

La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿cuál es su trascendencia práctica?

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.
- II. LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA:
 1. PLANTEAMIENTO GENERAL.
 2. CUESTIONES ESENCIALES EN CASO DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA:
 - A) *¿La posesión de inmuebles del artículo 1473.3.º del Código Civil es sólo material?*
 - B) *¿Es eficaz la tradición instrumental si el tradens no es poseedor del inmueble transmitido?*
- III. LA CONCURRENCIA DE TÍTULO Y MODO EN LAS VENTAS JUDICIALES INMOBILIARIAS:
 1. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL CLÁSICO DE LA NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA (O TESTIMONIO EN LA ACTUALIDAD).
 2. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MODERNA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL REMATE Y LA ADJUDICACIÓN AL REMATANTE.
 3. MI PROPUESTA: LA TESIS ECLÉCTICA.
- IV. ¿CUÁL ES LA VERDADERA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS DISTINTAS FORMAS DE RESOLVER ESTA CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL?:
 1. TRASCENDENCIA ESENCIAL APARENTE: EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL.

2. SU VIRTUALIDAD REAL:

- A) *La unión de título y modo impide el ejercicio de la tercería de dominio.*
- B) *La aplicación del artículo 1.473 del Código Civil en caso de doble venta de inmuebles.*

V. CONCLUSIONES.

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

Resulta lamentable que siendo la doctrina del título y el modo en la adquisición de la propiedad un postulado cardinal en nuestro ordenamiento jurídico —según reiterada jurisprudencia— (1), el Tribunal Supremo no mantenga un criterio uniforme cuando lo aplica en las ventas judiciales (2); máxime en cuanto que la disparidad de criterios del Alto Tribunal podría afectar al principio de fe pública registral, pilar básico en el que descansa nuestro sistema registral inmobiliario y contenido en el artículo 34 LH, que dice: «*El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*» (3). Explicada esencialmente la doctrina del título y el modo, presupuesto del sistema adquisitivo español —conforme a los arts. 609 y 1.095 del CC—, analizaré las distintas posturas jurisprudencia-

(1) Como, por ejemplo, SSTs de 20 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1994, 18 de febrero de 1995, 18 de septiembre de 1996, 14 de junio, 10 de julio, 1 de septiembre («en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición») y 9 de octubre de 1997, 18 de abril de 2000, 14 de febrero y 13 de marzo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 20 de julio de 2004 y 30 de marzo de 2005. También en la doctrina se afirma que es «necesaria en nuestro sistema la concurrencia de título (contrato) y modo (entrega o tradición) para que la propiedad se transmita» (De Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, Madrid, 1975, pág. 563).

(2) La STS de 10 de junio de 1994 admite que la «doctrina de esta Sala no ha sido constante a través del tiempo, pues un cuerpo de sentencias antiguas mantuvo el criterio de hacer necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que se produzca la consumación de la transmisión...; pero más recientemente esta jurisprudencia ha sufrido un proceso evolutivo en el sentido de exigir sólo la aprobación del remate y la adjudicación al rematante». Más recientemente, la SAP de Valencia, de 16 de febrero de 2004, habla abiertamente de la «existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria» en esta sede.

(3) La STS de 28 de noviembre de 1996 califica el principio de fe pública registral como «la piedra angular del sistema registral inmobiliario español». El artículo 34 LH sigue diciendo que: «*Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente*».

les respecto del momento de la consumación del proceso adquisitivo en las ventas judiciales inmobiliarias y, después, resaltaré la real trascendencia que la cuestión implica frente a la aparente que, con frecuencia, nuestro Alto Tribunal le concede, erróneamente creo, aplicando de forma indebida el susodicho principio de fe pública registral.

