ALEMÁN Y DEFECTO FRANCÉS

1. LA DUPLICIDAD DE SISTEMAS PROTECTORES EN EL BGB

El sistema transmisivo alemán es heredero de la particular interpretación que hizo SAVIGNY de las fuentes romanas. Ante la aparente contradicción entre los textos del *Corpus Iuris Civilis* que exigían una *iusta causa* para que la tradición operase la transmisión del dominio, y los textos que, en caso de pago de un *indebitum*, daban lugar a una acción readquisitiva personal, la *conductio indebiti*, y no a una acción real, como sería más congruente con un sistema causal, SAVIGNY entendió que la *iusta causa traditionis* no consistía en el contrato obligacional que daba lugar a la entrega, sino en la propia voluntad de transmitir y de adquirir que concurría en las partes. El negocio obligacional sería solo indicio de la existencia de esa voluntad, pero no causa de la transmisión, de forma que, existiendo voluntad de adquirir y transmitir, y concurriendo la *traditio*, la propiedad se transferirá al adquirente. La nulidad o inexistencia contractual solo dará lugar a una acción personal de enriquecimiento sin causa dirigida a la readquisición de la cosa por el que se desprendió de ella en virtud de un título inexistente (7).

Este sistema se impuso en todo el ámbito alemán por el prestigio de su propulsor. A su favor actuaba, además de la legitimación histórica que le daba el ser considerado como el sistema del Derecho romano clásico, el argumento, ya esgrimido por IHERING, de que la abstracción de la transmisión respecto a su causa obligacional proporcionaba una especial seguridad jurídica al tercer adquirente. El hecho de que fuese inexistente o inválido el contrato no impedía la transmisión de la propiedad y, en consecuencia, el tercer adquirente de un

sistema consensual donde esos frutos serán del adquirente en virtud del mismo dominio que ya ha adquirido. Y la misma independencia respecto al sistema transmisivo se da a la hora de resolver los problemas que se presentan en caso de pérdida o perecimiento de la cosa: en los sistemas consensuales rige el principio *periculum est emptoris*, que se ve entonces respaldado y coordinado con el de *res perit domino* (vid., por ejemplo, arts. 1138 del Código Civil francés o 1465 del Código Civil italiano); en cambio, en los sistemas de título y modo y abstractos hay diversidad de soluciones, pues si en España parece claro que el Código sigue también la regla *periculum est emptoris* (art. 1452, vid al respecto, recientemente, ABRIL CAMPOY, *La atribución del riesgo al comprador*, Valencia, 2011, págs. 143 y sigs., y la bibliografía allí citada), y lo mismo sucede en Suiza (art. 185 de su Código de Obligaciones), en Austria y Alemania, el principio es atribuir los riesgos al transmitente, que no podrá ya exigir el pago del precio si sin su culpa no puede entregar la cosa vendida (§§ 1064, 1048-1051 y § 446.1 del ABGB y del BGB, respectivamente).

(7) Sobre el origen histórico de la interpretación de SAVIGNY, sigue siendo fundamental, FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre*, Leipzig, 1927. Vid., también, más reciente, HUBER, «*Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip*», en *Festschrift Canaris*, Munich, 2007, págs. 471 y sigs.

bien no debía preocuparse de la posible nulidad o anulabilidad del negocio del que traía causa su transmitente. En una serie de adquisiciones en cadena, producida la transmisión por el acuerdo de voluntades y la *traditio*, el siguiente adquirente devenía propietario inatacable, pues la acción del primer enajenante que transmitió sin causa era meramente personal, y no tenía eficacia ninguna frente al tercer adquirente del bien (8).

Además de esa seguridad que se proporcionaba al tercer adquirente en una cadena transmisiva en caso de fallo del vínculo obligacional en un eslabón previo, el hecho de que el sistema exigiese la *traditio* para la transmisión del dominio proporcionaba otro elemento de seguridad jurídica al adquirente frente a los posibles contratos previos que hubiese celebrado un propietario obligándose a la entrega. Es decir, que en caso de doble venta o enajenación, el hecho de que el sistema transmisivo exija la tradición, hace que el segundo comprador que recibe la cosa no tenga que preocuparse de la posible enajenación previa llevada a cabo por su causante. La transmisión del dominio exige entrega, de forma que el segundo adquirente que adquiere de quien se obligó a transmitir y no lo hizo, adquiere de propietario y se verá defendido como tal. Es más, la total abstracción entre negocio obligacional y transmisión hace que ni siquiera se pueda considerar de mala fe a quien adquiere conociendo la titularidad obligacional previa de un tercero (9).

Las comisiones redactoras que elaboraron el BGB aceptaron plenamente este modelo diseñado por SAVIGNY. Solo introdujeron un cambio de entidad, provocado por la existencia del Registro Inmobiliario: se determinó que, en el ámbito inmobiliario, la tradición quedaba sustituida por la inscripción en el Registro de la Propiedad, de forma que, en adelante, la propiedad inmueble se transmite en Alemania por la concurrencia de la voluntad de transmitir y de adquirir en enajenante y adquirente —el llamado contrato o acuerdo real— y la inscripción de la transmisión en el Registro. Es el sistema que sigue hoy vigente en los §§ 873 y 925 del BGB. La adopción de un sistema de inscripción constitutiva y abstracto garantiza una gran seguridad jurídica, pues el principio de inscripción protege al que inscribió en los casos de doble venta, mientras que el principio de abstracción protege al tercer adquirente en caso de nulidad del contrato del que trae causa su enajenante (10).

(8) Sobre la importancia que los propios propulsores de la abstracción concedieron a su positivo efecto para la protección del tráfico jurídico, LIEBS, «Abstraktion im Neueren gemeinen Recht», en *Orbis Iuris Romani* 7 (2002), págs. 59 y sigs.

(9) Sobre este punto, SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, Berlín, 1999, pág. 241; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlín, 2002, págs. 140 y sigs.

(10) Sobre ello, KÖBLER, «Die Regelung des Eigentumserwerbs an Grundstücken in Preußen von ALR zum BGB», en COING/WILHELM (ed.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, III, Frankfurt a.M., 1976, págs. 201 y sigs.

Pero la existencia del Registro de la Propiedad dio lugar a otra novedad, que también iba a influir, así fuese de forma indirecta, en el sistema transmisor. Conforme con los principios registrales que a menudo se llaman germánicos —denominación equivoca, pues propiamente son del moderno Derecho alemán—, el § 892 del BGB estableció el sistema llamado de fe pública registral, con su eficacia protectora positiva de quien confió en el Registro. En consecuencia, quien de buena fe adquiera la propiedad de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirla, será mantenido en su adquisición, aunque resulte inexacta esa inscripción o se resuelva o anule en virtud de causas que no constan en el mismo Registro.

Con todo ello, y esto probablemente no fue advertido por los redactores del BGB, se produce una especie de sobreprotección del adquirente, pues la protección va a venir al tercero por vías que se superponen (11). En efecto, si en caso de doble enajenación la protección del adquirente frente a las enajenaciones previas venía tradicionalmente asegurada por el principio de tradición —aquel sustituido por el de inscripción constitutiva—, ahora, aunque se prescindiese del principio de tradición y se asumiese el de transmisión consensual, el adquirente quedará protegido por el principio de fe pública, pues él adquirirá en tal caso de quien, aun no siendo propietario, consta en el Registro como tal.

