

El *ius ad rem* y el artículo 1473 del Código Civil

por

ROSA MARÍA MORENO FLÓREZ

*Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense*

SUMARIO

JUSTIFICACIÓN.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE OBLIGACIÓN.
2. LAS DOS FIGURAS INTERMEDIAS DE ESA DISTINCIÓN: LAS CARGAS REALES Y EL *IUS AD REM*.
3. EL *IUS AD REM* Y EL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL. INTERPRETACIÓN Y COMENTARIO DE ESTE PRECEPTO.
4. LOS CUATRO GRANDES TEMAS DE ANÁLISIS:
 - A) ACCIONES EJERCITABLES.
 - B) BUENA FE.
 - C) CUÁNDO SE ENTIENDE QUE HA HABIDO INSCRIPCIÓN.
 - D) ESPECIALIDAD DEL ARTÍCULO 1473 EN EL SISTEMA DE ADQUISICIÓN Y TRANS-MISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.

JUSTIFICACIÓN

El propósito de este trabajo no se centra en el análisis exhaustivo del sistema de la doble venta en nuestro Ordenamiento, determinando qué expectativas de reconocimiento de sus derechos tienen los diferentes compradores, o cuál pudiera ser la responsabilidad del vendedor —dueño, al menos en una venta—, sino que, sin olvidar esos derechos o esa eventual responsabilidad, tiene como fundamento

tratar de justificar que acudir a los postulados de la figura del *ius ad rem* puede servir para tutelar los derechos de una de las partes en el complejo entramado que surge de la transmisión de una misma cosa a diferentes compradores.

Aquí debería concluir la breve explicación del propósito de este escrito, pero tengo pendiente un deber moral de agradecimiento.

Este trabajo, y otros, no habrían sido posibles sin las enseñanzas, la generosidad y la ayuda del Profesor José S. MARTÍN BLANCO, universitario, con mayúsculas, durante toda su vida académica. No pretendo hacer un *in memoriam*, sino dejar pública constancia de un sentimiento de gratitud y reconocimiento hacia quien me brindó todos sus conocimientos y experiencia, me transmitió los valores más esenciales de la vida universitaria y, sobre todo, me honró con su amistad.

1. APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE OBLIGACIÓN

Es comúnmente admitido que el *ius ad rem* aparece en un momento histórico de la evolución jurídica como un *tertium genus*, como una figura intermedia entre el derecho real y el derecho de obligación, en el proceso de diferenciación de los derechos reales y de obligación.

Este nacimiento y carácter del *ius ad rem* obligan sistemáticamente a exponer, aunque sea muy en esquema, algunas ideas previas y necesarias al estudio de aquella figura y de su relación con el artículo 1.473 del Código Civil.

El derecho real —como concepto eje de los Derechos de cosas o Derechos reales— y el derecho de obligación —como concepto central del Derecho de obligaciones—, integran el llamado Derecho Patrimonial o Derecho de Bienes, con cuya denominación y configuración se pretende dotar de unidad sistemática a las normas jurídicas que regulan la atribución, pertenencia e intercambio de bienes y servicios. No obstante, esta superior integración del derecho patrimonial, la sistemática legal española y la sistemática legal tradicional regulan como dos grandes partes en el sistema de Derecho Civil, de un lado el Tratado de Derecho de Obligaciones y de otro el del Derecho de Cosas o Derechos Reales. Se corresponden —en división no totalmente estanca o carente de interrelaciones— con uno de los criterios de distinción manejados: los derechos reales representan la *estática* patrimonial y los derechos de obligación la *dinámica* patrimonial.

La sistemática señalada, las investigaciones de la doctrina y los pronunciamientos de la jurisprudencia obligan, por tanto, al planteamiento de la distinción entre el derecho real y el derecho de obligación. Planteamiento y análisis que no corresponde, en profundidad y detalle, al tema de este trabajo, y que aquí será objeto, intencionadamente, de mínimas referencias.

La distinción, que tiene su apoyatura y construcción en un largo proceso y en una elaboración doctrinal continuada, tiene su justificación para nuestro Derecho Civil positivo, puesto que el concepto de «derecho real» y el de «obligación» vienen manejados en la distinción que diferentes artículos de nuestro Código Civil consignan.

Y así los artículos 609 y 1095 del Código Civil establecen esa distinción: *La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición* (art. 609). En cambio, *el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, pero no adquiere derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada* (art. 1095).

El artículo 1280 somete a los actos y contratos constitutivos, modificativos y extintivos de derechos reales sobre bienes inmuebles a una determinada forma solemne —documento público— que, en cambio, no es exigida para los derechos de crédito.

Y en el mismo sentido, los artículos 605 (1) y 606 (2) del Código Civil en relación con los 1 (3) y 2 (4) de la Ley Hipotecaria, someten a la inscripción en el Registro de la Propiedad, para su plena eficacia en relación con terceros, a los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

De la misma forma, la distinción se refleja en el distinto régimen jurídico que el Código Civil establece para la prescripción de los derechos reales y de los de obligación; así, los artículos 1930 y 1940, 1962, 1963 y 1964 del Código Civil. Solo los derechos reales son susceptibles de prescripción adquisitiva. Las acciones reales prescriben a los seis años si recaen sobre bienes muebles, y a los treinta años si recaen sobre inmuebles, mientras que las acciones personales prescriben a los quince años.

No es, por tanto, una distinción meramente teórica, sino también de orden práctico con claras consecuencias legales, lo que justifica de por sí el planteamiento tendente a procurar una adecuada solución y claridad.

Y en el orden de la doctrina, la distinción continúa siendo una de las cuestiones metodológicas de capital importancia en el Derecho Civil. Y en las ten-

(1) Artículo 605 del Código Civil: *El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.*

(2) Artículo 606 del Código Civil: *Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.*

(3) Artículo 1 LH: *El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles...*

(4) Artículo 2 LH: *En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 1.º Los títulos traslativos o declarativos de dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos...*

dencias doctrinales la gran mayoría, por no decir la unanimidad de la doctrina española y extranjera mantiene o acepta la tesis del derecho real configurado, en el lado interno, por la inmediatividad del poder sobre la cosa y, en el externo, por la absolutividad del poder. Pero no faltan elaboraciones (de los años cincuenta del siglo pasado para acá) en las que algunos autores dan un nuevo planteamiento a la distinción. Tales como GIORGIANI (5) en Italia; GINOSSAR (6) y CARBONNIER (7) en Francia; y Díez PICAZO (8) en España que, si bien critican los argumentos tradicionales de la distinción y sitúan esta en la nueva realidad socio-económica, mantienen, no obstante, el valor y significación de ambas categorías de derechos subjetivos e incluso en paradigmas que surgen de su distinción, aunque, evidentemente, suavizan las fronteras de entrambas. En este sentido es paradigmática la opinión de VALLET DE GOYTISOLO (9) cuando señala que: «desde un punto de vista analítico, el problema de fronteras no puede resolverse nunca con precisión. Los supuestos que se ofrecen como más claros y diferenciados, para distinguir el derecho real del de crédito, son los de *ser dueño de una cosa y ser acreedor de la obligación de entregarla*. Y es el caso que se llegan a oscurecer sus diferencias con la figura intermedia del *ius ad rem*, y casi a borrarse totalmente con la concepción francesa de la compraventa, consensual y traslativa del dominio... Esa distinción tan clásica de los derechos patrimoniales llega a ser una mera cuestión de apreciación, de nueva visibilidad. Cuando se destaca más el aspecto activo que el pasivo de la relación, se habla de derechos reales; y, en caso contrario, de obligaciones. Como todo lo que es susceptible de apreciación, es «algo» relativo que depende del rasero o unidad con que se le mida en cada uno de sus aspectos».

En relación directa con los argumentos en pro y en contra de mantener la tradicional distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito, la necesidad de elaborar un concepto del derecho real ha sido y es cuestión metodológica que la doctrina ha procurado solucionar. Y esta necesidad deriva, entre otras varias causas, de que no existe en nuestro Código una definición o concepto genérico de derecho real, pues este contiene definiciones o conceptos específicos de cada derecho real tipo: derecho de propiedad, derecho de servidumbre, derecho de usufructo, etc., pero falta la definición genérica de un concepto unitario de derecho real como concepto distintivo del derecho de obligación.

(5) GIORGIANI, *L'obbligazione (la parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1951, págs. 81 y sigs.

(6) GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, París, 1960, págs. 11 y sigs.

(7) CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, París, 1956, págs. 70 y sigs.

(8) Díez PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1988, pág. 40.

(9) VALLET DE GOYTISOLO, «Notas críticas a la pretensión de encasillar todos los derechos patrimoniales en las categorías de derechos reales y de crédito», en *Estudios sobre Derecho de cosas*, I, Temas generales, 2.^a ed. Madrid, 1985, págs. 223 y sigs.

En relación con esto, señala LACRUZ (10) que «el concepto de *derecho real* es producto de una generalización. Es decir, paulatinamente han ido surgiendo la propiedad, el usufructo, la hipoteca, y *a posteriori* el observador ha comprobado la existencia de una serie de rasgos comunes entre estas variedades que permite agruparlas bajo un mismo concepto superior, más genérico y abarcándolas a todas. Ni siquiera en las fuentes justinianeas encontramos expresamente formulado el concepto de derecho real: hemos de esperar al derecho común para que la doctrina comience a distinguir entre el *ius in personam* y el *ius in re*, como categorías generales, comprendiendo, de una parte, los derechos de obligación, y de otra, los derechos sobre las cosas, distinción a la que se llega a través de la *causa actionis*».

Y en materia de obligaciones ocurre lo contrario, y así el artículo 1088 del Código Civil (*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*) da un concepto genérico, o contenido, de la obligación como concepto central o nuclear del Derecho de obligaciones.

Esa ausencia de definición legal del derecho real obligaría a la elaboración de su concepto. Y aunque provisionalmente podamos entender que el derecho real es la forma jurídica en que se realiza el derecho o poder sobre las cosas, esa elaboración del concepto de derecho real encuentra tres órdenes de dificultades: de orden histórico; doctrinal y técnico-legal.

Esas dificultades de orden histórico esbozan, en primer término, la discrepancia de planteamiento entre los autores en orden a determinar si el derecho real es concebido de modo distinto en el Derecho romano y en el germánico —postura de BEKKER (11)— o si tiene la misma configuración en ambos Derechos. En segundo término, habría de cuestionarse cuál fue históricamente la configuración del derecho real en uno y otro. En tercer lugar, la dificultad de ver cuando surge el derecho real como tal, cómo comienza a diferenciarse del derecho de obligación. Y, en cuarto lugar, precisar como influye históricamente en la distinción la existencia de dos figuras intermedias: las cargas reales y el *ius ad rem* como figuras o estados intermedios entre el derecho real y el derecho personal o de obligación.

De las dificultades de orden doctrinal son reflejo las numerosas construcciones que tratan de elaborar el concepto de derecho real, y su distinción del derecho de obligación y de las que son representativas la teoría clásica (12), las

(10) LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales* (Ed. y puesta al día por LUNA SERRANO), Madrid, 2008, pág. 1.

(11) BEKKER, *Kommentar zum schwiz. Obligationenrecht*, Zurich, 1911, pág. 175.

(12) Entre otros: RIGAUD, *El derecho real*, trad. esp., Madrid, 1928. BAUDRY, *Traité de Droit Civil. Des biens*, París, 1905. HEDEMANN, *Derechos reales*, trad. esp., Madrid, 1955, págs. 31 y sigs. RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. esp., T. I, págs. 228 y sigs. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil. Derechos Reales (Derecho de propiedad y sus modificaciones)*, T. III, Madrid, 1900.

teorías anteclásicas o personalistas (13) y otras posiciones (14) a las que puede atribuirse una tendencia revisora de los planteamientos tradicionales.

Las dificultades de orden técnico-legal para formular el concepto de derecho real y su distinción del derecho de obligación o personal, son las que plantean la regulación en el Código Civil de determinados derechos que parecen situarse en una zona jurídica gris o intermedia y en los que, no obstante configurarse como derechos reales parecen predominar las obligaciones y las relaciones obligatorias entre las partes. Así, por ejemplo, cuando se ocupa del usufructo —derecho real— nuestro Código Civil en la regulación de los artículos 467 a 522 está hablando de deudor, de obligaciones del usufructuario y del nudo propietario, como relaciones jurídicas entre personas más que entre cosas o, por lo menos, resaltan esas relaciones obligacionales más que las relaciones de persona a cosa. Otro tanto podría decirse, por ejemplo, de la hipoteca, cuya regulación en los artículos 1874 y siguientes del Código Civil ofrece, sobre el derecho real que es, un contenido obligacional.

Y, obviamente, estas dificultades técnicas son mayores cuando se contemplan los tipos de derechos sobre los cuales la doctrina discute su carácter real o personal (derechos de retención u opción, por ejemplo) ante la regulación de los mismos en el Código Civil.

Dificultades que podrían también predicarse de otros derechos de configuración jurídica como el tanteo o el retracto de los que se puede afirmar que son, en definitiva, manifestaciones reguladoras del *ius ad rem*.

2. LAS DOS FIGURAS INTERMEDIAS: LAS CARGAS REALES Y EL *IUS AD REM*

Las dificultades aludidas, que se presentan ya en la configuración del derecho real, de su concepto y diferencias con el derecho personal o de obligación, solamente en el contraste de ambas figuras, son aún mayores cuando se contempla una figura —como el *ius ad rem*— intermedia o no encajable en ninguna de aquellas.