Por otra parte, la determinación del preciso momento de consumación de la venta judicial inmobiliaria puede tener otras aplicaciones posibles en las que no entraré por la extensión del presente trabajo, aunque puedo citar, como ejemplo significativo, el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto correspondiente al arrendatario (art. 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), al comunero (art. 1.522 CC) o al colindante (art. 1.523 CC) (4). En efecto, según la STS de 7 de diciembre de 1998 (seguida, por ejemplo, por la de 28 de octubre de 1999), «la doctrina de esta Sala es que el *dies a quo* a partir del que puede comenzar a contarse el plazo de caducidad es el de la consumación de la compraventa», de modo que no vale para iniciar el cómputo la simple perfección de la compraventa voluntaria o judicial, pues, tanto por el carácter real de la acción, como por su finalidad, su nacimiento no puede ser anterior al momento de producirse el efecto real traslativo surgido del contrato, o sea, la transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles retraídos. La acción de retracto tiende a subrogar al retrayente en la posición jurídica ocupada por el adquirente (ex art. 1.521 CC), por lo tanto, en la situación de quien ya es verdadero propietario y no un mero acreedor de la prestación consistente en dar una cosa determinada (5).

II. LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN LA ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La teoría del título y el modo —que está inspirada en el sistema jurídico romano— deriva de los artículos 609 (la «*propiedad y los demás derechos*

(4) El derecho de retracto del arrendatario «*caducará a los treinta días naturales contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa*» (art. 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), por tanto, si sólo se notificó el título de venta, pero realmente faltaba el modo, el plazo no empezará a contarse desde dicha notificación, sino desde la efectiva consumación del contrato de compraventa, mediante la concurrencia de la *traditio*. Tratándose de comuneros o colindantes, tienen «*nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta*» (art. 1.524 CC), venta que, por supuesto, debe estar consumada.

(5) SSTs de 25 de marzo de 1957, 29 de febrero de 1960, 20 de febrero de 1975, 17 de junio y 24 de septiembre de 1997, etc.

sobre los bienes se adquieren... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición») y 1.095 (el «acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (pero)... no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada») del Código Civil (6). Por ende, a tenor de dichos preceptos, y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, en Derecho español no bastan las simples declaraciones de voluntad generadoras del contrato para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes: es necesario que al título transmisivo se añada el modo o entrega de la cosa. Por la tradición o entrega, el hasta entonces derecho personal a la cosa pasa a ser derecho real en la cosa, configurador, por inherente a la misma, de una situación jurídica en ella que la acompaña donde quiera que vaya y que resulta de suyo oponible *erga omnes*. Pero, ¿perderá ésta su propia virtualidad la *traditio* cuando, sin mutación material posesoria, se la realice instrumentalmente? Evidentemente, no. La tradición o modo no sólo es posible en forma real o directa, sino también en formas espiritualizadas o *fictas*, como la de tipo *instrumental*—escritura pública o, en su caso, documento público asimilado— que permite el artículo 1462.2.º del Código Civil: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario» (7). La tradición documental o *ficta* supone una verdadera presunción *iuris tantum* de transmisión que sólo podrá ser desvirtuada cuando se demuestre su discordancia con la realidad jurídica o bien cuando de la misma escritura resulte claramente lo contrario, por no ser rebatible la presunción de entrega de cualquier manera (8). Otorgar la escri-

(6) También el artículo 433 del Código Civil contiene esta distinción de presupuestos adquisitivos al considerar poseedor de buena fe «al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide».

(7) Como explica, por ejemplo, la STS de 8 de mayo de 1982, si «bien es cierto que en nuestro sistema se exige la tradición para la adquisición efectiva de la propiedad, sin que baste el mero consentimiento, también lo es que esa tradición no ha de entenderse siempre como traslado material y físico de la cosa... porque la Ley lo que quiere es que haya una puesta a disposición...», para lo que es suficiente la escritura pública o documento público asimilado.