Pero también en caso de un tercer adquirente que adquiere de quien a su vez lo había hecho en virtud de un negocio obligatorio inexistente o nulo, dicho tercer adquirente puede quedar protegido a partir de la publicación del BGB por dos vías. Por un lado, en virtud del principio de abstracción, tal y como explicaban los propulsores de ese principio, pues habiendo transmisión entre el primitivo enajenante y primer adquirente, pese a la inexistencia de la causa obligatoria, el tercero adquirirá *a domino*, y la acción del primer enajenante tendente a la readquisición, por tener naturaleza personal, no podrá alcanzarle. Pero también, y aunque no existiese esa protección a tercero derivada de la abstracción, porque el tercer adquirente que adquiere de quien en el Registro figuraba con capacidad para transmitir deberá ser protegido en virtud del principio de fe pública registral del § 892 BGB, siempre y cuando desconociese el defecto de titularidad de su transmitente.

Conviene señalar que, si en el caso típico de la doble enajenación, la protección que depara el principio de inscripción es la misma que la que depararía el

(11) El hecho de que los autores del BGB no advirtieron que el principio de abstracción y el de fe pública registral coincidían en su efecto protector sobre los terceros, se desprende de la lectura de las actas de la comisión redactora, y ha sido destacado por varios autores: WACKE, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, Colonia, 1974, págs. 38 y sigs., esp. nota 99; WIEGAND, «Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht», en *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 190 (1990), págs. 119 y sigs.; VAN VLIET, «Iusta causa traditionis and its history in european private law», en *ERPL*, 2003, pág. 368.

de fe pública de no existir aquél, en el caso de lo que he llamado «adquisiciones encadenadas o derivadas», la protección brindada por los principios de abstracción y fe pública no se superponen para todos los supuestos; dicho gráficamente, si en el primer caso los círculos formados por los principios protectores son concéntricos, aquí son secantes. Y así, se pueden diferenciar en estos supuestos de adquisiciones en cadena hasta tres grupos de casos: una, en la que el tercer adquirente viene hoy protegido por el principio de abstracción, pero en la que lo estaría igualmente, de no existir este, por el de fe pública registral; me refiero a los casos en que la primitiva enajenación en la serie causal fue producto de un negocio obligatorio nulo o inexistente, pero en que concurrió voluntad de adquirir y transmitir y se inscribió la enajenación en el Registro: el tercero que adquiere de inscrito y desconociendo ese problema se encontrará protegido por el principio de abstracción —ha adquirido *a dominio*, y la acción del primitivo enajenante no le alcanza por ser personal—, pero lo estaría igualmente por el principio de fe pública registral si el sistema no fuese abstracto —adquiriría de buena fe de quien en el Registro consta como titular—.

El segundo grupo de casos viene determinado porque solo la fe pública, y no la abstracción, protege al tercero. Son aquellos en que el vicio determinante de la nulidad o inexistencia no solo afecta al contrato obligatorio que servía de base a la transmisión, sino también a la propia voluntad abstracta orientada a la transmisión, al llamado contrato real abstracto: piénsese en aquellos supuestos en que el vicio de la voluntad (violencia, dolo), no solo afecta al negocio causal sino también inhiere en la voluntad transmisiva. En estos casos, la perturbación creada por la causa de nulidad no solo dará lugar a una transmisión carente de causa, y por tanto susceptible de una acción de enriquecimiento del § 812 BGB tendente a la readquisición, sino a la propia nulidad de la transmisión, por falta o vicio de la voluntad requerida en el contrato transmisivo-real (12).

Por último, existe otra serie de supuestos en que la protección solo puede venir ofrecida por el principio de abstracción, de forma que el tercero, en caso de que

(12) En contra de lo que se podría pensar desde una mentalidad acostrumbrada al principio de causalidad, estos casos en que el vicio afecta tanto al contrato obligatorio como al contrato transmisivo-real no son excesivamente frecuentes. La abstracción, tal como se diseña en el ordenamiento alemán, no solo afecta a la relación entre la transmisión y la obligación que la causa, haciendo que la primera sea independiente de la segunda (abstracción externa), sino se refiere también a que el acuerdo transmisivo-real es independiente respecto a las motivaciones que guiaron a los contratantes (abstracción interna). Y así, es claro que una nulidad del contrato obligatorio por incapacidad, dolo o violencia, afectará también al acuerdo transmisivo subsiguiente —pues si el negocio transmisivo no se ve afectado por ellas, su celebración podría ser equiparada a una convalidación del negocio obligatorio nulo—. En cambio, el hecho de que un contrato haya sido celebrado por error, o en contra de la ley o las buenas costumbres, no debe comportar la nulidad del negocio transmisivo subsiguiente, pues este es totalmente independiente de esas motivaciones. Sobre la distinción entre abstracción interna y externa, vid. JAUERNIG, «Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip», en *JuS*, 1994, pág. 721 y sigs.

ese principio se suprimiese, quedaría desprotegido: son aquellos casos en que el tercero conocía la nulidad o inexistencia del vínculo obligacional entre el primer enajenante y el primer adquirente que luego enajenó; en efecto, si el sistema no fuese abstracto, el tercero adquiriría de quien, sin ser verdadero propietario —pues no lo sería en un sistema causal, por falta de título—, consta en el Registro con facultades de transmitir; en estos casos, su mala fe, entendida como conocimiento del vicio del primer negocio —o, lo que es lo mismo en un esquema causal, como conocimiento de la falta de titularidad del inscrito—, le impediría completar su adquisición, pues solo queda protegido por el principio de fe pública registral el que adquirió *a non domino* desconociendo la inexactitud del Registro.

De la conjunción de principios que forman el sistema alemán —inscripción constitutiva, abstracción, fe pública— resulta una protección del tercer adquirente ciertamente completa, pero tal vez superflua y, como luego diré, quizá excesiva. Tal vez superflua porque la protección prestada por la fe pública puede parecer que hace prescindible el principio de inscripción, ya que, aun siendo el sistema consensual, la fe pública registral protegería en caso de doble enajenación todos los supuestos amparados hoy por el principio de inscripción. Y quizás excesiva porque los supuestos protegidos por el principio de abstracción y que no lo estarían por el principio de fe pública si el ordenamiento fuese causal —los casos en que el tercero conocía el vicio del negocio entre primitivo causante y el adquirente que a él le transmitió—, constituyen supuestos en que difícilmente puede decirse que el tercero merezca protección.

2. LA CONJUNCIÓN DEL SISTEMA TRANSMISIVO ESPAÑOL

El sistema transmisivo español es resultado de una coherente evolución histórica, muy ligada a la interpretación más común de los textos romanos. El Derecho español heredó el sistema de título y modo, causal y traditorio, que popularizaron los juristas del *ius commune*. Tal como reflejan hoy los artículos 609 y 1095 del Código Civil, que son los que abordan de modo más directo la cuestión, la propiedad se adquiere derivativamente en España por la conjunción de un título válido —obligación o contrato antecedente— y la entrega. La falta de la obligación, por inexistencia o invalidez, provoca la total ineficacia de la transmisión. La falta de entrega, en cualquiera de las formas previstas en los artículos 1462 y siguientes, determina que, a pesar de la existencia de la obligación de transmitir, el dominio se mantenga en manos del obligado a transmitir; el facultado por un título a exigir la entrega de la cosa es acreedor de dominio, pero no todavía propietario.

Lo mismo que sucede en Alemania, la asunción del principio de tradición, en su versión pura de exigencia de entrega tanto para muebles como para inmuebles, engendra ya una cierta protección para el adquirente. El adquirente al

que se hizo *traditio* de la cosa no debe preocuparse por los posibles vínculos obligacionales previos que hubiese asumido el transmitente, siempre y cuando le sean a él desconocidos en el momento de contratar (art. 1473).