Porque el proceso histórico de elaboración del derecho real y su distinción del derecho de obligación se complica, se enturbia, por la existencia de dos figuras intermedias, cuando en la Edad Media empieza a ser elaborado —entre

(13) Entre otros, PLANIOL, *Traité pratique de Droit français*, T. III, *Les biens*, París, 1926. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad ital., T. I, pág. 38. FERRARA, *Tratatto de Diritto Civile*, T. I, págs. 360 y sigs.

(14) Entre otros: GINOSSAR, *op. cit.* CARBONNIER, *op. cit.* BARASSI, *Diritti reali e possesso*, T. I, Milano, 1952. GIORGIANI, *op. cit.* DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Parte especial, Derecho de propiedad, Derechos reales, Madrid, 1959; VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.* ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, T. II, Barcelona, 1979, pág. 610.

el derecho real y el derecho de obligación— un término medio: las cargas reales del Derecho germánico y el *ius ad rem* del Derecho canónico; término o figura tercera que el Derecho romano desconoció.

En un resumen brevísimo señalan los romanistas que en el Derecho romano se perfila, a partir del siglo V, con la *Lex Poetelia*, la posible distinción entre el derecho real y el personal. La jurisprudencia romana puede elaborar la obligación sobre tres elementos: las cosas, el patrimonio y el proceso o procedimiento. Especialmente en torno al procedimiento en el que es característica la *actio*, pues como dice el profesor Juan IGLESIAS (15), la distinción romana solo es explicable a través de la compenetración entre el derecho material y la *actio*.

La posibilidad de ejercitar acciones distintas indica la separación entre el derecho real y la obligación. La *actio* que se da para ejercitar el derecho real es la *actio in rem*; y la que se da para el ejercicio de las obligaciones es la *actio in personam*. En la *actio in rem* la *intentio* no contenía la designación del demandado, al revés de lo que ocurría en la *actio in personam*.

Son los glosadores quienes utilizan los términos *ius in re* y *ius in personam*, y adscriben la *actio in rem* al *ius in re*, y la *actio in personam* al *ius in personam*.

De acuerdo con el planteamiento trazado por BUSSI (16), la verdadera naturaleza del *ius ad rem* puede considerarse como una especie de categoría intermedia entre el derecho real y el derecho de obligación, siendo de particular aplicación en la hipoteca y en la prenda. Y así cuando en el derecho común se habla de *ius in re* en contraposición a *ius ad rem*, se refiere a derecho existente como categoría contraria a expectativa jurídica.

Criterio de la clase de acción y adscripción de la misma a uno y otro derecho, que pasa al Derecho moderno y que se utiliza como uno de los criterios actuales de distinción entre el derecho real y el derecho de obligación.

Esta distinción, como se ha señalado, se complica con las figuras intermedias de las cargas reales y del *ius ad rem*.

Las cargas reales (*Reallasten*) del Derecho germánico, cuyo análisis y estudio no constituyen objeto de este trabajo, y cuya figura más parecida en los Códigos latinos son los censos, son consecuencia del especial modo de ser de las instituciones germánicas y sobre todo de la importancia que, en la Edad Media, tuvieron los bienes inmuebles, como reflejo del principio o aforismo *res movilis, res vilis*. Se asientan sobre la relación política del feudo —señor y vasallo— y el reconocimiento del señorío del feudo por el vasallo, a cambio del

(15) IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, 1962, págs. 217 y sigs.

(16) BUSSI, «La formazione dei dogmi di Diritto Privato nel Diritto Comune (Diritti reali e Diritti di obbligazione)», vol. XXVII, en *Studi di Diritto Privato*, diretti da ROTONDI, Padova, 1937, págs. 11 y 12.

cual el vasallo recibía la explotación de un feudo mediante el pago por aquel de un canon permanente sobre el feudo.

Las cargas reales implicaban relaciones políticas de derecho público (o eclesiástico con la institución de los llamados diezmos). Pero a partir de los siglos XII y XIII, las cargas reales pasan al campo del derecho privado y frente a aquella concepción de gravamen de derecho público, surge la concepción jurídico privada que las estructura y concibe como un contrato entre las partes, por virtud del cual una se obliga a limitarse en su propiedad del fundo a cambio de un canon o merced que la otra se obliga a pagar por su explotación. Y ofrecen, así, la unión de dos elementos integrados e inseparables en ellas: un elemento o relación contractual obligacional (derecho de obligación) y un derecho real o de sujeción de la cosa (derecho real).

Y el *ius ad rem*, cuya figura analizaremos, una vez examinadas esquemáticamente las líneas del proceso histórico-jurídico y doctrinal en que se encuadra, contemplándolo como *tertius genus*, o figura intermedia entre el *ius in re* y el *ius obligationis*.

En el Derecho canónico se ve aún más clara la introducción de un *tertius genus* en la figura del *ius ad rem*. En este Derecho existen dos figuras interesantes: el *ius decimalis* como facultad de los diezmos que aparecen con un carácter de derecho público y que vienen a ser el reconocimiento del dominio en aquella época de las cargas reales, y el *ius ad rem*.

La figura del *ius ad rem*, como ya se ha señalado, es intermedia entre el derecho real y el personal, habiendo sido criticados los canonistas por la introducción de esta figura. Su proceso de aparición es simple y se encuentra en la provisión de los Oficios; cada Oficio llevaba anejo su Beneficio, y aquel que desempeñaba el Oficio tenía derecho al correspondiente Beneficio. Este derecho al Beneficio era en sí y por sí un derecho real, que entraba en la categoría del *ius ad rem*, pero sin embargo era de un tipo *sui generis*, pues chocaba con todas las demás categorías de los derechos reales: no era de propiedad, pues no existía en él un poder de disposición; no era un usufructo, porque en este el derecho a usar y disfrutar de la cosa está girando alrededor de dos personas, el usufructuario y el nudo propietario, mientras que en el Beneficio la única persona que existe es el beneficiario; tampoco se trata de una enfiteusis, porque el dominio útil y el dominio directo que se distinguen en la enfiteusis, no existen en el Beneficio.

A pesar de todo lo anterior, era un derecho protegido por una *actio in rem*, por tratarse de un poder que se dirige sobre la cosa. Ello tiene su explicación: desde el momento en que se nombraba a una persona para el Oficio hasta el momento de recibir el Beneficio, mediaba un lapso de tiempo. En la provisión del Oficio es importante el momento de la colación, que vendría a ser la *missio in possessione* romana o la *Gewere* germánica. En ese lapso de tiempo que mediaba desde el nombramiento hasta que se entraba en posesión del Benefi-

cio, la persona tenía un derecho que debía protegerse; el Cabildo o el Patrono estaban ligados al beneficiario y además de superior jerárquico estaba obligado a respetar aquella designación. Asimismo, el elegido tenía unas acciones para dirigirse contra todo tercero que le inquietara, y una acción contra otra u otras personas que, nombrándose con posterioridad, entrasen con anterioridad en la posesión del Beneficio.

Puesto que no era obligación, ni *ius in re*, ya que le faltaba la entrada en posesión, se acude al término del *ius ad rem* y así, el nombrado antes de entrar en posesión, tiene un *ius ad rem*, un derecho a la cosa, y no un *ius in re* o derecho sobre la cosa.

Históricamente, este término pasa a las teorías feudalistas por un proceso de necesidad de explicar ciertas figuras contradictorias procedentes del derecho germánico y del derecho romano, puesto que en este último se exigía la entrega de la cosa mientras que en el primero bastaba con la simple investidura, de tipo simbólico, para adquirir la titularidad; y así llegaron a la construcción de decir que cuando la entrega de la cosa se hacía por medio de la simple investidura se estaba en presencia de un *ius ad rem*, mientras que si la entrega se efectuaba por medio de la *traditio* se daba un *ius in re*.

La introducción de este término, *ius ad rem*, se debió —según criterio comúnmente admitido— al canonista Sinibaldus Frischi, formulándose luego en la provisión de obispados: impedido un obispo, se le nombraba un coadjutor, con un *spe succedendi*, y teniendo un *ius ad rem* al obispado que se convertía en *ius in re*, tan pronto como moría el obispo auxiliado.

Esta figura pasa, en aquel período histórico, a las teorías civilistas con objeto de satisfacer una necesidad teórica de tipo concreto, en el siguiente caso: para explicar la situación en que está el comprador, que después de efectuar con una persona un contrato de venta, y no habiéndole sido aún entregada la cosa, el vendedor burla el contrato y entrega la cosa a una tercera persona. Se trata de proteger al primer comprador, y se dice que este comprador tiene una acción para recobrar la cosa, con una excepción: cuando el segundo ha procedido de buena fe, aunque en este último caso se le concedería una indemnización por daños y perjuicios.

En este momento histórico que consideramos, se entiende que este derecho concedido al primer comprador antes de recibir la cosa no es un derecho de obligación, ni un derecho real, es un *ius ad rem*. No es derecho de obligación debido a que no se ha perfeccionado el contrato hasta que no se verifique la entrega de la cosa, y como esta no ha sido entregada, no ha surgido la obligación; tampoco es un derecho real ya que la propiedad no se ha adquirido y no se tiene un derecho sobre la cosa.

Antes de la codificación civil alemana, en el Derecho territorial prusiano, se admitió la figura del *ius ad rem*, precisamente para explicar —ya que en él el consentimiento no vale por sí solo para efectuar la transmisión— la situación

resultante de haber verificado el acuerdo de venta de la cosa sin haber mediado la entrega de esta y cuando el vendedor hubiera verificado una segunda venta.

Esta figura no llega al Código alemán, ya que es suprimida en una Ley de 1872; tampoco se admite en el italiano, aunque la figura deja huellas evidentes en el Derecho Civil, que todavía son apreciables en las vigentes legislaciones.

¿Qué ocurre con la figura del *ius ad rem* en el Derecho Civil español? En la doctrina civilista clásica española, ATARD (17) ha tratado de aplicar en nuestro Derecho actual la figura del *ius ad rem* a algunas situaciones en relación con las denominadas en la doctrina alemana vocaciones al derecho real, cuando señala que «existen vocaciones al derecho real que lo son por la propia naturaleza de la relación jurídica, es decir, que implican desde su nacimiento el derecho a una cosa determinada del patrimonio del deudor... ejemplo lo tenemos en la posición del comprador y del que en cualquier contrato adquiere el derecho a cosas determinadas del patrimonio ajeno, mientras no se entabla la relación real por la inscripción, el modo o la escritura; en general en las expectativas de derecho respecto de cosas determinadas en que se da un *jus ad rem* (18) sujeto a condición suspensiva más que un *jus in re* condicional». Acepta esta tesis ROCA SASTRE (19) y tiene alguna presencia y repercusión en la doctrina de la Dirección General de los Registros (20).

En general, sin embargo, la doctrina civilista clásica española no se muestra unánime en la aceptación de la figura o categoría del *ius ad rem*: CASTÁN (21) la rechaza por falta de claridad y difícil incorporación al derecho patrio, mostrándose también en contra VALVERDE, cuando afirma, con respecto al *ius ad rem*, que «su origen es de Derecho canónico, el cual le concebía como término específico e intermedio entre el *ius obligationis* y el *ius in re*. Este término desapareció de la doctrina y de las leyes, identificándose con el derecho personal y si bien es cierto que el Derecho Inmobiliario alemán lo ha resucitado bajo el concepto genérico de lo que se llama vocaciones al derecho real, es lo cierto que el mismo Código Civil alemán no admite este término intermedio. No se ve clara la intención de resucitar este tercer miembro de la división, porque realmente los *ius ad rem*, por su propia naturaleza, son obligaciones con efectos reales, son derechos personales que pueden transformarse en reales o quedar simplemente en su fundamental estado, marcan unas veces un estado transitorio de derecho, provisional mejor dicho, como sucede en las anotaciones

(17) ATARD, «Las llamadas vocaciones al derecho real en nuestro sistema hipotecario (Conferencia pronunciada en la Universidad de Valencia)», en *RDP*, 1924, T. XI, pág. 279.

(18) Literal en el texto.

(19) ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 615.

(20) Resoluciones, entre otras, de 13 de febrero de 1929, 20 de mayo de 1934, 13 de junio de 1935, 9 de agosto de 1943 y 18 de octubre de 1944.

(21) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. 2, vol. 1, Madrid, 1984, pág. 52.

preventivas... Dudo que tome carta de naturaleza la resurrección de este tercer término de la división de los derechos patrimoniales; esto aparte, de que cuando se admite un término intermedio al clasificar cualquier relación jurídica, suele ocurrir que este término tercero puede encasillarse en los dos grupos diversos o que los dos términos extremos no estén bien delimitados» (22).

No obstante en la doctrina inmediatamente posterior a la publicación del Código Civil, existen opiniones que mantienen, como SÁNCHEZ ROMÁN (23), que se puede encontrar un ejemplo de *ius ad rem* en el artículo 1473, aunque, según su opinión, en realidad este caso no es un propio y verdadero *ius ad rem* sino una figura de obligación, tal como algunos autores también han concebido el *ius ad rem*; es como una obligación del vendedor a entregar la cosa al primer comprador (24).

ESPÍN (25) hace una referencia a la supervivencia del *ius ad rem* en nuestro Código, en el artículo 1473, cuando señala: «A nuestro juicio, la única explicación posible del artículo 1473 es la de que sea una aplicación de la vieja doctrina del *ius ad rem*. El examen de la situación del segundo adquirente, primero en la posesión, en la doble hipótesis de que tenga buena fe o de que carezca de ella, nos lleva a esta afirmación».