(8) Pues esta *traditio per cartam* «posee la misma eficacia que la ocupación material» (STS de 16 de febrero de 1970). Vid. también SSTs de 25 de abril de 1949, 22 de marzo de 1952, 31 de enero de 1990, 25 de marzo de 1994, etc. Para GARCÍA-BERNARDO LANDETA («Escritura pública, tradición instrumental e inscripción registral», en *Revista Jurídica del Notariado*, 2001, julio-septiembre, págs. 117-118), se trata de «un modo especial destinado a la adquisición de la propiedad, aunque el transmitente no sea poseedor, y, en este aspecto, es una tradición no posesoria admitida en nuestro Código Civil y que tiene una regulación legal, cuyos efectos jurídicos derivan directamente de la misma, de la facultad de disposición ínsita en el derecho de propiedad». ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de derechos reales*, I, Madrid, 1986, pág. 170), matiza que la «propia exigencia de sobrevivencia de la teoría del título y el modo y la función jurídica de la *traditio* ma-

tura pública o el documento público equiparado es tanto como poner la finca vendida en manos del adquirente, dejándola a su poder y disposición, en concepto de nuevo dueño de la misma. La *traditio* instrumental, así entendida, conlleva la fijación del momento en que se produce el efecto jurídico-real de la transmisión del dominio del inmueble correspondiente. Además, la escritura pública o documento público asimilado es normalmente, al mismo tiempo, tradición constitutiva de la transmisión y adquisición extrarregistral del derecho real (ex arts. 609 y 1462.2.º del CC) y documento auténtico sobre el que se fundamenta la credibilidad de la noticia registral (ex art. 3 LH). Igualmente, otra forma de *traditio* simbólica deriva del artículo 1.464 del Código Civil en cuanto que «*se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia*», y, como se verá, que la LEC equipara el testimonio del auto que aprueba el remate al título de pertenencia al que se refiere el Código Civil se desprendería con claridad del artículo 674.1.º LEC, que dispone que será título bastante para la inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad el referido testimonio.

Por tanto y concluyendo, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguida de la tradición o entrega, es decir, sólo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario *ius ad rem* en un *ius in re*; de manera que de los contratos de compraventa sólo surgen acciones personales, mientras que para poder acreditar la propiedad, con el fin de ejercitar *erga omnes* los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición o modo real o, en su caso, instrumental.

No obstante, este característico método transmisivo de la propiedad encuentra diversas excepciones o desviaciones en nuestro propio Derecho, de las cuales —por lo que ahora nos interesa—, destaco dos. La primera procede de los supuestos de doble venta de inmuebles regulados por el artículo 1473.2.º y 3.º del Código Civil, a cuyo tenor, si una misma cosa inmueble se hubiese vendido por la misma persona a diferentes compradores, «*la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*» (9), y, sobre todo, faltando la posesión, «*a quien presente título de fecha*

terial... exige interpretar la *traditio* instrumental como una mera presunción de entrega material».

(9) Inscripción que, por supuesto, deberá ser de buena fe, pues la prioridad en la inscripción no convalida la mala fe existente (por ejemplo, SSTS de 23 de enero de 1989, 20 de julio de 1990, 10 de abril de 1991, 23 de diciembre de 1992 y 27 de septiembre de 1996). No obstante, como critica RUBIO GARRIDO («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, 2000, págs. 65-66), la sentencia que comenta parece preferir al que primero inscribe, aunque se califica como sujeto de mala fe. Por otra parte, GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia

más antigua, siempre que haya buena fe» (10). La segunda excepción al sistema transmisivo mediante título y modo deriva del principio hipotecario de fe pública registral —fundado en la protección de la apariencia jurídica (11)— mediante el efectivo cumplimiento de los requisitos del artículo 34 LH. Respecto del valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad, ambas normas (arts. 1473.2.º CC y 34 LH) no pretenden hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos «la protección del tráfico jurídico». En cuanto que el Registro, en materia de bienes inmuebles, debe realizar la misma función que la posesión en sede de bienes muebles, tanto el Código Civil como la Ley Hipotecaria permiten que, desconociendo una venta anterior y confiando de buena fe en la inscripción vigente, pueda todavía un tercero adquirir válidamente de quien ya vendió o fue ejecutado, creyéndole aún dueño. La excepción a la teoría del título y el modo surge, pues, desde el momento en que cabe la posibilidad de haber antecedido en la entrega a otros adquirentes —y ser, conforme a las exigencias del art. 609 CC, propietario—, mas no ser preferido a ellos, por no haber accedido a lo que el legislador considera una posición inatacable, a través de la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad en las condiciones expresadas en los artículos 1473.2.º del Código Civil o 34 LH (12). En relación con el