El principio de causalidad crea, en cambio, un cierto problema para la protección del adquirente frente a los posibles defectos que afecten a las titularidades de que trae causa el enajenante. Es decir, que en caso de nulidad o invalidez de una transmisión, todos los posteriores adquirentes del bien se ven sometidos, en tanto no se completen los largos plazos de la usucapión inmobiliaria, a la acción reivindicatoria que pueda entablar el enajenante que no llegó a transmitir por faltar el justo título. En un sistema civil desconocedor del Registro, regiría ilimitadamente la regla *resolvitur iure dantis, resolvitur ius accipientis*.

Ese problema de seguridad jurídica, cierto en el Derecho histórico español, se encuentra atajado hoy día por el principio de fe pública que acoge la Ley Hipotecaria. En virtud de los artículos 34, 37 y 40 de dicha ley, se establece que el adquirente que contrató a título oneroso con quien en el Registro consta como titular real, desconociendo la posible inexactitud del Registro, será mantenido en su adquisición, por más que se anule o resuelva la del titular del que trae causa.

Pero la admisión del principio de fe pública no solo ha alterado la regla de protección de terceros en caso de nulidad de una transmisión antecedente, sino que también, necesariamente, ha afectado a la protección del adquirente frente a las posibles vinculaciones previas de su transmitente. Aquí el principio de fe pública rectifica el sistema creado por el principio de tradición, que queda en cierto modo sometido a él. Ya no será defendido primeramente aquel a quien se entregó una cosa en virtud de título válido, sino, como establece el artículo 1473, quien en virtud de justo título, y desconociendo al contratar la existencia de otras titularidades obligacionales, primero inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. Solo a falta de inscripción, caso en el que ya no puede actuar la protección brindada por el principio de fe pública, entra en acción la protección tradicionalmente concedida por el principio de tradición al primero que de buena fe completó el proceso adquisitivo mediante la conjunción de título y modo (13).

De esta forma, el Derecho español crea un sistema que coordina los diferentes principios. Las dificultades que puede ocasionar a los terceros el principio de causalidad se ven subsanadas por las reglas registrales que acogen el de fe pública. Este último principio se superpone y coordina con el de tradición para proteger al adquirente frente a las enajenaciones previas. Y ni siquiera se puede decir propiamente que el principio de fe pública haga prescindible la protección otorgada por el de tradición porque, al no ser el sistema registral español de

(13) Para todas las cuestiones relativas a la relación entre el artículo 1473 del Código Civil y las normas de la Ley Hipotecaria, puede verse el libro de SABORIDO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, Madrid, 2009, págs. 131 y sigs., con la bibliografía allí citada.

inscripción constitutiva y ni siquiera obligatoria, puede darse el caso de que el adquirente no alcance la protección registral, y tenga entonces que acogerse a la que le brinda el haber completado la adquisición mediante la tradición.

Una última particularidad me parece importante reseñar del sistema español en relación con todos los de su entorno. Me refiero al hecho de que la protección de que goza el adquirente frente a los posibles fallos de la cadena transmisiva de la que trae causa, o frente a las posibles obligaciones asumidas por su causante, solo existirá si dicho adquirente lo es a título oneroso. El Derecho español es heredero, también aquí, de una larga tradición del Derecho común que entiende de que, en el conflicto por la titularidad de un bien entre dos sujetos con una afición sobre él, merece ser preferido aquel que contrató a título oneroso (*regla potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando*) (14).

3. LA DEFICIENTE PROTECCIÓN FRANCESA

El Derecho francés llevó a cabo un particular desarrollo de las fuentes romanas, hasta prescindir en el *Code civil* de una *traditio* que, como requisito de la transmisión, ya había dejado de exigir en la práctica jurídica. Los artículos 711, 938, 1138 y 1583 de su Código Civil, modelo en este punto de muchos otros ordenamientos, recogen el principio consensual, conforme al cual la obligación por sí sola, sin necesidad de entrega, opera la transmisión de la propiedad (15). Con esa solución, el Derecho francés otorgaba una particular relevancia a la obligación, pues no solo, conforme con el principio de causalidad, se hacía necesaria la validez de esta para la efectividad de la transmisión, sino que se llegaba al punto de que la misma obligación, por sí sola, produjese el desplazamiento patrimonial.

Si este sistema consensual engendra algunas posibles ventajas de celeridad en los desplazamientos patrimoniales —que generalmente han tendido a ser so-

(14) La regla tiene su origen más remoto en D. 50, 17, 41, 1. Sobre su desarrollo en el Derecho europeo, WACKE, «Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, 118 (2001), págs. 264 y sigs.

(15) Solamente en relación con la donación no solemne de bienes muebles sigue la doctrina jurídica francesa exigiendo la entrega de la cosa, en este caso como requisito de validez del negocio. Dicha donación manual no se encuentra prevista en el Código Civil francés, que en su artículo 931 exige como requisito de validez de la donación su celebración ante notario, y que, de acuerdo con el sistema consensual, establece en el artículo 938 que la propiedad se transmitirá con independencia de la entrega. Pero ha sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia que, de acuerdo con un principio jurídico común a todo el Derecho Privado europeo, y expresado en francés en la regla *donner et retenir ne vaut*, exige como requisito de validez de la donación manual de cosa mueble la entrega de la cosa. Sobre esto, vid. WACKE, «Donne et retenir ne vaut: Kein Schenkungsvollzug ohne Aushändigung», en *AcP*, 201 (2001), págs. 256 y sigs.; OURLIAC/GAZZANIGA, *Histoire du Droit Privé français*, París, 1985, pág. 245; LÉVY/CASTALDO, *Histoire du Droit Civil*, París, 2002, núm. 1018 y sigs., 1021.

brevaloradas—, no son pocas las dificultades que crea en otros ámbitos. Aparte de las referidas a la construcción jurídica de ciertas figuras, que la doctrina francesa ha tenido que ir salvando mediante excepciones o limitaciones a la regla del consensualismo —problemas de la venta de cosa ajena, futura, genérica—, el problema quizá mayor del sistema causal y consensual francés es la inseguridad que crea en el tráfico jurídico y en las adquisiciones reales, tanto en caso de enajenación previa por quien se presenta como propietario, como en caso de nulidad o invalidez, en la cadena transmisiva de que trae causa el enajenante, de un eslabón transmisible previo.

En efecto, el principio de consensualidad de la transmisión provoca que quien contrató la adquisición de un bien, por más que reciba la posesión de la cosa, no goce de protección frente a las posibles transmisiones previas que haya podido llevar a cabo quien a él se lo enajenó. El segundo contratante no gozará, aunque haya recibido posesión de la cosa, de más protección de la que gocen las adquisiciones *a non domino*.

Por lo que respecta a los supuestos de nulidad o invalidez de un contrato situado en la cadena transmisiva de que trae causa el enajenante, la situación del tercer adquirente será la misma que la ya expuesta en el sistema español antes de que intermedie la protección registral. Y así, en virtud del régimen causalista de transmisión, la nulidad o inexistencia de un eslabón en la serie adquisitiva determinará la nulidad de todos los subsiguientes, en tanto no sean sanados por las reglas de las adquisiciones *a non domino*.