Con más contundencia se expresa LACRUZ (26), cuando afirma, a propósito de la adquisición de los derechos reales y expresamente en los casos de la doble venta: «...en un planteamiento romanista, la propiedad correspondería siempre al adquirente a quien primero se hiciera la tradición, pero al redactarse el Código Civil, de una parte se venía reconociendo desde la Edad Media el *ius ad rem* del adquirente a quien todavía no se ha hecho entrega de la cosa, y de otra, a partir del establecimiento del Registro de la Propiedad, los juristas comprendieron mejor la posibilidad de una eficaz adquisición *a non domino* por el *accipiens* de buena fe, perdiendo su carácter general la regla *nemo plus iuris*; probablemente también en cuanto a la adquisición de la propiedad de bienes muebles».

Posiciones doctrinales, que unidas a otras (como las defendidas en Derecho español por ESPÍN, o BUSSI en Italia, ya citados) que junto con la reiterada doctrina de nuestro Tribunal Supremo, a la que después se aludirá, ponen de manifiesto la actualidad que mantiene en la dogmática civilista la figura y ma-

(22) VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español*, T. II, Derechos Reales, Valladolid, 1925, pág. 18, nota 1.

(23) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1899, pág. 587.

(24) Más recientemente, como partidario de la aplicación del *ius ad rem*, aunque en sentido diverso del que aquí nos proponemos. Cfr. MARTÍNEZ-CARDOS RUIZ, «El *ius ad rem*», en *RDP*, 1989.

(25) ESPÍN, «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *RDP*, 1945, págs. 349 y sigs.

(26) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Barcelona, 1979, pág. 158.

tería objeto de este trabajo. Postura que, por supuesto, no es unánime. Entre los autores se han alzado algunas voces en contra, postura de la que sirve de ejemplo la siguiente frase (27): «A nuestro juicio esta figura (el *ius ad rem*) (28) carece de consistencia, puesto que no encuentra cabida en ningún ordenamiento... Sin embargo es dable y justa una gradación en la reprobación que nos merecen estos intentos de desempolvar el viejo *ius ad rem*. En efecto, mientras en algunas ocasiones este (re)descubrimiento periódico de este Mediterráneo no es muy afortunado, en otras, aunque flagrantemente *contra legem*, la sedicente vigencia de esta figura ha servido a honrosas causas ético-morales, a las que nunca puede dar la espalda un jurista. En concreto, allí donde se mantiene que la mala fe del comprador preferido es un dato jurídicamente intrascendente, el bendito *ius ad rem*, que, además, blasona de la pátina siempre fascinante de lo histórico, logra quebrar la tupida red del formalismo y negar la protección a un sujeto doloso o atolondrado». Es decir, según esta postura, ora se es partidario del positivismo porque la figura no aparece en ningún ordenamiento moderno, ora se es partidario del sistema y, entonces, «este Mediterráneo» sirve a la función quijotesca de «resolver agravios».

Pero, para tratar de resolver el problema que plantea el artículo 1473, y lo mismo que ocurría a los romanistas y civilistas franceses al tratar el problema del *ius ad rem* en sus legislaciones, para resolverlo en la española hay que aludir, en primer término, a los modos de adquirir y transmitir el dominio. Estos modos los recoge el Código, en el artículo 609, en el sentido de decir que el solo consentimiento no transmite el dominio sino que esta transmisión se efectúa, aparte de otros modos *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*. Cabe preguntar que cuáles serían estos contratos, pregunta que se resolvería diciendo que el artículo 1473 está incluido dentro de las disposiciones referentes al contrato de compraventa, y esta compraventa sería válida para efectuar la transmisión, por lo menos, a título singular.

Además, como norma típica para la transmisión del dominio nos encontramos con el artículo 1095 (29). El Código sigue, en este punto, un sistema lógico ya que en él se plantea el problema de cual sería la persona a quien le serían cargados los daños —antes de que fuera transmitido el derecho real— que se originaran en la cosa, y como estos daños van a cuenta del acreedor, es lógico que adquiriera los frutos desde el momento en que nace la obligación. El sistema del Código, en cuanto a la adquisición, estaría situado en un punto intermedio entre el sistema romano, que exige para que esta se efectúe la causa

(27) RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 154 y sigs.

(28) El paréntesis es mío.

(29) *El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.*

y el título, y el sistema germánico, en el cual aquella es válida por el simple consentimiento.

El Tribunal Supremo, en sentencia, entre otras, de 6 de febrero de 1990 (30), ha aludido al *ius ad rem* y a su relación con las normas relativas a la transmisión del dominio, estableciendo en el Fundamento de Derecho tercero que: «...la compraventa en nuestro derecho viene configurada como un contrato consensual, del que surge la obligación de entregar la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, pero debiendo distinguirse el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, y el de la consumación, emanante de la tradición real o *ficta* de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*, mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la obligada consecuencia jurídica de que, cuando la compraventa no va seguida de la tradición, no puede considerarse como propietario al comprador en tanto esa tradición no se produzca».

Criterio este que trae causa de otras sentencias anteriores, tales como la de 14 de junio de 1966, a cuyo tenor: «...en las transmisiones de bienes inmuebles, operadas a través de un contrato de compraventa, el instante en que se produce la adquisición de lo comprado no se identifica con el del perfeccionamiento del contrato a que se refiere el artículo 1450 en relación con los 1254, 1258 y 1278 del Código Civil, porque tal base contractual únicamente confiere al comprador un *jus ad rem* sobre la cosa objeto de la estipulación y una acción de índole meramente personal para reclamar su entrega con apoyo en los 1461 y siguientes, sino con el de su consumación mediante la tradición que exigen los 609 y 1095, por ser entonces cuando surge el verdadero *jus in rem* sobre la cosa adquirida con el consiguiente efecto de inmediatez sobre el inmueble y acción *erga omnes* para hacerlo efectivo, cuya consumación normalmente se produce con el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de transmisión según el artículo 1462 de dicho Código, por lo que... la constancia en documento privado de un contrato de aquella clase no da nacimiento a acción real alguna, puesto que por sí mismo no transfiere el dominio si no se justifica la tradición de la cosa vendida».

En relación con las mismas cuestiones, la sentencia de 24 de mayo de 1980 señala que: «...no se halla incorporada al Derecho positivo español la moderna doctrina, acogida por otras legislaciones, de que el consentimiento que perfecciona el contrato de compraventa transmite al comprador la propiedad de la cosa vendida sin necesidad de que medie la tradición material, de tal manera que en el Código Civil español, por su inspiración en el Derecho romano, la propiedad, y por consiguiente el dominio, no se transmite por la mera perfección del con-

(30) Ponente: Excmo. Señor Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.

trato, si no es seguida de la tradición, tampoco cabe desconocer que... siendo el contrato de compraventa un negocio jurídico de naturaleza y efectos puramente obligatorios que sirve de título traslativo y adquisitivo, no cabe confundir ese título obligatorio, representativo del dominio a favor del comprador, con el derecho real sobre la cosa, generado por la tradición o entrega significativa de relación directa de potestad y señorío, toda vez que... configurada la compraventa en nuestro derecho como contrato consensual, del que surge la obligación de entrega de la cosa vendida y de pagar el precio estipulado, hay que distinguir el momento de la perfección del contrato, producido por la coincidencia del consentimiento sobre la cosa y el precio, de la consumación, emanante de la tradición real o *ficta* de la cosa, que determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re* mediante el cual se transmite el dominio de lo comprado, con la consecuencia jurídica de que en el caso de realidad de contrato de compraventa, no seguida todavía de tradición..., si bien no cabe considerar propietario al comprador en tanto dicha tradición no se produzca, no impide..., que el comprador tenga facultad de exigir el cumplimiento contractual, y por tanto la entrega de la cosa vendida...».

Y en relación con la constancia registral del derecho adquirido, la sentencia de 7 de abril de 1981 señala que «desde el punto de vista jurídico, no es posible contemplar aisladamente el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que es preciso ponerlo en relación con el párrafo 1.º, pues según se ha recordado, aquel comienza diciendo que: «como consecuencia de lo dispuesto anteriormente...», y esto, que con anterioridad se dispone, no es sino el llamado principio de legitimación registral, formulado por nuestro legislador, diciendo que «a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo»; presunción *iuris tantum* que cubre no solo a la titularidad propiamente dicha, sino igualmente a la extensión del derecho real inscrito, que comprende también lo concerniente a los linderos de la correspondiente finca, pues aquella «forma» tiene que ponerse en relación con la circunstancia 2.ª de la Ley Hipotecaria y la regla 6.ª del 51 del Reglamento Hipotecario que exigen, que en toda inscripción se determine la extensión del derecho que se inscribe con expresión concreta de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente».

En cuanto a la transmisión de las distintas clases de bienes, nos encontramos con que el Código, a pesar de que en principio reconoce la igualdad de normas para la transmisión de los bienes muebles e inmuebles, hace en realidad una distinción entre ambos tipos, tal como se ve, por ejemplo, en los artículos 1462 y 1463, como no puede ser de otro modo.

La norma fundamental de esta diversidad de clases que aparece en el Código, es el reconocimiento por parte de este de la necesidad de efectuar la inscripción en el Registro, para que la transmisión sea válida siempre que se

trate de inmuebles, pues aunque esta inscripción tendría en principio solo carácter potestativo, nos encontramos dentro de nuestro sistema hipotecario con una serie de disposiciones que harían imposibles los plenos y totales efectos respecto de terceros de esta transmisión de no efectuarse la inscripción; tal sería, por ejemplo, la inexistencia de publicidad cuando la inscripción no se haga.

Por lo que se refiere a la posesión de cosas muebles, en el artículo 464 de nuestro Código se consagra, como es sabido, el principio germánico de que la posesión de buena fe equivale al título. Y teniendo en cuenta este sistema de transmisión de la propiedad, así como también la diversidad de trato entre los distintos tipos de bienes antedichos, y relacionando todo esto con las normas que establece el artículo 1473, tendríamos que en este aparece recogido un sistema excepcional o especial.

3. EL *IUS AD REM* Y EL ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL. INTERPRETACIÓN Y COMENTARIO DE ESTE PRECEPTO

Con arreglo al artículo 1473 del Código Civil:

Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

Contempla, pues, este artículo el supuesto de la doble venta o venta múltiple de una misma cosa, por su dueño, a distintos compradores, quedando excluidas de su ámbito las ventas hechas por quien no es dueño o por varios no dueños. Es el mismo supuesto regulado también por la Ley 566 de la Compilación Navarra (31).

(31) Ley 566. Doble venta:

Si por contratos distintos dos o más personas han comprado de buena fe una misma cosa, tendrá preferencia sobre esta la que haya recibido antes la posesión. Si ninguna de ellas posee, la que haya pagado al vendedor en la forma convenida, y si varias pagaron, la que ostente un contrato de fecha fehaciente más antigua. En todo caso, el comprador de buena fe será preferido al de mala fe; y si todos fueran de mala fe, se aplicarán las reglas establecidas para el caso de que todos fueran de buena fe.

Los compradores que conforme al párrafo anterior quedaren excluidos de la cosa solo podrán reclamar del vendedor el resarcimiento de daños e indemnización de perjuicios.

La doctrina jurisprudencial y entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 1965, ha resaltado la finalidad del precepto al decir que «no puede aceptarse la tesis de que es indiferente el hecho de que el dueño de una cosa lleve a cabo sucesivas ventas de la misma, porque el artículo 1473 determina a quién habrá de transferirse la propiedad, pues dicho precepto no ampara, califica ni sanciona tales hechos, sino que establece las reglas por las que deben resolverse estas situaciones». En este caso, quizá se exagera la función declarativa del fallo judicial, pues no hay nada que transferir, sino declarar entre dos titulares (uno real y otro aparente) quien devino dueño de la cosa: la sentencia en ningún caso, ni siquiera cuando opta por el título más antiguo, es constitutiva del derecho real de que se trate. La cuestión radica en el «modo» que, o bien falta, o bien resulta defectuoso. El problema real se encuentra en que en estos preceptos se trata la *traditio* como pago de la cosa debida.

La doble venta o venta múltiple en sinonimia jurídica y legal pacíficamente aceptada es, como señala el profesor ALBALADEJO (32), «la hipótesis de la posible pluralidad de actos dispositivos sobre una misma cosa». Cuando se habla de venta doble o múltiple se alude a que un mismo objeto sea vendido varias veces (por error o por malicia) por su dueño actual a distintos compradores, de modo que, habiendo de ser para uno solo de estos, se plantea el conflicto de ¿para cuál?». Esta pluralidad de actos puede tener distinta naturaleza: se vende dos veces la misma cosa, o se da dos veces en permuta, o se dona a dos personas, o se da a uno en permuta y se vende a otra persona, o el propietario en su testamento la deja entera a dos legatarios distintos. La naturaleza y carácter de cada uno de estos actos otorgados sobre la misma cosa por la misma persona determinará las normas aplicables a las figuras dispositivas en choque que no serán, por tanto, siempre las mismas. El análisis de esta pluriformidad y concurrencia de normas no es, deliberadamente, objeto de este trabajo. Se trata, en definitiva, de dos títulos de los cuales solo uno ha recibido el adecuado modo transmisivo.

La doctrina mayoritaria ha partido de la hipótesis de que el título transmissivo procede de un único e idéntico dueño, con criterio bastante razonable pero reduccionista aunque sea el más frecuente supuesto fáctico a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, el precepto no se limita a esa concreta hipótesis, no nos dice que sea uno solo el enajenante, habla de una misma cosa vendida a diferentes compradores sin mención de vendedor. Esto hace posible la concurrencia de una venta efectuada por un dueño y por

Lo establecido en esta Ley se aplicará también a la permuta, adjudicación en pago y otros contratos traslativos a título oneroso.