Esta vulnerabilidad del adquirente en el sistema francés, derivada de la conjunción de consensualismo y causalidad, podría hacer pensar que las adquisiciones *a non domino* de inmuebles gozan allí de una particular protección. Sin embargo, el régimen registral francés no acoge el principio de fe pública, especialmente idóneo para la protección de terceros, sino un régimen de mera inoponibilidad, en que la única protección que se ofrece al adquirente proviene de una vía más bien indirecta, la sanción o penalización de las titularidades que, pudiendo tener acceso al Registro, no llegaron a inscribirse. Desde el punto de vista de la protección de terceros llama la atención que los sistemas transmisivos consensuales, como ya dije, y con la excepción de Portugal, no acojan un sistema registral de fe pública, que completaría sus carencias; pero su opción por el sistema de inoponibilidad resulta en realidad coherente desde el punto de vista sistemático: dado que el mero contrato transmite la propiedad, y que la invalidez de una transmisión supone la ineeficacia de todas las subsiguientes que de ella traigan causa, el Registro no puede ofrecer garantía de las titularidades que publica y ha de limitarse a sancionar, con el consiguiente beneficio de tercero, a quien no inscribió su titularidad debiendo hacerlo.

Resultado de ese régimen de inoponibilidad que preside el sistema registral francés (arts. 28 y 30 de la Ordenanza de 4 de enero de 1955), es que, quien celebró un contrato transmisible con quien en el Registro constaba como titular

de un bien, quede amparado una vez inscriba frente a las posibles enajenaciones previas llevadas a cabo por el transmitente o sus antecesores y que no hayan tenido acceso al Registro (16). Dado que lo no inscrito no goza de protección frente a tercero inscrito que contrató confiando en la apariencia registral, el adquirente que de buena fe contrata con el titular registral e inscribe en el Registro no ha de inquietarse por las posibles enajenaciones previas llevadas a cabo por el enajenante o sus antecesores (17). El Registro corrige en este punto los defectos del sistema consensual.

En cambio, no puede decirse lo mismo sobre los problemas creados a la seguridad del tráfico jurídico por la vigencia del principio de causalidad. Al no existir un sistema de publicidad positiva, el adquirente, por el hecho de inscribir en el Registro, no queda a resguardo de la reivindicatoria que pueda interponer cualquier antecesor jurídico del transmitente, en caso de que se haya desprendido del bien por un contrato inexistente, inválido o incluso posteriormente resuelto. La ineffectuacía de un elemento en la cadena transmisiva provoca la ineffectuacía de las subsiguientes transmisiones, sin que la inscripción pueda subsanar esto, y hasta que transcurran los plazos de la usucapión inmobiliaria.

Con todo, consciente de este grave problema que afecta a la seguridad jurídica, el legislador francés ha intentado, dentro del sistema de inoponibilidad, arbitrar los medios suficientes para proteger a los adquirentes inmobiliarios. Y así, ha establecido que las causas de resolución de una transmisión que hayan sido especialmente previstas en el contrato, solo podrán actuar contra tercer adquirente cuando hayan sido expresamente inscritas en el Registro (arts. 28.2 y 30.1 de la Ordenanza registral). Además de eso, y tanto en caso de causas de resolución derivadas de cláusulas contractuales, como en caso de causas de invalidez o ineffectuacía contractual derivada de la ley, se ha establecido que las

(16) En el caso de que la primera enajenación sea a título lucrativo, el segundo adquirente a título oneroso será protegido aunque no haya procedido a la inscripción, siempre que el primero no haya inscrito (arts. 939 y 941 *Code Civil*). La posición del donatario es más débil por tanto, en cuanto a la inoponibilidad, que la del adquirente oneroso, pues, en caso de que no inscriba su adquisición, la donación es inoponible, no solo frente a otros adquirentes del bien que hayan inscrito su adquisición, sino frente a cualquier tercer interesado —salvo el donante y sus causahabientes—, aun cuando su derecho no conste inscrito o no sean titulares reales. Eso hace que incluso los acreedores del donante estén protegidos frente a las donaciones no inscritas que este haya realizado (THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, París, 1998, núm. 389; AYNÈS/CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, París, 2006, núm. 653; SIMLER/DELEBECQUE, *Droit Civil - Les sûretés, La publicité foncière*, París, 2009, núm. 841).

(17) Con todo, como ha destacado la doctrina, la exigencia de buena fe del tercero inscrito para poder acogerse a la protección del Registro no es plenamente coherente con ese carácter sancionador de la inoponibilidad. Pero tal exigencia de buena fe responde a un desarrollo autónomo de la jurisprudencia y encuentra ahí su fundamento. Vid. MAZEUD/CHABAS, *Leçons de Droit Civil - Sûretés, publicité foncière*, París, 1999, núm. 710 y sigs.; PIEDELIÈVRE, *La publicité foncière*, París, 2000, núm. 413; SIMLER/DELEBECQUE, *Droit Civil - Les sûretés, La publicité foncière*, núm. 827.

demandas dirigidas a obtener la declaración de invalidez o ineficacia de un determinado contrato únicamente podrán ser acogidas por los tribunales cuando la misma demanda haya sido objeto de anotación en el Registro [arts. 28.4.c) y 30.5 de la citada Ordenanza]. A pesar de estas medidas, hay que tener en cuenta que el problema fundamental sigue vigente, ya que la mayoría de casos de nulidad o ineficacia provienen no del contrato, sino de la misma ley (nulidades o anulabilidades, rescisión, resolución por incumplimiento), y podrán por tanto tener eficacia contra tercero por más que este haya inscrito en el Registro con total desconocimiento del hecho que podía provocar la ineficacia de su adquisición. Únicamente en materia de resolución del contrato de compraventa por impago del precio se ha introducido una regla de protección de terceros, estableciendo que el privilegio del vendedor por el precio pendiente de pago (art. 2374.1.^º *Code civil*) solo puede operar en perjuicio de tercer adquirente si ha sido objeto de inscripción (art. 2379); a raíz de eso se entiende que el tercer adquirente de un inmueble, una vez que inscriba su adquisición, queda inmune frente a los efectos de la resolución por impago que contra el comprador-transmitente, eslabón intermedio de una cadena transmisiva, pueda interponer el vendedor originario que no hizo inscribir en el Registro la falta de pago del precio.

4. LA FALLIDA SINGULARIDAD PORTUGUESA

Tal vez haya sido la conciencia de esas graves carencias de los sistemas que combinan causalidad y consensualidad de la transmisión, e inoponibilidad del sistema registral, lo que llevó al legislador portugués, en el *Código do Registo Predial*, aprobado por Decreto-ley de 6 de julio de 1984, a admitir el principio de fe pública como régimen protector de los adquirentes inscritos. El artículo 17.2 establece que «la declaración de nulidad del Registro no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por tercero de buena fe, si la inscripción de los correspondientes actos fue anterior a la anotación de la acción de nulidad». Ese artículo, combinado con el que establece el sistema de inoponibilidad en el artículo 5 del mismo Código, debiera llevar al ordenamiento portugués a salvar en todo caso al adquirente que, a título oneroso y de buena fe, adquiere un derecho de quien en el Registro figura con capacidad para transmitirlo.