Si alguno de los compradores hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

(32) ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Batlle Vázquez*, Ed. Edersa, Madrid, 1978, pág. 21. En el mismo sentido, cfr. *Derecho Civil*, T. II, vol. 2, Barcelona, 1982, pág. 80.

su mandatario; o por un dueño que fallece y otro dueño que hereda esa misma cosa; de un vendedor que siendo deudor hace cesión de bienes, y el adquirente cesionario vende antes de que el primer adquirente solo título haya tomado posesión de la cosa; o también de un vendedor sin que el adquirente solo título haya recibido la cosa o la tenga por un modo claudicante, frente a otro legalmente ponderado sobre el primero que sea declarado en concurso y la administración concursal sea la que venda con autorización judicial. Es decir, hay posibilidades nada extraordinarias para que el supuesto de doble o múltiple disposición a título oneroso se dé con transmitentes y adquirentes distintos, todos ellos de buena fe y con justo título.

En este sentido señala LALAGUNA (33) que «el que se hable de diferentes compradores no excluye la posibilidad de que el régimen del artículo 1473 del Código Civil se extienda por analogía a determinados supuestos en el que el problema de transmisión de la propiedad se plantea entre quienes, su título de adquisición tiene por causa la existencia de otros contratos de finalidad traslativa de carácter oneroso».

Todo lo anterior lleva al planteamiento de que es posible entender la hipótesis legal como deficiente en el supuesto que, aparentemente, se contempla, no solo al dar a entender al aplicador de la norma que se limita a la doble venta —con omisión de otros posibles modos transmisivos, como se acaba de señalar— sino porque lo que se discute en él no es la generación del título transmissivo —eso sí, relativa a una causa onerosa en la generación del mismo— sino, básicamente, cuál de entre los medios traditorios exigidos por el inciso último del párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil (o por el art. 1462, párrafo primero) para la transmisión de la propiedad, tiene mayor o mejor virtualidad jurídica. Cuestión que hace del artículo 1473 del Código Civil un precepto defectivo, pues hay modos traditorios que no están comprendidos en el mismo, pese a ser tratados en esta misma sección del Código Civil.

No obstante las cuestiones señaladas anteriormente, que darían lugar a un análisis de los diferentes modos transmisivos y de las circunstancias que pudiesen rodear a cada uno de ellos, circunscribiremos nuestro planteamiento, en concreto, al caso de la doble o múltiple venta de una misma cosa, a varios compradores, hecha por su —mismo o único— dueño.

Y este es el sentido atribuible al artículo 1473 del Código Civil, como ha señalado la doctrina, y tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia, reiterada por otras posteriores, de 1 de junio de 1948, cuando señala en su Considerando segundo: «...el precepto del artículo citado 1473 del Código Civil, requiere un solo vendedor y que tenga facultad para disponer de la cosa, y diferentes compradores, y en el caso presente es cierto que hubo dos ventas,

(33) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», en *Estudios en Homenaje a Díez Picazo*, Madrid, 2003, pág. 3947.

pero la primera se realizó por quien podía hacerlo por disponer de las fincas que se hallaban en su patrimonio y en el segundo contrato, la vendedora, que no fue la misma otorgante de la venta anterior y que no podía disponer de la cosa objeto de la convención, puesto que no había llegado a entrar en su patrimonio, realizó una venta que por carecer de objeto ha de reputarse inexistente, y en segundo lugar porque para que el comprador en el último contrato resultase amparado por la presunción *iuris tantum* del artículo 41 de la Ley Hipotecaria había de requerirse que su inscripción no estuviera invalidada *ab initio* por lo prevenido en el artículo 34 de la misma Ley...».

Y así del precepto (1473 CC) resulta que la propiedad de la cosa vendida se transfiere:

- A) Si es mueble, al que primero haya tomado posesión de ella de buena fe.
- B) Si es inmueble:
 - a) Al que antes la haya inscrito en el Registro de buena fe.
 - b) Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad al primero que de buena fe haya tomado posesión de la cosa.

Ya veremos cómo y por qué, aunque la letra del párrafo segundo del artículo 1473 no exige la buena fe, tal exigencia es el espíritu del precepto, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y es la consecuencia obligada de relacionar dicho artículo 1473 con el 34 de la Ley Hipotecaria. Así la sentencia de 4 de marzo de 1988 señala que: «...es suficiente la existencia formal de dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados... Desde luego hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido probada... y que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe... Por ello, y en clara protección sin remilgos del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, quedando a salvo de los derechos de orden personal del primer adquirente, burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá en su día de responder según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad... Si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad

y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito...».

En el mismo sentido de exigir el requisito de la buena fe al supuesto del párrafo segundo del artículo 1473, aunque el precepto no lo establezca, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1969 (34), cuando señala que: «...el problema discutido a lo largo del pleito que dio origen al presente recurso de casación, no es otro sino el consiguiente a una doble operación de venta de un mismo inmueble, llevada a cabo la primera en documento privado a favor de quien ahora aparece como recurrido, que entró en la efectiva posesión de la finca vendida, mientras que la segunda se verificó en escritura pública figurando como comprador el causante de quien actualmente recurre, que inscribió en el Registro de la Propiedad, pretendiendo una titularidad jurídica preferente que los juzgadores de instancia han negado porque carecía del requisito de la buena fe indispensable en cualquiera de los supuestos que contempla el artículo 1473 del Código Civil, incluso en el de su párrafo 2.º, aunque expresamente no lo diga, por imperativo de una interpretación racional y sistemática del precepto, en armonía precisamente con el significado y alcance del Registro de la Propiedad en nuestro ordenamiento, en especial por el principio de la fe pública y consiguiente legitimación registral que del mismo se deduce a la manera como aclaró siempre la doctrina, tanto la científica como la jurisprudencial...» (35).

En un sentido similar se pronuncian numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que destacamos, por la claridad en el planteamiento que nos ocupa, las siguientes:

Sentencia de 24 de enero de 1990, que señala: que se acusa la «infracción del artículo 1473 del Código Civil, norma relativa a los supuestos de doble venta de inmuebles declarando a quién pertenece el dominio del inmueble». Como ya el propio recurso reconoce, si fracasa la impugnación de la actuación de mala fe del demandado señor A., ha de decaer también este motivo. Pero es que además es evidente que, dados los hechos probados, sobre todo la existencia de un documento privado de transmisión del dominio a favor de los recurridos y una tradición o entrega del inmueble vendido del que se hallan en pacífica

(34) Ponente: Excmo. Señor don José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO.

(35) En términos muy similares, la sentencia de 25 de mayo de 1965, al señalar que: «...para resolver el conflicto jurídico producido por la doble venta de una cosa, son aplicables en nuestro Derecho las normas establecidas por el artículo 1473 del Código Civil, precepto que, interpretado por la jurisprudencia, ha de ser todo él sobre la base de la buena fe... tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del apartado 2.º del citado artículo 1473, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro». En el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1969 y 15 de diciembre de 1989.

posesión, con anterioridad a la transmisión del mismo inmueble mediante expediente administrativo de apremio, aquellos han adquirido el dominio discutido por aplicación del artículo 609 del Código Civil, con la consiguiente acción real (como es la acción ejercitada, declarativa de dominio), quedando investido de eficacia reivindicatoria. No se ha puesto en duda en la litis la buena fe del adquirente mediante el expresado documento privado y no existe razón para privarle del dominio discutido, máxime cuando el otro adquirente, a través de expediente administrativo de apremio, conocía la situación posesoria de los recurridos; es decir, conocía el vicio que podía invalidar su derecho y el de tal modo de transmisión; aunque sin implicar en este caso tal conocimiento la concurrencia de fraude, si bien todo ello configura, como ha reconocido con razón la sentencia recurrida, una posición de mala fe a estos efectos civiles. Por consiguiente no es aplicable a favor del adquirente inscrito en el Registro, en el caso litigioso, la preferencia que el artículo 1473 concede al título de dominio primeramente inscrito, pues ello ha de entenderse, como ha insistido la jurisprudencia de esta Sala —sentencias de 25 de mayo de 1965, 24 de enero y 31 de diciembre de 1969—, sobre la base de la buena fe, porque la formalidad de la inscripción no es suficiente para borrar la actuación maliciosa conocedora de la situación de hecho».

Por su parte, en un sentido similar, la sentencia de 20 de julio de 1990 establece: «tratándose de un claro supuesto de doble venta de un inmueble, contemplado en el artículo 1473 del Código Civil en que el segundo adquirente obró de mala fe, según declara expresamente probado la sentencia de primera instancia, cuya apreciación probatoria, por ser mera cuestión de hecho, tiene que ser aquí mantenida invariable, ha de prevalecer la primera venta, aunque esta se hiciera por documento privado y la segunda lo fuera por escritura pública y se inscribiera en el Registro de la Propiedad, ya que, según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala —sentencias de 11 de junio de 1954, 18 de febrero de 1974, 16 de febrero de 1981, 17 de diciembre de 1984, 31 de enero de 1985, entre otras—, la preferencia otorgada por el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil al comprador que inscribe en el Registro descansa que el indispensable requisito de la buena fe, exigencia ineludible que, como ya se ha dicho, no ha concurrido en la compradora...».

La sentencia de 10 de abril de 1991 consigna que «según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 27-III-1957, 16-II-1981, 17-XII-1984, 26-V y 26-X-1990, el principio *prior in tempore potior in iure* no es suficiente cuando el conflicto de doble venta se produce entre el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil), que no inscribe su derecho, y el posterior adquirente que sí realiza la inscripción. En estos casos, además de la prioridad registral, ha de concurrir buena fe, y buena fe no como estado de conciencia o conducta, sino como cuestión de conocimiento de las circunstancias del caso. Solo con ambos requisitos prevalece el titular inscrito».

Respecto a qué clase de posesión contempla a estos efectos el artículo 1473, hay que plantear si pudiera ser de cualquier tipo, dado que el Código no excluye literalmente ninguna clase de posesión.

En este punto, la doctrina clásica civilista está dividida. Un sector (36) entiende que queda fuera del espíritu del Código Civil la posesión instrumental, que es la que se adquiere por otorgamiento de escritura pública, equivalente —según el art. 1462.2 CC— a la entrega de la cosa *si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*. Porque, según esta doctrina, a falta de inscripción, el artículo 1473 se orienta a dar preferencia a la toma de posesión efectiva sobre el otorgamiento de la escritura, según se deduce del párrafo tercero del precepto. Una de las justificaciones de esta postura es que el conflicto aquí considerado se plantea entre una posesión *ficta* y otra real, lo que supone tener que elegir entre un adquirente que se limitó a comparecer en el otorgamiento de la escritura pública, y otro más diligente que a su título privado unió la posesión efectiva del bien comprado —siempre sobre la base de la buena fe de ambos— pareciendo equitativo que deba premiarse la conducta del segundo (37).

Otro sector doctrinal (38) analiza el problema sin tomar partido por una u otra solución.

Para otros autores (39) no es admisible la exclusión de la posesión instrumental. El Código no excluye ninguna clase de posesión, por lo que no hay lugar a una interpretación restrictiva. Para rebatir la postura que mantiene que el espíritu del artículo 1473 excluye la hipótesis de la posesión instrumental, ALBALADEJO (40) mantiene que dicha postura le parece desacertada y «hay que rechazarla, no solo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque ese es, por lo menos hoy, el sentir del Tribunal Supremo, que en la sentencia de 19 de noviembre de 1975 lo presupone, y en la de 5 de noviembre de 1973 ha declarado, a efectos del artículo 1473 que, aunque no se haya inscrito la venta, la tradición instrumental del artículo 1462 constituye una entrega de posesión que vale, lo mismo que si hubiera sido de posesión material, para que la cosa pase a ser propiedad del comprador que recibió dicha posesión instrumental». Y esta tesis, de no excluir ningún tipo de posesión, viene confirmada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que: «la tradición

(36) CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, Madrid, 1982, pág. 11; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Barcelona, 1952, pág. 114; MOLINA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 220.

(37) GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil, artículo 1473», en *Centenario del Código Civil*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 932.

(38) BADENES, *El contrato de compraventa*, Madrid, 1969, pág. 576. SANTOS BRIZ, *Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1973, pág. 69.

(39) Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1982, pág. 345; Díez PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, 1976, pág. 273.

(40) ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas...», *ob. cit.*, pág. 25.

instrumental del artículo 1462 constituye una entrega de posesión que vale, lo mismo que si hubiera sido de posesión material, para que la cosa pase a ser de propiedad del comprador que recibió dicha posesión instrumental» (41).

En relación con el planteamiento del tipo de posesión a que puede referirse el artículo 1473, MANRESA (42) señala que: «la posesión es solo una de las formas de la tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo. La última parte del mismo confirma plenamente esta idea, aunque habla en general de título y no de escritura: título de fecha más antigua, sea el que sea, esto es, primero en la posesión, después el título, aunque se trate de una escritura, luego si esta envuelve tradición, la ley deliberadamente establece una gradación entre las diversas formas de tradición admitidas, dando la preferencia a la entrega real sobre la entrega fingida y colocando por encima del derecho de propiedad la grosera materialidad de la posesión».

El último de los párrafos del artículo 1473 del Código Civil —al que debe reservarse el apartado c) de la clasificación anterior— determina que no habiendo inscrito en el Registro ni tomado posesión de la cosa de buena fe ninguno de los compradores, la propiedad pertenecerá a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe.

Aquí la cuestión, si hay coincidencia en el vendedor, ya estaba resuelta por la conjunción del cumplimiento del mandato del artículo 1280.1.º (43) y el artículo 1462, párrafo segundo (44), ambos del Código Civil.

Aspectos del título y de la buena fe que, en sus líneas fundamentales en relación con el tema que nos ocupa, examinamos a continuación. Dado que en nuestro Derecho los contratos no son transmisivos, sino que se requiere la entrega de lo vendido para adquirir su propiedad, el espíritu de este párrafo 3.º del artículo 1473 hay que entenderlo en el sentido, *no* de que aunque la cosa no haya sido entregada, el comprador que presente título de fecha más antigua ya adquiere su propiedad, *sino* en el de que la adquirirá cuando se le entregue, es decir, que es él el que debe convertirse en dueño mediante la entrega.

Es posible afirmar que en nuestro Derecho sigue en pie la gran duda del Derecho romano sobre el título y el modo y la intercambiabilidad del orden lógico

(41) Entre otras, sentencias de 30 de enero de 1960, 5 de noviembre de 1973 y 19 de noviembre de 1975.

(42) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, T. X, Madrid, 1969 (Ed. revisada por Bloch), pág. 265.

(43) Artículo 1280.1.º del Código Civil: *Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.*

(44) Artículo 1462, párrafo 2.º: *Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.*

de generación. La explicación racional de Paulo (D. 41,1,31) (45), no excluye la inversa de la Constitución de Diocleciano y Maximino (C. 2,3,20) (46). En la concurrencia de ambas posiciones de causa y efecto y en la necesidad de emplear no solo uno, sino ambos requisitos esenciales, se encuentra la clave del problema que, parcialmente, resuelve el artículo 1473. Si el título habilitante para la transferencia puede ser y es plural (título sin especificar cuál en el art. 609, y el modo puede justificarse por otra justa causa, según el artículo de cierre del sistema adquisitivo *ex título*, que no es otro que el art. 1091 del Código Civil) y el modo también es plural según los artículos 1462 y siguientes, será preciso formular un orden de preferencia y exclusión tanto en los títulos cuanto en los modos. De ordinario no hay problema de título en la ineficacia de una transmisión válida sobre otra también válida, sino de modo, por lo que el artículo 1473 debe enriquecerse en supuestos, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia. En él todos los que están lo son, pero faltan otros que, evidentemente, no están (47).

En relación con estas cuestiones relativas al título y al modo, la sentencia de 7 de septiembre de 2007 es tajante cuando afirma: «El artículo 1473 del Código Civil no altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario, es decir, por quien en principio tenía poder de disposición, ofrece una serie de soluciones, según los casos, al estricto problema de cuál de los dos o más compradores vencerá definitivamente en la controversia sobre el dominio de la cosa comprada, pues no debe olvidarse la ubicación del artículo 1473 precisamente en la sección del Código que trata *De la entrega de la cosa vendida*, dentro del capítulo correspondiente a las obligaciones del vendedor».

Podría, quizá, pensarse que el artículo 1473, párrafo tercero, tiene realmente su sentido literal, y que en él el comprador con título más antiguo deviene dueño sin más, cuando ninguno inscribió en el Registro ni recibió la posesión. Ahora bien, esta interpretación, aunque no fuese susceptible de otras objeciones, supondría una excepción a los principios de que parte nuestro Ordenamiento (arts. 609 y 1095 CC) demasiado importante para ser admitida sin haber sido establecida claramente.

(45) *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

(46) *Traditionibus et usucapionibus domina rerum, no mundis pactis transferuntur.*

(47) Esta última relación entre título y modo se debe a ideas brindadas por el Profesor RAMS ALBESA en conversaciones mantenidas con él sobre el contenido de este trabajo. A este respecto, ver las Ponencias de BADOSA COLL, F., «El poder de disposición en el Dret Civil català. La constitució i la transmissió negocials dels drets reals», de ALONSO PÉREZ, M., *Título y modo de adquirir en el Código Civil*, y RAMS ALBESA, J., «La iusta causa traditionis, el artículo 1901 CCE y el Libro V del Código Civil de Cataluña». Todos ellos en *La adquisición y la transmisión de los derechos reales*, Colegio Notarial de Catalunya, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009.

En cuanto a la expresión *título de fecha más antigua*, a primera vista parece que significará *documento más antiguo*. Pero si la primera compraventa, por ejemplo, ha sido verbal y puede ser probada juntamente con su fecha, cabría entender que el primer comprador ha presentado *título* —en el sentido de acto jurídico fundador— de fecha más antigua. Entonces título se tomaría no en sentido documental sino material. Pero aún así el título público precede al privado y este al verbal, al menos en un primer planteamiento.

Respecto de este tema, pero en un sentido diverso, se pronuncia LALAGUNA (48) cuando señala que «supuesto que la primera venta, la de fecha más antigua, se haya celebrado verbalmente o en documento privado, y la segunda venta, es decir, la de fecha más moderna, se haya otorgado en escritura pública, si se mantiene que la escritura pública equivale en principio a la entrega o tradición conforme al artículo 1462.2.º del Código Civil, siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. En cuyo caso, faltando en rigor la *posesión*, prevalecerá siempre el criterio de preferencia de la *tradición* que, por hipótesis, conlleva el otorgamiento del título en escritura pública... Con esta argumentación se arruinan las posibilidades de aplicar el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1473... Siempre que se pueda probar la mayor antigüedad del título de una primera venta, celebrada verbalmente o en documento privado, será preferente sobre la más moderna, aunque esta figure en escritura pública».

Puesto que se trata —en todas las hipótesis— de que se celebraron varias ventas, y solo es posible cumplir una, sin duda la buena fe del comprador a que alude la ley, debe consistir en que ignore que lo que se vendió a él había sido vendido antes a otro. Este es el sentido y la interpretación que el Tribunal Supremo da a esta cuestión. Así, la sentencia de 11 de junio de 1954, señala que: «...si bien establece el párrafo segundo del artículo 1473 que tratándose de la doble venta de cosa inmueble, la propiedad se transferirá al comprador que primero la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, sin duda porque se considera que su diligencia debe ser estimada y protegida... tiene declarado con reiteración la jurisprudencia que el contenido del aludido párrafo 2.º del artículo 1473 del Código, ha de entenderse sobre la base de la buena fe, y faltando esta habrá de atribuirse la propiedad a quien primeramente hubiese entrado en la posesión de lo comprado...».

Por su parte, la sentencia de 27 de mayo de 1959, afirma: «...el artículo 1473 del Código Civil..., según reiteradísima jurisprudencia, ha de entenderse siempre sobre la base de la buena fe, por lo que apreciado que los segundos compradores que inscribieron, tenían conocimiento de la venta anterior, ha de resolverse la cuestión por el último párrafo del citado artículo que concede preferencia a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe por su parte. ...en

(48) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta...», *ob. cit.*, pág. 3952.

plena armonía con este precepto, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solo protege al tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, aunque presuma siempre la buena fe del tercero, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro, habiendo declarado la jurisprudencia que la buena fe consiste en el desconocimiento de la realidad extrarregistral y la mala fe en su conocimiento...».

Relacionando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria con la adquisición de buena fe, la sentencia de 18 de noviembre de 1967 resuelve en el siguiente sentido: «...toda la tesis impugnativa de la sentencia... se reduce a alegar que se ha interpretado mal el artículo 34 de la LH, atribuyendo mala fe al segundo adquirente, deduciéndola del conocimiento que había tenido anteriormente de la realidad de la primera venta; para el recurrente, la buena fe consiste en el desconocimiento de la inexactitud registral, y tal inexactitud no se produce por la simple circunstancia de que el titular del dominio hubiese realizado una venta anterior en documento privado, pues no por ello perdía su cualidad, ni convertía en inexacta la inscripción del dominio existente a favor del señor I., pues este no dejaba de ser propietario de la finca inscrita... Tal argumentación que frente a terceros hipotecarios podría tener gran trascendencia, carece de ella en el caso presente el que se tuvo conocimiento de la venta primitiva y se supo que no había sido resuelta, por lo que no se puede alegar que se adquirió de quien tenía facultades para transmitirle, por lo que no puede invocar la protección registral, que otorga el artículo invocado, al adquirente de buena fe».

También relacionando el artículo 1473 con el 34 de la Ley Hipotecaria, y la inexcusable concurrencia de buena fe, la sentencia de 4 de marzo de 1988 declara: «Se sienta la tesis de que no se está en presencia de un supuesto de doble venta, puesto que el primer contrato de compraventa, celebrado por el documento privado, fue consumado por haberse realizado la entrega de la finca vendida, que por ello deviene válida y consecuentemente, la segunda compraventa constatada por escritura pública no podrá ser tal, es decir, con virtualidad jurídica por carecer de causa y objeto. La tesis mantenida por el recurrente olvida que es suficiente la existencia formal de los dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados y que con plena ortodoxia fueron la regla de oro mantenida por la Sala *a quo* para su discernimiento. Desde luego hay que partir siempre de la existencia de la buena fe del segundo comprador, que en este caso ha sido probada, declarada por dicha Sala y no descalificada en los precedentes motivos del recurso, y que constituye el *substratum* sobre el que opera este fenómeno jurídico inmobiliario, cuya esencia es la protección del tercero hipotecario, para no hacer una entelequia de institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza

de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan. Por ello, y en clara protección, sin remilgos, del adquirente de buena fe del titular registral, queda justificada la aplicación de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, quedando a salvo de los derechos de orden personal del primer adquirente, burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor que habrá, en su día, de responder, según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad, pero que en esta litis, como ya se dijo, no se ha suscitado como tema a decidir. Y que esto es así, lo demuestra hasta la saciedad el párrafo 3.º del artículo 1473; si no hubiera habido inscripción, el favorecido es el primero en la posesión, porque con ella ha anudado su título dominical con la tradición, requisito imprescindible para adquirirlo (modo), pero habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral, contando obviamente con la buena fe del comprador inscrito, que aquí en este recurso no ha sido descalificada».

La exigencia de dicho requisito de concurrencia de buena fe se reitera en las dos sentencias que, a continuación, se consignan y que se insertan a título de ejemplo de una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, sentencia de 30 de abril de 1974: «...se está en presencia de dos títulos traslativos de dominio perfectamente válidos en sí para verificar la transmisión, debiendo entrar en juego la norma del artículo 1473 del Código Civil para decidir la disputa a cuyo tenor y por tratarse de un bien inmueble la preferencia habrá de estar a favor de aquel de los compradores o adjudicatarios que inscribiese antes en el Registro de la Propiedad, siempre, como dice el precepto, que tuviese buena fe». Y sentencia de 22 de febrero de 1975: «...el artículo 1473 del Código Civil, que es el que aplica la instancia y que atribuye la propiedad, para el caso de doble venta de inmuebles no inscritos a favor de ninguno de los litigantes en el Registro de la Propiedad, a quien sea el primero en la posesión, que fueron los recurridos y a falta de esta a quien presente título más antiguo, que también son ellos, siempre que haya buena fe; como la hay en este caso por parte de los compradores en documento privado».

Más recientemente, la sentencia de 5 de marzo de 2007 (49) establece: «La doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que procede dejar sentada,

(49) Cfr., la copiosísima jurisprudencia consignada en esta sentencia.

comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente».

En función de lo anterior, no consideramos aventurado afirmar que la especialidad del artículo 1473 es la de exigir la buena fe. Aplicando las reglas civiles generales, habría adquirido definitivamente la propiedad de la cosa vendida aquel comprador a quien primero se hubiese entregado. Pero, con el artículo 1473, realmente la entrega ya no es de por sí decisiva, pues si alguien recibe de mala fe la posesión de lo que se vendió, no por eso deviene dueño, mientras que el que, habiendo comprado de buena fe, no recibió la entrega de la cosa —sino que esta se da a otro comprador de mala fe— tiene derecho a que se le transfiera su posesión para así convertirse en dueño de la misma (50).

Lo anterior es evidente, ha quedado consignado el criterio que mantiene nuestro Tribunal Supremo, pero esa evidencia, quizá, lo es solo de modo parcial. El adquirente de buena fe debe ser preferido al de mala fe en todo caso y circunstancia, pero en los casos en que ambos lo sean de buena fe hay que estar al régimen de preferencias del artículo 1473, pero solo en las circunstancias en él previstas; en los demás casos hay que tener en cuenta las jerarquías deducibles del Código para el título y para el modo. Nuestro sistema, al ser abierto, introduce riesgos que serían casi inimaginables en el Derecho alemán surgido con el BGB.

Siguiendo con la línea argumental, se puede afirmar que toda venta, aunque no sea la única, produce normalmente sus efectos transmisivos mediante la entrega —efectiva o instrumental— de la cosa, pero dichos efectos pueden no llegar a producirse si otra venta —que puede ser anterior o posterior a aquella— es preferente, y la preferencia se determina con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1473, en orden a la transmisión de la propiedad de dicha cosa (51).

La Compilación navarra, en su Ley 566, al igual que el Código Civil, da, en todo caso, preferencia sobre la cosa al comprador de buena fe. Cuando de los varios compradores solo hay uno de buena fe, la cosa debe ser para él; las otras razones de preferencia que la Compilación señala, lo son para establecer un orden entre los compradores de buena fe, cuando haya más de uno en ese caso.

(50) En este sentido, vid. ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas...», *op. cit.*, pag. 28.

(51) Vid. ALBALADEJO, «Derecho Civil», vol. II, *op. cit.*, pág. 86.