Sin embargo, la realidad es que la interpretación dada por el Supremo Tribunal de Justicia portugués y por la propia jurisprudencia registral a los citados artículos de su *Código do Registo Predial*, ha conducido a dejar entre paréntesis la posible voluntad del legislador portugués de combinar su sistema de transmisión consensual con el principio de fe pública. Actualmente, la solución preconizada unánimemente por la jurisprudencia y mayoritaria en la doctrina, defiende que el citado artículo 17.2 de la norma registral solo se aplica a aquellos casos en que la inexactitud deriva, no de la nulidad de un negocio jurídico, sino

de un incorrecto funcionamiento del propio Registro que provoca una inscripción inexacta. Los casos en que la inexactitud proviene de la nulidad del negocio jurídico inscrito habrán de resolverse según el artículo 291 del Código Civil, que establece para estos casos un limitado efecto positivo una vez que hayan transcurrido tres años desde la transmisión, y siempre que el adquirente sea a título oneroso y de buena fe (18). Se trata de un efecto positivo del Registro muy limitado, más aún desde que el Supremo Tribunal de Justicia, siguiendo la misma línea restrictiva del principio de fe pública que ha mantenido desde la publicación del *Código do Registro Predial*, ha entendido en la sentencia de 26 de octubre de 2004, que el plazo de tres años para que la inscripción pueda legitimar la adquisición de un tercero no empieza a correr desde celebrado el contrato afectado por el vicio invalidante, sino desde que contrataron el entonces adquirente y un tercero que aspire a la protección registral.

En consecuencia, se puede decir que si el ordenamiento portugués parecía querer combinar un sistema de transmisión consensual del dominio, acogido por el artículo 408 de su Código Civil, con un sistema registral de fe pública, establecido por el citado artículo 17.2 de su norma registral, de forma que se compatibilizasen consensualismo y seguridad del tráfico jurídico, se ha quedado en un cierto punto intermedio: en un sistema de inoponibilidad pleno —establecido por el art. 5 del *Código do Registro Predial*— y un sistema de fe pública restringido, que solo se aplica sin limitaciones en caso de inexacto funcionamiento del Registro, y transcurridos tres años en caso de que la falta de titularidad del *tradens* derive de un vicio de su negocio transmisivo. Tal vez ello sea muestra de la dificultad inherente a los sistemas consensuales para acoger el principio de fe pública.

III. VALORACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIRENTES

De lo dicho se puede concluir que el sistema alemán, abstracto, constitutivo y de fe pública, presenta un problema de sobreprotección del adquirente, mientras que el sistema francés, consensual, causal y de inoponibilidad, presenta un grave defecto de protección del tercero. Y así lo han puesto de manifiesto ciertos autores en los respectivos países —con más franqueza por parte de la doctrina alemana que por la francesa—.

(18) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - reais*, Coimbra, 2000, págs. 368 y sigs.; CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos reais*, Lisboa, 2004, págs. 130 y sigs.; SANTOS JUSTO, *Direitos reais*, Coimbra, 2007, págs. 76 y sigs. También, sobre el Registro portugués en general y sobre estas cuestiones, MARTÍNEZ ESCRIBANO, «Líneas generales del Derecho Registral portugués», en *RCDI*, 2006-6 (698), pág. 2453.

El problema principal del sistema alemán en relación con los terceros adquirentes, tal como ha destacado un sector de su doctrina, radica en la protección que el principio de abstracción presta al tercero que adquirió un bien conociendo que su transmitente lo había adquirido a su vez en virtud de una obligación inexistente o inválida (19). Como ha argumentado WACKE, una ponderación de intereses entre el enajenante de un bien que lo transmitió en virtud de una obligación solo aparente, y el tercer adquirente de ese mismo bien que lo adquirió conociendo el vicio de aquella transmisión, debe llevar a tener por más atendible el interés del primer transmitente que el del tercer adquirente que conocía la citada perturbación. Desde un punto de vista ético, no merece protección quien conocía que la titularidad de la que trae causa era susceptible de revocación. Más aún si se tiene en cuenta que el principio de fe pública, en materia de inmuebles, garantiza que, sin necesidad del distorsionante principio de abstracción, el tercero de buena fe que adquiere de quien en el Registro figura como titular sea mantenido en su adquisición (20).

Sin embargo, los defensores del principio de abstracción han opuesto una serie de argumentos para justificar su pervivencia. El más importante, que recoge STADLER en un documentado trabajo, es que la abstracción actúa como un «mal menor», algunos de cuyos efectos pueden ser ciertamente problemáticos, pero que garantiza una gran seguridad del tráfico jurídico: sin abstracción, y por más que existiese un sistema registral con efectos positivos y protectores de terceros, el adquirente de un derecho real debería examinar y comprobar los pasos previos en la cadena transmisiva si no quiere que la ineficacia de un eslabón transmisor anterior le afecte. Según esta opinión, en caso de que el sistema transmisor no fuese abstracto, el adquirente de un bien, si quiere garantizar la eficacia protectora del Registro, debiera comprobar la efectiva adquisición de quien consta inscrito, pues en otro caso puede ser tachada su adquisición como de mala fe, en cuanto que culposamente omitió las comprobaciones que le hubiesen sacado del error en cuanto a la titularidad (21).

Pero la realidad jurídica es muy otra. Que quien adquiere una titularidad real de quien en el Registro consta como dueño no tiene en modo alguno que inquirir por la situación extraregistral es algo comúnmente admitido en

(19) La sobreprotección del tercer adquirente, que provoca la solución alemana la han puesto de manifiesto, entre otros, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/1, Munich, 1986, págs. 18 y sigs.; WIEGAND, «Die Entwicklung des Sachenrechts in Beziehung zum Schuldrecht», en *AcP*, 1990, págs. 119 y sigs.; WESTERMANN, *Sachenrecht*, Heidelberg, 1998, págs. 30 y sigs. (págs. 92 y sigs., en la traducción al castellano de MIQUEL *et al.*, *Derechos reales*, I, Madrid, 2007).

(20) WACKE, «Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit der Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung», en *ZEuP*, 2000, págs. 254 y sigs.

(21) STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tübinga, 1996, en particular págs. 374 y sigs.

cualquier ordenamiento que acepte el principio de fe pública y, en concreto, en el ordenamiento alemán. La doctrina y la jurisprudencia alemana sostienen unánimemente que ni siquiera en caso de desconocimiento por culpa grave de la inexactitud registral se entiende excluida la buena fe necesaria para que actúe el principio de fe pública. Es decir, que aunque el sistema del BGB fuese causal, el § 892 no requeriría en modo alguno de investigación sobre la titularidad del *tradens* para defender la adquisición del tercero registral. Como ha dicho expresivamente la doctrina, solo el que intencionadamente cerrase los ojos para no advertir el defecto de titularidad del transmitente inscrito sería considerado, en virtud de ese hecho, como adquirente de mala fe y privado, en consecuencia, de la protección que podría prestarle el principio de fe pública a su adquisición *a non domino* (22).

Otra razón que los partidarios del principio de abstracción han aportado en pro de su vigencia, siempre de acuerdo con esa argumentación que lo denomina «mal menor» para unas supuestas ventajas superiores, es que su presencia justifica la existencia del principio de fe pública. Según esta idea, un sistema de fe pública, que concede una eficacia positiva, de auténtica creación de titularidades, a las inscripciones registrales, se ha de basar en el dato cierto de que, de hecho, lo inscrito coincide con la realidad extraregistral; o dicho de otra forma, un sistema en que se producen frecuentes disociaciones entre realidad y Registro, no puede acoger el principio de fe pública registral, pues eso entrañaría una desprotección del dominio. La explicación de que los sistemas consensuales adopten sistemas registrales de inoponibilidad se basa, según esto, precisamente en que el principio de transmisión consensual del dominio ocasiona numerosas divergencias entre lo inscrito y la realidad dominical, y por eso los ordenamientos consensuales no se atreven a adoptar un sistema registral de fe pública, ciertamente muy protector, pero que acabaría conduciendo al excesivamente frecuente desamparo del *verus dominus*.