El orden de preferencia entre los compradores de buena fe para adquirir la cosa es:

- A) El que haya recibido antes su posesión; se sobreentiende haberla recibido en concepto de entrega de la cosa vendida.
- B) No habiendo recibido ninguno la posesión, el que haya pagado el precio. Se deduce que esa persona habrá de haber hecho el pago íntegro, no contando el comprador que, habiendo comenzado, aún no ha terminado de pagar.
- C) Si pagaron varios, no es preferido el que lo hubiese hecho antes, sino el que ostente un contrato de fecha fehaciente más antigua.

En la Compilación navarra, además de estas, rigen también las reglas protectoras que la Ley Hipotecaria establece para quienes confiaron en el Registro de la Propiedad. Por tanto, si lo vendido es un inmueble, la propiedad es para el comprador que, habiendo cumplido los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria —haber comprado de buena fe de quien según el Registro podía venderle— primero haya inscrito.

Hay que señalar que en el artículo 1473 aparece recogido un sistema excepcional y, lo mismo que ocurría para el Derecho romano en que el derecho real se diferenciaba del de obligación por las distintas clases de acciones que para ejecutar aquellos se concedieran, tendríamos que ver la clase de acción que concede este artículo para saber si se trata de un *ius ad rem*, o un derecho real o un derecho de obligación. En realidad, esto es lo que se hace hoy en día por los autores para distinguir ambas clases de derechos, como un criterio generalmente admitido.

En el artículo 1473, como se ha señalado, se establece la hipótesis de una cosa vendida a varios compradores sucesivos, habiéndose realizado el acuerdo de venta con el primero, y la transmisión de la cosa con el segundo o tercero. Si el tercero ha adquirido de mala fe o el título de su adquisición no es oneroso, parece que estaríamos en el caso comprendido por el *ius ad rem*. Además en este precepto se distinguen, con diverso tratamiento, si la cosa vendida era mueble o inmueble; en el segundo caso la transmisión se efectuaría a favor de aquel adquirente que primero la inscribiera en el Registro de la Propiedad respecto a la persona que hubiese entrado en su posesión con buena fe; aunque según el Tribunal Supremo, que ha hecho una interpretación extensiva de la buena fe, esta se exigiría en todos los casos; extensión que se basa en las últimas palabras del párrafo tercero de dicho artículo, el cual parece indicar que la transmisión siempre necesita de la buena fe.

Aparte de que esta extensión de la buena fe que hace el Tribunal Supremo no sigue las reglas generales sobre la interpretación de las leyes, no cabe la menor duda que esta es la solución lógica, aunque, por otra parte, el

problema no nace sino hasta que la transmisión se ha efectuado de mala fe, ya que solo en este caso es cuando el titular del hipotético *ius ad rem* puede ejecutar su derecho. También puede plantearse cuando el título es claudicante frente a otro.

El *ius ad rem* en el Derecho canónico no ha sido siempre único y uniforme, ni siquiera a última hora: es decir, en el momento de la publicación de los textos del Concilio Vaticano II.

La generación de nuevos obispos, u otros oficios generadores de beneficios, no ha estado exclusivamente en manos de la jerarquía estrictamente eclesiástica, sino también del poder civil e incluso de patronos laicos. Aquí los juegos entre diferentes títulos para el oficio tienen diversos modos de colación del beneficio que tampoco han sido pacíficos. El Derecho canónico *barrió para casa* tanto en tiempo de las Decretales como en la del Codex, y presentó la cuestión como si el título fuese siempre una cuestión canónica y el problema de conflicto se redujese al modo de colación en el beneficio; pero no fue así en los tiempos de la guerra de las investiduras, pues si en Italia se acabó dando la razón al papado, en Alemania y en Sicilia esta dubitativa razón se resolvió a favor del emperador. El triunfo final no recayó en el expendedor de la bula (título) ni en el que entregó la posesión, sino que se atribuyó a soluciones territoriales que están hoy en la base ocultada de los sistemas latinos de solo título y en los germánicos y español de título y modo.

La interpretación del artículo 1473 del Código Civil, en orden a si recoge la figura del *ius ad rem*, comprende dos cuestiones fundamentales que pueden resumirse en cuál sea la acción puede ejercitar el comprador burlado y cuál es la buena fe que exige dicho artículo.

4. EL ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN. LOS CUATRO GRANDES TEMAS DE ANÁLISIS

A) ACCIONES EJERCITABLES

En primer lugar en nuestro Código, lo mismo que en todos los sistemas de Derecho romano, germánico o moderno, se conceden dos posibilidades de acciones, según que el derecho a ejecutar sea real o personal; la acción típica real es la reivindicatoria.

El prototipo o paradigma de la serie de acciones protectoras de la propiedad, en cuanto derecho subjetivo, es la acción reivindicatoria. El párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil establece esta acción al disponer que *el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla*.

Deliberadamente, y dado el propósito de este trabajo, no vamos a entrar en el análisis detallado de esta acción, pero sí parece necesario, a los efectos del

examen de la figura del *ius ad rem* y su posible ubicación en el artículo 1473, tener presentes sus rasgos más elementales.

El Tribunal Supremo tiene declarado en numerosas y reiteradas sentencias, que es la acción reivindicatoria la que compete al propietario no poseedor contra quien tiene o posee la cosa indebidamente. Y sus caracteres son: el ser una acción real, derivada del derecho real de propiedad, ejercitable *erga omnes*; una acción de condena y de carácter restitutorio, pues con ella se pretende imponer, por decisión judicial, al demandado la condena a restituir la cosa o bien, y también, a ponerla en poder y posesión del adquirente para que, conforme a la finalidad y función del título, hacerla suya con la entrega debida.

Y los requisitos necesarios para el ejercicio con éxito de la acción, con arreglo a esa copiosísima jurisprudencia del Tribunal Supremo (52) son: 1) dominio del actor o vocación al mismo; 2) identificación de la cosa, y 3) posesión indebida de esta por el demandado.

El primer requisito es, por tanto, la prueba de su dominio o propiedad de la cosa por el actor o de su titularidad indiscutible. Y esta prueba por el actor es requisito tan inexcusable de la acción reivindicatoria que el demandado deberá ser absuelto si aquella no se aporta, aunque posea sin título (53).

Si examinamos ahora el posible ejercicio de esta acción por el comprador burlado, en el juego del artículo 1473, resulta que no se sabe aún quién es el propietario, y hay que concluir que de ninguna manera podrá así funcionar la acción reivindicatoria, sino que a lo sumo la única acción que podría funcionar —al menos en un primer planteamiento que más adelante matizaremos— sería una acción declarativa de dominio; cierto es que la acción reivindicatoria es también una acción declarativa, pero además de esto tiene el carácter de acción real de condena.

El planteamiento anterior es cierto, respecto a la imposibilidad de que prosperase una acción reivindicatoria, si esta se limitase a ser una acción de recuperación del dominio de la cosa, pero puede entenderse que procede la interposición de esta acción porque en su función se contempla reconocer al *verus dominus* y reintegrarlo en el desempeño de las funciones que, conforme al título, le corresponden sobre la cosa en que se concreta el litigio. Esta no es una acción meramente posesoria, más bien se trata de una acción de condena de una posesión indebida que, a su vez, verifica y ejecuta el contenido del título con *causa traditionis* (venta, herencia, legado, donación, crédito o pago) y completa o restituye, según los casos, el dominio o lo libera de un derecho real

(52) Además de la jurisprudencia citada anteriormente, vid. STS de 10, 14 y 25 de junio de 1969, 27 de diciembre de 1976, 6 de diciembre de 1977 y 25 de junio de 1978, como más representativas y reiteradas por otras posteriores.

(53) Entre otros, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, *op. cit.*, pág. 187.

de goce o carga real claudicantes. Así la reivindicatoria es siempre una acción declarativa con efectos reales de condena y de reconstrucción de una titularidad con destrucción correlativa de otra aparente, indebida o viciosa.

La función declarativa de propiedad de esta acción es literalmente admitida por nuestro Tribunal Supremo, ya que es necesario reconocer el alcance del título para que la condena surta sus efectos; no se trata de declarar el mejor derecho, sino de imponer los efectos de un derecho contradicho por una realidad fáctica indebida y no ajustada al ordenamiento.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1976, recoge esta doctrina, reiterada en otras muchas, al señalar: «La tutela del derecho de propiedad se obtiene especialmente a través de dos acciones distintas, aunque muy enlazadas y frecuentemente confundidas: la propiamente reivindicatoria que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión; y la acción meramente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se le atribuye, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en un ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no se le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá, dentro del proceso incoado, en reintegración de una posesión detentada».

Así la acción meramente declarativa de propiedad se diferencia de la reivindicatoria:

De una parte, en que esta es una acción de condena que va más allá de la declaración de dominio del actor, pues se condena al demandado a la restitución de la cosa al actor y dueño, mientras que en la acción declarativa la finalidad está en que el demandado reconozca el dominio del actor simplemente, sin aspiraciones de reintegración o restitución de la cosa, pues su finalidad no es recuperatoria o traditora.

En tanto que, de otra parte, la reivindicatoria exige como uno de sus requisitos que el demandado sea poseedor o tenedor de la cosa. Mientras que en la declarativa no se requiere que el demandado sea poseedor: la legitimación pasiva corresponde simplemente a los que nieguen o contradigan el dominio del actor.

Y, por su parte, en la acción declarativa es de esencia, fundamental, la declaración de propiedad del actor pues a ella se encamina su ejercicio. En la acción reivindicatoria no es esencial tal declaración de propiedad porque puede estar reconocida por el demandado, discutiéndose la restitución de la posesión de la cosa, o de subordinar la tenencia a un título que limite el disfrute o lo sitúe en una función subordinada.

Pero si estas son las diferencias, hay, sin embargo, dos requisitos comunes a ambas acciones, pues la acción declarativa de propiedad exige como requisitos: la prueba de dominio del actor y la identidad o identificación de la cosa. De aquí que al exigirse la prueba de dominio o propiedad, no parece posible el ejercicio de la acción declarativa de dominio por el comprador burlado en el supuesto del artículo 1473 del Código Civil.

También puede tener aquí un campo de aplicación y funcionamiento la acción revocatoria o pauliana regulada en el artículo 1111 del Código Civil, careciendo las partes de la posesión de la cosa a título de dueño.

En este caso, ¿podría ejercitarse por el comprador, en el supuesto del artículo 1473, la acción revocatoria para llegar a la conclusión por ello de que dicho precepto contiene una clara obligación o derecho de obligaciones?

La cuestión plantea, en principio, una primera dificultad debida a la discutible naturaleza jurídica de la acción revocatoria. Sus distintas soluciones llevarían a una distinta catalogación de la figura contenida en el artículo 1473: derecho real, derecho de obligación o mixto real y de obligación.

Y así se discute si la acción revocatoria es:

De una parte, una acción real o una acción personal. La teoría de la acción real (de gran raigambre romana) trata de explicar y justificar que el acreedor pueda perseguir los bienes donde quiera que se encuentren y contra cualquiera que sea el que los posea (eficacia *erga omnes*). La existencia de un vicio en la originaria enajenación permite al acreedor impugnante recuperar los bienes.

La teoría de la acción de naturaleza personal entiende que la acción del acreedor o acreedores solo puede dirigirse contra el autor y, en su caso, contra los cómplices del fraude.

Por otro lado, se plantea si puede ser una acción de nulidad o una acción de rescisión, o de indemnización de perjuicios, o una acción mixta que tiene algo de acción de nulidad y de acción de reparación de perjuicios.

Y, por otro, una acción con función conservativa (ejercitable por el acreedor antes de iniciarse la ejecución por el acreedor cuyo crédito no sea todavía exigible) o acción con función ejecutiva (a ejercitar por los acreedores que ya están ejecutando bienes sobre el patrimonio del deudor que es para ello insuficiente).

Centrada la cuestión más específicamente, a los efectos apuntados, resulta que los dos requisitos para el ejercicio de la acción pauliana son el perjuicio del acreedor (*eventus damni*) y el fraude del deudor (*consilium fraudis*).

El perjuicio del acreedor dimana de que el acto que se impugna ocasiona la insolvencia del deudor, no pudiendo aquel hacer efectivo su crédito de otro modo. Insolvencia del deudor porque no quedan libres bienes suyos sobre los que hacer efectivo el crédito (o que sean insuficientes los que queden) y, subsidiariamente, que no le sea posible al actor obtener de otro modo lo que

se le debe; requisitos contenidos en los artículos 1291.3.º, y 1294 del Código Civil (54).

Aunque si bien en el caso del artículo 1473 puede decirse que habría algo parecido a la acción revocatoria, esta sin embargo no tendría cabida porque el contenido de la posible acción del 1473 no es el mismo de la del 1111, pues lo que se persigue en este último artículo parece que es la insolvencia definitiva con arreglo al principio de la responsabilidad del deudor con todos sus bienes presentes y futuros; que es cosa distinta de lo que se persigue en el artículo 1473, ya que en este solo existiría una insolvencia específica pero no general, y habría que concluir que tampoco en el artículo 1473 se contiene una acción revocatoria que es la propiamente protectora del típico derecho de obligación.

Si la acción concedida no es real ni personal, cabe preguntarse de qué clase es. Para resolverlo, SÁNCHEZ ROMÁN (55) llegó a decir, haciendo las mismas construcciones que los antiguos civilistas y canonistas, que sería una acción parecida a la derivada del *ius ad rem*.

Pero todavía hay más: dentro del artículo 1473 encontramos un carácter positivo, de entre todas las soluciones por exclusión que allí se citan; es el del reconocimiento de la buena fe, entrando con ello en la segunda gran cuestión.

B) BUENA FE

La exigencia de la buena fe en el artículo 1473 del Código Civil tiene una serie de antecedentes o precedentes legales y doctrinales.

Así, en cuanto a los legales, existirían dos soluciones a partir de dos planteamientos:

En la del Código Civil francés, en su artículo 1141 (56), en el caso de doble venta, la propiedad se transfiere al que primero haya tomado posesión de la cosa mueble con buena fe. Solución en la que se inspira el Proyecto de Código Civil español de 1851.

(54) Comentando este precepto, afirma Díez PICAZO, «que el deudor debe haberse colocado en situación de insolvencia es algo que se encuentra en la raíz misma de la fundamentación de la acción», *op. cit.*, pág. 347.

Por su parte, ROCA SASTRE entiende que: «El ordenamiento jurídico concede al acreedor la posibilidad de impugnar los actos de disposición dolosos y dañosos que el deudor realice sobre bienes de su patrimonio que, en virtud del principio de responsabilidad patrimonial universal están sujetos a responder del débito por aplicación del artículo 1111 en relación con el artículo 1911, con arreglo al cual, *del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*», *op. cit.*, pág. 457.

(55) *Estudios de Derecho Civil*, T. IV, Madrid, 1899, pág. 588.

(56) Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes succesivement, est purement mobilière, celle de deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encoré que son titre soit posterieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne fois.

En la del Código austriaco (art. 430), en el que se prescinde de la buena fe para atribuir la propiedad al que primero toma posesión de la cosa.

Para una parte de la doctrina, especialmente ESPÍN CÁNOVAS (57), el legislador español se inspiró en el Código Civil francés y en el Proyecto de 1851; pero aumentó las soluciones legales en relación con los inmuebles para el caso de no mediar inscripción.

En el artículo 1141 del Código francés, la exigencia del requisito de la buena fe en la doble venta parece una derogación del principio de transmisión de la propiedad *solo consensu*, consagrado por este Código; pero en realidad no lo es. Y así, según la opinión de un sector de la doctrina francesa (58), el segundo comprador que sea primero en la posesión no adquiere la propiedad porque el vendedor se la transmita, ya que este no es propietario, por haber pasado la propiedad al primer comprador en virtud del contrato. El segundo comprador, no obstante, adquiere la propiedad de la cosa mueble cuya posesión tiene, en virtud de la regla *en fait de meubles possession vaut titre*, con lo que se trata de una adquisición *a non domino* por aplicación del artículo 2279 del Código francés (59).

Y en cuanto a los precedentes doctrinales del requisito de la buena fe, ya hemos apuntado las soluciones doctrinales canonistas y feudalistas del *ius ad rem*, uno de cuyos casos más elaborados fue el de la doble venta, encontrando en aquella reiteradamente el requisito de la buena fe.

Tal doctrina muestra cómo en el siglo XVI se llega a considerar que en el caso de doble venta de una misma cosa a sucesivos compradores, el segundo comprador que tuviese *ius ad rem* por tener la posesión, debía ceder ante el primero si conocía la existencia de la venta anterior.

En los clásicos castellanos, el *ius ad rem*, creado por el título adquisitivo, representa un llamamiento al futuro derecho real con fuerza mayor que el de la mera obligación personal del vendedor (u otro enajenante) de realizar la transmisión o desposeerse de la cosa: algo que gravita ya sobre la cosa misma con el alcance superior al de la mera acción personal frente al transmitente (60). Se vino reconociendo, tradicionalmente, la presencia de una cierta afectación real, un *ius ad rem* en favor del primer comprador, que venció al *ius in re* posterior, incompatible con él, cuando este hubiera sido adquirido del mismo *auctor* con mala fe, es decir, con noticia de la primera enajenación. Igualmente, según estos

(57) ESPÍN CÁNOVAS, «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *RDP*, 1945, pág. 357.

(58) PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil français*, T. III, *Les biens* (PICARD, Maurice), París, 1952.

(59) Del que es trasunto, como es sabido, nuestro artículo 464 del Código Civil.

(60) Vid., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. I, Barcelona, 1979, pág. 135.

autores clásicos, era preferido el *ius ad rem* nacido por título oneroso, al *ius in re* posterior recibido por título lucrativo.

A través de la evolución doctrinal, el *ius ad rem* aparece configurado como una relación jurídica que, sin llegar a producir los efectos del *ius in re*, produce efectos más fuertes que la *obligatio*, ya que abre la posibilidad de interponer una acción real. Y esta evolución doctrinal llega a consagrarse legislativamente en el Landrecht prusiano, que concede al comprador de cosa cierta un *ius ad rem* (Recht zur sache) distinto del *ius in re* (Recht auf die sache). Y se basa en la existencia de la buena fe entendida como ignorancia al disponer que «aquel que al momento de la inscripción o de la tradición tiene conocimiento de un derecho anterior de otro, no puede prevalecer, en perjuicio de este de la inscripción o de la tradición ejecutadas». Y «si se puede probar que el adquirente ha tenido conocimiento en el momento de tomar posesión de la existencia de un derecho personal de un tercero a la cosa, no puede prevalecer frente a este el derecho real constituido por la tradición». Esta posición tan clara —que no lo es tanto en nuestro derecho histórico y actual— se debe a dos elementos que no se explicitan pero están patentes; primero, que la transmisión de inmuebles —en Prusia y después en todo el imperio alemán— se efectúa por la inscripción registral, lo que supone que el mínimo de diligencia obliga a consultar antes de adquirir a título oneroso y a precio de mercado; y, segundo, que era de regla, como en Roma, que la *mala fides superveniens non nocet*. Aquí sostenemos lo contrario legalmente y en sede de posesión.

Sobre esta base legal se insertará la construcción de la figura, y se considerará el *ius ad rem* como un derecho real con efecto relativo; real en cuanto se dirige contra la cosa, pero su efecto es relativo porque su eficacia queda limitada a un corto número de personas —el deudor, sus causahabientes, el adquirente de mala fe— (61).

En nuestro Código Civil, la buena fe puede ser tomada en consideración por el Derecho en virtud de un doble procedimiento:

- a) Con un procedimiento objetivo, equiparando o insertando la buena fe a una norma legal, tal como se hace en el artículo 1103.
- b) Por un procedimiento subjetivo, que consistiría en hacer una distinción entre buena y mala fe en cada campo del Derecho y subdistinguir la aún dentro de un mismo campo (62). Así tendríamos que sería diferente la buena fe en el campo de los derechos reales y en el de obligaciones, y aún dentro del primer derecho variarían de institución a institución. Sirvan, a título de ejemplo, los artículos 433 y 1950. Este procedimiento

(61) ZIEBARTH, *Die Real execution und die obligation*, Halle, 1866, pág. 193.

(62) Respecto de la consideración de la buena fe en los distintos campos del Derecho, cfr. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, Barcelona, 1965.

subjetivo de calificar de distinta manera la buena o la mala fe, según la institución en que se verifique, ha sido muy criticado por los autores, ya que no se puede explicar que siendo la buena fe el requisito central del derecho de cosas, varía esta de ser ignorancia, como dispone el 433, a ser creencia, según lo indica el 1950. Y teniendo precisamente en cuenta ambos artículos, tendríamos que la buena o mala fe sería, en suma, en el derecho de cosas, un estado psicológico o de conocimiento. Por el contrario, en el de obligaciones, y según el artículo 1107, la mala fe sería una conducta, o un acto de conducta del deudor que si se realiza con intención sería mala fe, y si sin intención, negligencia.

Hemos señalado que dentro del derecho de cosas, la buena fe tiene distintos requisitos, como lo demuestran los artículos 433 y 1950 del Código Civil. Pero, en realidad, esto tendría una posible explicación. De ambos artículos, el primero está comprendido dentro de la posesión, y el segundo dentro de la prescripción. Pero como se puede considerar, y así lo ha hecho el Código francés y, en parte, el español, que la posesión es uno de los elementos de la prescripción, ya que sin aquella esta no se efectúa y, según otra concepción, la prescripción es efecto de la posesión, en realidad subsistiría la dificultad de la explicación de por qué en ambas son distintos los requisitos de la buena fe. Tendríamos, como señala la doctrina, que el artículo 433 pone como requisito de la buena fe la ignorancia porque se refiere a la posesión por sí y en sí, independientemente de la propiedad y de sus efectos. Y si en el 1950 se habla de creencia, es porque estamos dentro de la prescripción y en ella hay que hacer referencia al poseedor cuando es adquisitiva y al propietario cuando es extintiva, y por tanto la existencia de un propietario cuya acción tiene que prescribir y pasar la titularidad a otra persona. En consecuencia, en esta persona tiene que funcionar la creencia de que el derecho que va a adquirir pertenecía al transmitente, ya que si no lo creía así, este podría hacer uso de la acción que se señala en el artículo 1964 del Código Civil para revocar el negocio concluido, por lo menos dentro de los quince años siguientes a su conclusión, ya que ese es el tiempo de la prescripción de esas acciones.

Pero, aparte de esta explicación, ambos requisitos tendrían una característica común, cual sería el que ambos se refieren a un estado de conocimiento del poseedor respecto de su título.

En el derecho de las obligaciones contractuales no es admisible un principio que se basa en la ignorancia o la creencia entre los requisitos de la buena fe; acreedor y deudor, o si se quiere ambas partes de un negocio, deben haber prestado un consentimiento específico sobre el objeto y la causa de aquel; es decir, en el *ius ad rem* que se plantea en el artículo 1473 sobre la concreta cosa mueble o inmueble cuya titularidad se pretende transmitir, y el tipo de negocio oneroso que se celebra, solo dos son posibles: compraventa (el más

común) o permuta (rara vez). En el cumplimiento del mismo negocio serán los artículos 1103 y 1107 del Código Civil los que determinen que el requisito de la buena fe en materia de obligaciones sería el cumplimiento de las mismas, precisamente para exigir responsabilidad en el caso contrario. Y debido a que las obligaciones nacen por ley contrato, y debido, además, a que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, y a que el deudor no puede válidamente alegar ignorancia en cuanto a la existencia del contrato, es por lo que en materia de obligaciones no son requisitos de la buena fe ni la creencia ni la ignorancia; además como el artículo 1091 está disponiendo que lo concertado entre las partes tiene fuerza de ley, en este caso estaríamos, en realidad, en el artículo 6 del Código Civil.

En el caso de los artículos 1103, 1107 y 1258, pero sobre todo en el 1107, se exige como requisito de la mala fe la existencia de una conducta, que será dolosa o negligente y además que el deudor tenga por afán no cumplir lo que el contrato dice. Por tanto, frente al requisito del conocimiento, como determinante de la buena fe en el derecho de cosas, se alzaría este de la existencia de una conducta en el de obligaciones.

Según el Tribunal Supremo, el concepto de buena fe del artículo 1473 hay que entenderlo como estado de conocimiento y no de conducta; conocimiento en el sentido de desconocimiento o ignorancia. Son muchas las sentencias que se pronuncian en este sentido (63). Pero especialmente la de 16 de febrero de 1981 (64), al afirmar en su Considerando tercero que: «...es de precisar que se trata de una doble venta de un inmueble urbano, en la que el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad sustantiva civil) no inscribe en el Registro de la Propiedad, cosa que realiza en cambio el segundo, que lo es a virtud de lo establecido en el artículo 131, regla 17 de la LH (prioridad registral) y de acuerdo con el citado precepto del Código, es este último quien adquiere la propiedad, siempre que medie buena fe, de acuerdo con la interpretación unánimemente seguida por la doctrina tanto científica, como sobre todo jurisprudencial de este TS; y esta buena fe, en la perspectiva que aquí tiene lugar, es decir, en el campo de los derechos reales, no es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos (arts. 1269 y concordantes del CC), sino de conocimiento, según se evidencia con las dicciones de los artículos 433 y 1950 de nuestro primer Código sustantivo, que tiene que ver pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era exacta o no, respecto de la titularidad dominical que proclama,

(63) Entre otras: 13 de mayo de 1908; 29 de noviembre de 1928; 31 de octubre de 1929; 28 de junio de 1941; 11 de febrero de 1946; 23 de junio de 1951; 11 de junio de 1954; 12 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 30 de enero de 1960; 25 de mayo de 1965; 30 de noviembre de 1967; 24 de enero y 31 de diciembre de 1969; 30 de abril de 1974; 16 de febrero de 1981; 17 de diciembre de 1984, y 12 de marzo y 6 de julio de 1985.

(64) Ponente: Excmo. Señor don José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO.

según puntualiza, a los fines registrales el artículo 34 de la LH; y ello está en relación con la presunción *iuris tantum* de buena fe del artículo 434, que, como tal solo puede desvirtuarse con la prueba en contrario, pero eso sí, con probanzas auténticas y fehacientes de la alegada mala fe, evidenciadas en este trámite de casación, por la única vía legalmente admitida para hacerlo...».

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 8 de mayo de 1982, cuando establece en su Considerando séptimo: «...que el tercero —que lo es el que ha inscrito el art. 32 LH, no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, si precisa, por contra, haber adquirido de buena fe, entendiéndose por tal, no la confianza en el Registro, sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extrarregistral, que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente —sentencia de 29 de mayo de 1970—, pues si bien la buena fe se presume, no quiere decir ello que se tenga por acreditada por la mera inscripción...».

El Tribunal Supremo exige la buena fe, como hemos indicado antes, también en el caso del párrafo segundo del artículo 1473, aunque el texto literal del precepto no lo exija, en una aplicación e interpretación extensiva de dicho requisito. Y así se deduce, lógicamente, de relacionar dicho artículo 1473 con el 34 de la Ley Hipotecaria.