De acuerdo con lo anterior, el principio de fe pública, aceptado por el ordenamiento registral alemán, no haría en modo alguno superfluo el principio de abstracción; más bien al contrario, es el principio de abstracción, al producir una drástica disminución de las nulidades transmisivas, el que permite y justifica que el legislador acoja el principio de fe pública (23).

(22) En materia inmobiliaria existen pocas dudas de que nunca puede ser considerado de mala fe el tercer adquirente por el hecho de no haber comprobado la titularidad del transmitente que constaba inscrito. Solo en materia de bienes muebles y en ciertos casos se ha admitido que algunas circunstancias externas pueden hacer surgir un deber de investigar la titularidad del enajenante si no se quiere ser considerado de mala fe. Vid., al respecto, BARTELS, «Zur Frage der Ursächlichkeit bei den Nachforschungsobligationen des § 932 BGB», en *AcP*, 2005, págs. 687 y sigs., y 692 y sigs.

(23) STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tubinga, 1996, en particular págs. 507 y sigs.

Pero tampoco esta argumentación resulta convincente. Si posee indudable valor para explicar la peculiar coordinación de los principios transmisivos, carece en cambio de fuerza cuando pretende convertir a la abstracción en *conditio sine qua non* de la fe pública. Basta observar que, de los numerosos ordenamientos que acogen el principio de fe pública —Austria, Holanda, Suiza, España, limitadamente Portugal—, solo el alemán lo coordina con la abstracción, mientras que todos los otros son causalistas. Abstracción y fe pública nacieron en dos contextos distintos —la interpretación de los textos romanos sobre la transmisión y la seguridad del mercado hipotecario, respectivamente—, y no se requieren en modo alguno para mantenerse. Más bien, la presencia de un sistema hace superfluo al otro.

Como resumen de la situación del tercer adquirente en el Derecho alemán puede decirse que el BGB, al combinar abstracción y fe pública, concede un exceso de protección al adquirente de titularidades inmobiliarias. Si resulta lógico defender a quién adquirió de buena fe de quien en el Registro constaba como titular, no puede, en cambio, justificarse en el plano ético y de política legislativa que el ordenamiento proteja a quien adquirió conociendo el vicio causal de su transmitente, que obligaba a este último a devolver. La protección del tráfico jurídico no puede ser sobredimensionada hasta el punto de defender a quien, por su conducta y actuación, no merecía tal protección.

Pero si el sistema alemán presenta un problema de sobreprotección, el sistema francés —como todos los consensuales, incluido el portugués— presenta un problema grave, ya expuesto, de defecto de protección. Aquí sí, la protección del tráfico jurídico exigiría que la conjunción de sistemas registrales protegiese a quien, de buen fe, adquiere de quien en el Registro figuraba con facultades de transmitir. Es incluso poco coherente que Francia, a través del amplio régimen de adquisición *a non domino* de muebles contenido en el artículo 2276 de su Código Civil (antiguo 2279), preste más protección a quien adquirió un mueble confiando en la apariencia posesoria que a quien adquirió un inmueble confiado en la publicidad registral.

Sin embargo, la doctrina francesa, con pocas excepciones, tiende a no ir más allá de mencionar el problema que puede surgir para el tercer adquirente inmobiliario en caso de ineficacia de un eslabón en la cadena transmisiva, sin denunciar lo inadecuado de esa solución legal ni proponer, en consecuencia, una modificación de su sistema que permita salvar el problema. Solo alguna voz aislada ha abogado por la admisión del principio de fe pública registral (24).

Por último, parece que el sistema español presenta una combinación coherente y apropiada de los diferentes principios jurídicos; causalismo, tradición y fe pública permiten trazar un sistema donde la seguridad jurídica y del tráfico

(24) MAZEAUD/CHABAS, *Leçons de Droit Civil III/I - Sûretes-Publicité foncière*, París, 1999, núm. 655.

encuentra acomodo a la par que la necesaria defensa del dominio. Algunas voces, en este contexto, han propuesto hacer evolucionar dicho sistema hacia la inscripción constitutiva, tal como sucede en la mayoría de sistemas de fe pública; pero, a pesar de las posibles ventajas de ese sistema, la realidad es que por ahora no se hace sentir en la práctica jurídica la necesidad de abandonar el sistema traditorio y declarativo, de menor eficacia integradora de las titularidades en el Registro, ciertamente, pero de mayor autorresponsabilidad y economía procesal.

En fin, vistas así las cosas, y a efectos de la protección del tercer adquirente, parece que los sistemas que siguen el principio de abstracción o el consensual asumen una serie de consecuencias negativas, ya sea por protección de quien no parece merecedor de tal protección —el adquirente de mala fe alemán—, ya sea por falta de protección de quien parece merecerla —el adquirente que confió en el Registro francés—. Problemas que se evitan en España. Y que parece se podrían evitar en Portugal si sus tribunales no se resistiesen a una interpretación más favorable al principio de fe pública.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS ACREDITORES

Si la protección del tercer adquirente venía determinada por la concreta elección de principios, tanto transmisivos como registrales, entre los de la terna alternativa que al comienzo expuse —consensualismo o tradición, causalismo o abstracción, inoponibilidad o fe pública—, la protección de los acreedores ordinarios resulta ajena al esquema registral adoptado. Dado que los acreedores no son terceros protegidos por el Registro, sus créditos no pueden satisfacerse más que a cargo de los bienes y derechos que efectivamente estén en el patrimonio del deudor; el hecho de que el Registro publique incorrectamente una titularidad del deudor no les beneficia, pues el *verus dominus* podrá ejercitar el *ius separationis* —excepción hecha, lógicamente, de que el acreedor lo sea con garantía real; en ese caso será protegido como tercer adquirente, no del dominio, sino de un derecho real—. En consecuencia, será el particular sistema transmisible —consensual y causal, traditorio y causal o traditorio y abstracto— el que determine la protección de que gozan los acreedores en caso de ejecución particular o concursal sobre los bienes del deudor (25).

(25) Ese hecho de la falta de influencia del sistema registral en relación con la protección de los terceros acreedores hace que, en este punto, vaya a obviar el tratamiento portugués, pues sus problemas serán los mismos que los que se presentan en cualquier sistema de transmisión consensual.

1. LA PRIVILEGIADA POSICIÓN DE LOS ACREDITORES EN EL BGB

El problema más grave que presenta el sistema alemán vuelve a ser provocado por el principio de abstracción, hasta el punto de que, junto a la posición del tercero de mala fe, es el otro gran argumento que ha llevado a la doctrina alemana a proponer su supresión. Se trata del hecho de que, producida la transmisión de un bien en virtud de la concorde voluntad de adquirir y transmitir, abstracción hecha de la inexistencia o invalidez del negocio obligatorio que la explica o fundamenta, en caso de que efectivamente se haya transmitido sin causa, y que, por tanto, el transmitente tenga una acción de enriquecimiento injusto del § 812 BGB para recuperar la cosa, esa acción, por ser personal y no privilegiada, no tendrá eficacia alguna para levantar un embargo o extraer el bien del procedimiento concursal que hayan iniciado los acreedores contra el adquirente. Conforme a una lógica aplicación del sistema abstracto, el bien se ha transmitido, el *accipiens* se ha hecho propietario, y el enajenante lo único con lo que cuenta es una acción personal de restitución del desplazamiento patrimonial injustificado. Acción personal que, en consecuencia, se hallará sometida a la ley del dividendo, en caso de concurso, o carecerá de la eficacia de una tercería de dominio o de mejor derecho para oponerse a la ejecución singular sobre el bien transmitido.

El Derecho alemán ha sido absolutamente coherente en la aplicación de su sistema, y no ha pretendido sustraerse a sus consecuencias. El § 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ZPO) no da posibilidad alguna a quien transmitió un bien en virtud de una causa obligatoria nula a levantar el embargo que pese sobre él. La posible acción de enriquecimiento del transmitente habrá de satisfacerse en el equivalente económico, pero no podrá alcanzar el bien trabado por otro acreedor.

Del mismo modo, y con total coherencia, los §§ 35 y 47 de la Ordenanza Concursal (InsO) excluyen la posibilidad, en caso de insolvencia del adquirente, de un *ius separationis* de quien transmitió en virtud de un negocio obligatorio nulo. La posición de este es la de un acreedor de dominio, sometido a ley del dividendo con todo el resto de acreedores no privilegiados.

Estas rígidas consecuencias de la insolvencia del adquirente sin causa o del embargo del bien así adquirido en su patrimonio, gravemente perjudiciales para el transmitente sin causa, han llevado a un representativo sector de la doctrina alemana a postular el abandono del principio de abstracción, presupuesto y razón de todo el problema. Defienden que, si el ordenamiento causal, al mantener la dependencia entre transmisión y obligación, permite evitar esos resultados, habrá que volver a ese sistema, abandonando el introducido por SAVIGNY. La protección del crédito no puede llegar al punto de perjudicar la posición de quien, sin causa jurídica atendible, se desprendió de un bien (26).

(26) Así, entre otros, LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II/1, 13.^a ed., Munich, 1986, págs. 15 y sigs.; WESTERMANN, *Sachenrecht*, 7.^a ed., Heidelberg, 1998, págs. 30

Sin embargo, también aquí los partidarios de la abstracción han trazado una serie de razones para justificar las consecuencias de la abstracción. La más importante es el llamado argumento de simetría, basado en la comparación con el supuesto inverso. Según dicho argumento, si es el vendedor con contrato nulo el que recae en concurso, y este se declara una vez cobrado el precio, por más que no existiese el principio de abstracción, el comprador no tendría más que una acción personal, sometida a la regla del dividendo, para recuperar el dinero que pagó, ya que el precio, al integrarse en el patrimonio del vendedor, se habría mezclado y confundido y hecho de su propiedad. En consecuencia, resulta adecuado y congruente que en la situación inversa —aquella en la que es el comprador con contrato nulo el que recae en concurso—, el vendedor no goce de más protección de la que tendría el comprador en el otro caso. Las posiciones del comprador y del acreedor ante el concurso de la otra parte serán así, por vía del principio de abstracción, simétricas (27).

Pero la realidad es que el argumento, ciertamente ingenioso, no resulta muy convincente: la simetría o equivalencia de las posiciones no conduce más que a una especie de equiparación negativa o «igualdad para lo malo». Se logran los mismos efectos, pero lo único que se consigue es expandir una solución insatisfactoria que, en el caso de insolvencia del vendedor, es consecuencia necesaria de la fungibilidad del dinero, pero que en el caso contrario es voluntariamente adoptada por el legislador. Una solución salomónica que, como la bíblica, solo es justa en apariencia. Y que desconoce que la simetría entre comprador y vendedor solo se produce en el plano teórico, y no entre las concretas partes de un contrato de compraventa inválido en que el vendedor ha transmitido ya la propiedad al comprador. Pues, vigente el principio de abstracción, ¿qué consuelo va a reportar al vendedor, sometido a la ley del dividendo, saber que en el supuesto inverso el comprador se hallaría en la misma situación, si solo él, el vendedor, ha cumplido, y el comprador es totalmente ajeno a ese problema?

También a favor de la abstracción, se ha dicho que su efecto en caso de insolvencia del comprador con contrato nulo no es tan grave, pues solo afecta al vendedor que se adelantó a cumplir su prestación sin recibir la otra, ya que en otro caso habría recibido el precio, y solo lo devolvería a cambio del reintegro del bien. Y la desprotección del vendedor con contrato nulo, que se fió del

y sigs. (págs. 92 y sigs. en la traducción al castellano de MIQUEL *et al.*, *Derechos Reales*, I, Madrid, 2007).

(27) VON CAEMMERER, «Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung», en *Rabels Zeitschrift*, 12 (1938/39), págs. 675 y sigs.; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, 3.^a ed., Berlín, 1979, págs. 176 y sigs. (págs. 219 y sigs. en la traducción al castellano de MIQUEL y GÓMEZ CALLE, *El negocio jurídico*, Madrid, 1998); WIELING, «Das Abstraktionsprinzip für Europa», en *ZEuP*, 2001, págs. 301 y sigs.; MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.^a ed., Heidelberg, 2002, marg. 230; HUBER, «Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip», en *Festschrift Canaris*, Munich, 2007, págs. 471 y sigs., y 505 y sigs.

comprador y se adelantó a entregar la cosa, y al que no se le concede, en caso de insolvencia del comprador, más que una acción personal sometida a la ley del dividendo, es totalmente coherente y ajustada, pues se le otorga el mismo tratamiento que al resto de acreedores, que igualmente se fiaron del concursado concediéndole crédito (28).

Pero también este intento de cohonestar los efectos del principio de abstracción me parece, por varias causas, condenado al fracaso. Fundamentalmente, y dejando aparte que no contempla el problema en caso de donación o embargo del bien por un acreedor individual, porque no tiene en cuenta que la base que justifica la igualdad de tratamiento de los acreedores ordinarios en el concurso es que todos ellos asumieron conscientemente la posición de acreedores, concediendo crédito al ahora insolvente sin exigir posibles garantías. Y desde esta perspectiva no existe equivalencia entre la posición de esos acreedores, que conscientemente asumieron un riesgo, y la de quien, desconociendo la ineficacia contractual, entregó en virtud de un contrato que daba por válido.

2. LA DÉBIL POSICIÓN DEL VENDEDOR EN EL SISTEMA CONSENSUAL Y SU CORRECCIÓN

El principio de transmisión consensual crea, por su parte, un problema en caso de insolvencia del comprador, adquirente mediante contrato válido, o de ejecución por un acreedor en sus bienes. Me refiero al hecho de que, dado que la propiedad se transmite por efecto del propio contrato, el bien se integra inmediatamente y sin necesidad de entrega en el patrimonio del comprador, con lo cual sus acreedores pueden, en teoría, tratarlo o incluirlo en la masa concursal, pese a que el bien se halle aún en manos del vendedor, pues es el criterio de titularidad el que determina la masa activa o los bienes susceptibles de embargo. Es decir, que pese a que el vendedor no ha realizado conducta alguna de cumplimiento de su obligación, el bien ya se ha desplazado de su patrimonio. Y él, en cambio, si no ha cobrado el precio, se halla sometido a la ley del dividendo, dado que al dinero, por ser un bien genérico, no le afecta el sistema de transmisión consensual hasta que no es concretado y especificado.

Estas consecuencias del sistema consensual han sido modificadas por el legislador francés, que ha optado aquí, con una actitud práctica, por no llevarlo a sus últimos resultados. Para justificar esas correcciones se ha apoyado fundamentalmente en el derecho de retención del vendedor, de eficacia frente a tercero (arts. 1612 y 1613 del *Code civil*), que permite al vendedor denegar la entrega de la posesión hasta que reciba el pago del precio. El Código de

(28) VON CAEMMERER, «Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung», en *Rabels Zeitschrift*, 12 (1938/39), págs. 675 y sigs.