De otra parte, la exigencia de la buena fe en el párrafo segundo del artículo 1473 posee una justificación cumplida dado que, normalmente, la doble venta presupone una actuación fraudulenta del vendedor y no se debe premiar a quien colaboró de alguna manera en el fraude o, al menos, lo conocía y nada hizo por impedir que se consumase; y si aquella tuvo su origen en un descuido o error del vendedor, tampoco merece protección quien se aprovechó de él en su propio beneficio (65).

Son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que exigen la aplicación de la buena fe en el sentido que examinamos. Caben señalarse, omitiendo otras anteriores, todas las indicadas anteriormente, pero como expresión del contenido de esta doctrina es de destacar la que contiene la sentencia de 17 de diciembre de 1984, en su Quinto Considerando, con arreglo al cual: «...que según reiterada doctrina jurisprudencial, y así lo impone también la relación que ha de establecerse entre el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la preferencia otorgada al comprador que inscribe en el Registro descansa en el imprescindible requisito de la buena

(65) GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil, artículo 1473», en *Centenario del Código Civil*, op. cit., pág. 932. En el mismo sentido, del mismo autor, vid. «Comentario al artículo 1473», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por ALBALADEJO, T. XIX, pág. 250. Asimismo, cfr. PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990.

fe, elemento que tiene cumplida justificación, como ha hecho notar la doctrina científica, por lo mismo que de ordinario la doble venta presupone una actuación dolosa o fraudulenta del vendedor y no merece protección quien colaboró en la maniobra o cuando menos la conoció, y así lo ha hecho ver también la jurisprudencia, actitud que ha de ser reconducida a un estado de conocimiento de la situación existente, tal como se desprende de los artículos 433 y 1950, y por lo tanto la buena fe precisa en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior, desconocimiento que no podrá ser apreciado, según la expresión del derecho histórico para describir la mala fe, “si él supiese que aquel de quien compra la cosa non avía derecho de la vender” (Partida quinta, título veintinueve, ley catorce), bien entendido que la apreciación de la existencia de tal conocimiento constituye una cuestión de hecho a decidir por el Tribunal de instancia» (66).

Dentro del texto del artículo 1473, el párrafo primero, que se refiere a las cosas muebles, con respecto de las cuales se hace su propietario la primera persona que las haya adquirido de buena fe, no hace más que reenviarse a lo dispuesto en el artículo 464. El primitivo comprador nada podría alegar en contra del segundo adquirente. No existiría, pues, un *ius ad rem* y funcionaría aquí la buena fe como un estado de conocimiento: desde el momento en que el segundo comprador ignorase la existencia del contrato, el primitivo comprador no dispone de ninguna acción del tipo de las del *ius ad rem*.

En el segundo párrafo, que se refiere a las cosas inmuebles, tendríamos que, según la interpretación del Tribunal Supremo, no solo se exigiría el requisito de la inscripción, sino además el de la buena fe, porque en nuestro sistema hipotecario no funciona el principio alemán de que la inscripción, indiferentemente de ser esta de buena o mala fe, es requisito suficiente para verificar la transmisión del bien inscrito. Por tanto, en nuestro Derecho, la transmisión perfecta constaría de la inscripción y de la buena fe. Por ello la acción del primer contratante no funcionaría en el caso de existencia de esta buena fe, o sea, que también aquí el requisito de esta sería un estado de conocimiento: la ignorancia de que se hubiese verificado un contrato anterior.

En cuanto al párrafo tercero, el problema se modifica; no se recoge en él el principio de conocimiento porque, al parecer, entramos en el campo de los derechos de obligación, ya que anteriormente lo que se tiene en cuenta no es el *ius ad rem*, sino la situación resultante, independientemente de la acción que correspondería al primer comprador, y ahora lo que se valora es el título contractual, por el único medio posible de valorarlo: por la culpa o inculpabilidad existente en él.

(66) Vid., en este sentido, ALBACAR LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil. Doctrina y jurisprudencia. Artículo 1473*. Madrid, 1991, págs. 218 y sigs.

Se refiere este párrafo tercero (67) al comprador de un inmueble cuando no está ya inscrito en el Registro; el problema se resuelve en dos posibilidades: *a)* el que sea primero en la posesión; *b)* el que, a falta de esta, presente un título más antiguo. En ambos casos no puede funcionar el requisito del conocimiento y, por tanto, para anular este título de fecha más antigua es menester la culpabilidad que, por otra parte, solo funciona en el caso de que el vendedor y el segundo comprador realicen un contrato en fraude de acreedores; por tanto, mientras este fraude no exista, la posesión sería legítima, aunque el título fuera vicioso. Así pues, para la existencia de la mala fe en este caso se precisaría la conducta dolosa frente al simple conocimiento o ignorancia.

Cuando se trata de un título de fecha más antigua, el problema sería el mismo; se requeriría para la existencia de la mala fe la concurrencia de una conducta dolosa.

C) ¿CUÁNDO SE ENTIENDE QUE HA HABIDO INSCRIPCIÓN?

El interrogante con el que pasamos a esta tercera gran cuestión cabría también plantearla de la siguiente manera: ¿cuándo se entiende que la adquisición ha sido inscrita en el Registro o, correlativamente, «que no hay inscripción»?

Para responder a este interrogante hay que distinguir:

- a)* Que la finca figure en el Registro a nombre del vendedor, en cuyo caso la falta de inscripción se deberá a no haberla solicitado ninguno de los adquirentes o a no haberse otorgado escritura pública.
- b)* Que la finca no esté inmatriculada —o que se halle interrumpido el tracto— no pudiendo los adquirentes conseguir la inscripción ordinaria.

De otra parte, habiendo algún comprador por documento privado, y no habiendo presentado al Registro la escritura pública ninguno de los que la tienen otorgada a su favor, ¿valdría como «inscripción», a los efectos del artículo 1473.2, la anotación preventiva de la demanda de aquel al vendedor para que eleve a escritura el documento privado? La solución no depende de si tal anotación es, en sentido estricto, de las representativas de un futuro asiento de inscripción, sino de la preferencia que otorga el derecho anotado, en el siguiente doble sentido:

1. Si la demanda procede del primer adquirente, la anotación preventiva de la misma haría valer el título de fecha más antigua, al que concedería definitiva preferencia.

(67) «Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando esta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

2. Si la demanda procede de un segundo o tercer adquirente, su anotación también conseguiría prioridad para la escritura pública que se inscribiera luego en virtud de la demanda, pues a partir de aquel asiento provisional, la toma de razón de cualquier escritura a favor de anterior adquirente sería claudicante y sujeta al resultado de la *litis* (68).

Asimismo, la solicitud de inmatriculación de la finca o reanudación del tracto conceden, en principio, prioridad al solicitante, pues en su origen el artículo 1473 está formulado sobre un sistema registral de mera prioridad sin tracto sucesivo, y tal es, entre nosotros, el significado del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. La jurisprudencia, no obstante, parece admitir el valor de la primera inscripción, a los efectos del artículo 1473, pasados, a lo sumo, los dos años a que alude el artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

En este punto, cabe plantear otra cuestión: ¿hasta qué momento puede la inscripción conferir preferencia sobre la posesión o el título?

Un sector de la doctrina (69) responde a la cuestión del siguiente modo: habiendo entrega real antes de la inscripción, aquella tiene eficacia transmisiva, al menos esto es lo que se deduce del artículo 1473.3.

En cambio, mientras no haya entrega real, puede inscribir, anotar o inmatricular cualquiera de los adquirentes de buena fe, quedando inoperante, como razón de preferencia, la prioridad del título (acto adquisitivo); en particular la de la escritura pública no inscrita, que carece de eficacia frente a la ulterior inscrita, de donde aquella, por sí, ni transfiere la posesión a que se refiere este precepto ni determina una prioridad de título operante fuera del pleito. Pues de lo contrario, no sería precisa ni serviría nunca la inscripción como criterio de preferencia, ya que antes de ella se habría otorgado escritura pública y la preferencia se habría convalidado en el comprador que la obtuviera primero; lo cual no es el sentido del artículo 1473.

La preferencia del título de fecha más antigua únicamente vale, por tanto, cuando el conflicto entre diversos adquirentes llegue al terreno judicial: la inscripción realizada o la posesión recibida después del emplazamiento, no confieren ya prelación alguna.

(68) Vid., en relación con la pretensión de inscripción de dos escrituras públicas de compraventa sobre la misma finca, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 14 y 26 de julio de 1988. Y en un sentido similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1988.

(69) LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 158.

D) ESPECIALIDAD DEL ARTÍCULO 1473 EN EL SISTEMA DE ADQUISICIÓN Y TRANSMISIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El examen de la situación jurídica del segundo adquirente, primero en la posesión, en la doble hipótesis de que tenga buena fe o que carezca de ella, nos lleva a la afirmación de que el artículo 1473 recoge un sistema especial.

Planteado el sistema de adquisición en el Código Civil y las repercusiones de la teoría del título y el modo —tema en el que deliberadamente no se entra— no se trata de una derogación ni de la tradición ni de la inscripción; la especialidad está en la introducción de la buena fe, especialidad fundamental que viene a exigir el artículo 1473.

Sin el juego del artículo 1473, en el supuesto que examinamos, habría adquirido definitivamente la propiedad de la cosa vendida aquel comprador a quien primero se hubiese entregado. Pero con el artículo 1473 realmente la entrega ya por sí sola no es decisiva, pues si alguien recibe de mala fe la posesión de lo que se vendió no por eso deviene dueño, mientras que el que habiendo comprado de buena fe no recibió la entrega de la cosa —sino que esta se da a otro comprador de mala fe— tiene derecho a convertirse en dueño de la misma.

Por lo que respecta al caso de que lo vendido sea un inmueble, el Código Civil en el artículo 1473, en relación con la Ley Hipotecaria, lleva a la conclusión de que a tenor del texto de ambos —1473 en el Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria— resulta que recoge la misma posición: protección en su adquisición al que de buena fe ha comprado una cosa de aquel que en el Registro aparezca con facultad para transmitirla y ha inscrito en el mismo su adquisición; prefiriéndolo sobre aquel otro comprador que, incluso habiendo recibido realmente la cosa con anterioridad, no llegó a inscribirla a su nombre.

De todo lo anterior parece que hay que deducir que en el supuesto del artículo 1473, la falta del requisito de la buena fe condiciona la aplicación del artículo 609. El Código Civil no permite que entre en juego este precepto existiendo la mala fe, es decir, el conocimiento de una venta anterior. Estos efectos enervadores de *un ius in re* son precisamente los que constituyen la figura jurídica típica y especial del caso contenido en la regulación de la doble venta.

El derecho personal anterior triunfa sobre el *ius in re* posterior, merced a la protección otorgada al primero de condicionar el segundo a la ignorancia de la existencia de aquel. La mala fe actúa de freno impidiendo que se consuma la transmisión de la propiedad.

Se producen, por tanto, efectos que no son reales, pero que son, ciertamente, más fuertes que los obligacionales. Por ello, entendemos que el requisito de la buena fe exigido en el artículo 1473 no puede explicarse más que por una figura parecida a la de un *ius ad rem*, aunque más débil que el regulado por el Código prusiano a que nos hemos referido antes.

Y puede concluirse que el artículo 1473 del Código Civil no contiene la figura histórica y la fuerza que tuvo el *ius ad rem*, sino una figura afín a la del *ius ad rem* sobre la base de la aplicación del juego de la buena fe como un sistema especial condicionante del sistema de la tradición del artículo 609 del Código Civil.

RESUMEN

DOBLE VENTA VENTA DE COSA COMÚN BUENA FE

Los problemas derivados de la doble venta se centran en determinar cuál de los diferentes compradores tiene un derecho preferente a convertirse en titular dominical definitivo. Los distintos intereses en juego pasan por acudir, de un lado, al sistema consignado en el artículo 1473 del Código Civil; de otro, a las diferentes acciones que tutelan el derecho de propiedad, teniendo como principio básico la concurrencia inexcusable de la buena fe de aquel cuyas pretensiones consisten en convertirse en dueño; a ello hay que añadir el sistema de transmisión del artículo 609 del Código Civil.

*Para solucionar la controversia de los derechos de los diferentes compradores, se han dado diversas soluciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Lo que aquí apuntamos es la posibilidad de acudir a los derechos derivados de la titularidad de un *ius ad rem*, entendiendo que el artículo 1473 no contiene la fuerza que tuvo dicha figura histórica, sino una figura afín sobre la base de la aplicación del juego de la buena fe como un sistema especial condicionante del régimen de la tradición de nuestro Código Civil.*

ABSTRACT

DOUBLE SELLING SALE OF SHARED PROPERTY GOOD FAITH

The problems derived from the selling of the same property to multiple buyers are centered in finding which of the buyers will be deemed the definitive lawful owner. The various interests in play require the recourse, first, to the system established in article 1473 of the Spanish Civil Code; and secondly to the different actions that guard property rights, having as a basic principle the concurrence of good faith in the one who claims ownership; and then, it has to be added, to the transfer system of article 609 of the Spanish Civil Code.

*The authors and the courts have given various solutions in order to solve the controversy regarding the rights of the different buyers. What we note here is the possibility of resorting to the rights derived from the ownership of a *ius ad rem*, understanding that article 1473 of the Spanish Civil Code doesn't have the strength of the historical figure, but that of a germane figure based upon the operation of good faith as an special determinant of the tradition system of the Spanish Civil Code.*

*(Trabajo recibido el 29-6-2012 y aceptado
para su publicación el 16-7-2012)*