Comercio de 2000 ha dado eficacia a ese derecho de retención también en el ámbito concursal, impidiendo que el bien vendido entre a formar parte de la masa activa del comprador concursado, en tanto no se lleve a cabo el pago del precio (art. L. 624-14): la ley concede al administrador concursal la posibilidad de pagar el precio y recibir la cosa (art. L. 622-7); en caso de que el administrador no decida en ese sentido, y tampoco inste la resolución del contrato, le corresponde al vendedor un derecho de resolución frente a la administración del concurso si esta no procede al cumplimiento del contrato (art. L. 622-13, todos del Código de Comercio, reformado en parte en 2008). La doctrina francesa entiende además que, en caso de que un acreedor del comprador pretenda una ejecución individual sobre el bien comprado pero aún no entregado por el vendedor, el derecho de retención permite levantar el embargo en caso de que el precio no haya sido totalmente satisfecho (29).

En cambio, el legislador francés ha optado por no alterar una consecuencia del sistema consensual que, sin ser de especial gravedad, si me parece un tanto peculiar: me refiero al hecho de que, en caso de insolvencia del vendedor o de ejecución de sus acreedores sobre el bien vendido, el comprador tenga un derecho de separación o una tercera de dominio aunque el bien permanezca en manos del vendedor, basado en la propiedad del bien que adquiere con el contrato (art. 1583 *Code civil*). Si el comprador ha pagado y ha concedido crédito al vendedor, permitiéndole que no le entregue la cosa, no se ve claro el fundamento de que reciba mejor tratamiento que el resto de acreedores del vendedor. Parece que se ve favorecido frente a estos por un efecto un tanto indirecto del sistema consensual.

V. VALORACIÓN FINAL

La conclusión que de todo esto se extrae es que, en mayor o menor medida, tanto el principio de abstracción como el principio de consensualidad de la transmisión producen una serie de disfunciones en la protección de los terceros adquirentes y de los acreedores. En el caso de la abstracción, la protección que brinda a quien adquirió un bien sabiendo que su transmitente lo había adquirido en virtud de un contrato inválido y que, en consecuencia, estaba obligado

(29) SIMLER/DELEBEQUE, *Droit Civil - Les sûretés, la publicité foncière*, París, 2009, núm. 584 y sigs.; CABRILLAC/MOULY/CABRILLAC/PÉTEL, *Droit des sûretés*, París, 2010, núm. 630. Más allá incluso del derecho de retención, el Derecho francés brinda otros medios de defensa al vendedor cuando el comprador resulta insolvente: así, el artículo L. 624-13 del *Code de Commerce* le concede un derecho a recuperar las cosas muebles vendidas que se encuentran en tránsito; y, en las compraventas inmobiliarias, el Registro concede al vendedor un privilegio especial, necesitado de inscripción, del que ya se ha hablado, que le permite satisfacerse preferentemente al resto de acreedores (arts. 2374.1 y 2379.1 del *Code Civil*).

a retransmitirlo; y también la difícil posición en que queda el enajenante en caso de insolvencia de quien adquirió de él sin causa. En el caso del sistema consensual, el problema que crea para la protección del tercer adquirente de buena fe en caso de nulidad de un eslabón anterior, y la difícil posición en que deja, de aplicarse consecuentemente, a quien vendió un bien y aún no cobró el precio, en caso de insolvencia del comprador.

Las dos objeciones al sistema consensual podrían ser objeto de refutación. Así, diciendo que el problema de la protección del tercer adquirente de buena fe en caso de nulidad de una adquisición previa, no se deriva del principio de transmisión consensual, sino de la combinación de causalidad y sistema registral de inoponibilidad, y que podría evitarse adoptando uno de fe pública. Pero bien hemos visto que, al menos de modo fáctico, existe en los sistemas consensuales una perceptible tendencia a la adopción de sistemas registrales de inoponibilidad: el hecho de que el principio de transmisión consensual disocie titularidad y apariencia, hace que los sistemas consensuales no se atrevan a dar el paso de atribuir la titularidad basándose en la apariencia registral. El caso portugués, donde el intento del legislador de combinar consensualismo y fe pública no ha conseguido realmente alcanzar esa meta, sirve en cierto modo para exemplificar este hecho. Y en cuanto a la segunda objeción, la difícil posición en que queda el vendedor en caso de insolvencia del comprador, de nada serviría decir que el ordenamiento francés ha corregido ese efecto apoyándose en el Derecho de retención, pues eso es la mejor muestra de la necesidad que ha sentido ese ordenamiento de apartarse del sistema consensual para alcanzar soluciones más adecuadas.

La conclusión a la que se puede llegar es que los sistemas de título y modo, completados por un Registro presidido por el sistema de fe pública, son los que mejor responden a los intereses de todas las partes. El principio de causalidad actúa como una exigencia de motivación en el ámbito de los desplazamientos patrimoniales, mientras que el principio de tradición evita una disociación de apariencia y titularidad y brinda la mejor base a un principio de fe pública que permite una recta protección de terceros. De esta forma se logra que los desplazamientos patrimoniales sean coherentes con los postulados éticos y de justicia, y que en caso de conflicto goce de protección, sin necesidad de corrección externa, quien más parece merecerla.

RESUMEN

**TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD
SISTEMAS REGISTRALES
PROTECCIÓN DE TERCEROS
ADQUIRENTES Y ACREDITORES**

La diversidad de sistemas transmisivos existentes en Europa, unida a la variedad de regímenes de protección que ofrecen los diferentes sistemas registrales, da lugar a un distinto nivel de protección de los terceros adquirentes y de los acreedores en cada ordenamiento. Aunque las combinaciones de sistemas podrían ser, en principio, múltiples, se observa una tendencia de los sistemas de transmisión consensual por el régimen registral de mera inoponibilidad, mientras que los sistemas tradicionales, incluido el abstracto alemán, tienden a adoptar un régimen registral de fe pública. La combinación de consensualismo en la transmisión y sistema registral de inoponibilidad crea un grave problema para los terceros adquirentes, que no pueden confiar en la titularidad del enajenante. Por el contrario, el sistema alemán crea una sobreprotección del tráfico jurídico, con resultados no del todo conformes con la buena fe. Y esos problemas se repiten en relación con los acreedores. En cambio, los sistemas transmisivos de título y modo, que combinan este con el régimen registral de fe pública, evitan todas esas consecuencias indeseadas de los otros sistemas.

ABSTRACT

**TRANSFER OF OWNERSHIP
REGISTRY SYSTEMS
PROTECTION OF THIRD PARTY
PURCHASERS AND CREDITORS**

The variety of ownership-transfer systems in Europe, together with the diversity of schemes applied by the different registration systems, provide varying levels of protection for third party purchasers and creditors in each country. Theoretically there could be multiple combinations of systems, but in fact consensual systems of ownership-transfer tend towards a scheme of simple non-oppositional registration, whereas systems of transfer based on delivery or registration, including the German law, tend to adopt a registration system of public faith. The combination of consensual transfer and non-oppositional registration system creates a serious problem for third purchasers, who can not rely on the ownership of the transferor. On the contrary, the protection provided by abstract system to the goods traffic may appear excessive; and these problems are repeated in each system in relations to creditors. On the other hand the causal transfer of ownership combined with a registration system of public faith avoids all these undesirable consequences.

(Trabajo recibido el 14-9-2011 y aceptado para su publicación el 16-7-2012)