jurídica), en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 2001, págs. 184-185), destaca que en «todo caso, considerado en sí mismo y supuesta la vigencia en nuestro Derecho del sistema del título y el modo, el artículo 1.473, en cuanto prefiere al comprador posterior que se adelanta a inscribir frente al primero que, con posesión, deja de hacerlo, aparece como una desviación respecto al sistema transmisivo general, o una excepción al mismo..., (por lo que) la determinación del comprador que se considerará propietario se hace al margen del criterio general establecido para la transmisión de la propiedad».

(10) La excepcionalidad de este último criterio radica en que «otorga eficacia adquisitiva a la mera ostentación del título sin necesidad de la constancia del modo o tradición» (ALBÁCAR LÓPEZ: *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, V, Madrid, 1991, pág. 222). Por ello, en general, según MONTÉS PENADÉS (*Derecho Civil. Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* —coord.: Clemente MEORO—, Valencia, 2001, págs. 76-77), los conflictos que trata de resolver el artículo 1.473 del Código Civil «no reciben como criterio de solución la teoría del título y el modo». De ahí que, «las dudas que puedan plantearse en la interpretación de los distintos criterios de preferencia en ella —en la norma del art. 1.473 del Código Civil— elegidos no tienen por qué resolverse en el sentido que el sistema del título y el modo pudiera imponer» (GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 185).

(11) En nuestro Derecho se ampara la apariencia jurídica, entendida como «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pág. 40).

(12) Así, por ejemplo, como indica la STS de 4 de marzo de 1988, «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

principio de fe pública registral y tratándose, eso sí, de un tercero cumplidor del sistema del título y el modo, el acceso al Registro se considera como requisito último y esencial de la legitimación extraordinaria o expropiación que el artículo 34 LH supone. El tercero adquirente apoya su adquisición irrevindicable y *a non domino* en la inscripción de su propio derecho —*inscriptionis causa*—, sólo así podrá ser considerado un verdadero tercero registral protegido por este primordial principio hipotecario. El Registro de la Propiedad puede, pues, proteger las adquisiciones *a non domino* en dos formas distintas: acogiendo, simplemente, la adquisición de buena fe que primero se inscribe (arts. 1473.2.º CC y 32 LH: principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), o fundamentando, además, la apariencia de titularidad y legitimación del transmitente y, *eo ipso*, alimentando la buena fe del tercero adquirente inscrito acerca de ellas (art. 34 LH: principio de fe pública registral), esto es, supliendo, en interés del tráfico inmobiliario de buena fe, el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente. Así, y respecto de esta última hipótesis, si por haberse consumado ya una venta anterior —con título y modo ex art. 609 CC— se produce una posterior venta de cosa ajena, el segundo adquirente —en el que, repito, deben concurrir también los presupuestos de título y modo— será el propietario definitivo en aplicación del artículo 34 LH que consagra, por ello, una auténtica adquisición *a non domino*.

2. CUESTIONES ESENCIALES EN CASO DE DOBLE VENTA INMOBILIARIA

A) ¿La posesión de inmuebles del artículo 1473.3.º del Código Civil es sólo material?

Teniendo presente que la mayoría de los problemas que voy a tratar se plantean en los casos de doble venta judicial (13) —esto es, cuando realizada la subasta judicial de una finca, ésta ya se ha vendido por su titular registral o ya ha sido objeto de otra subasta pública—, hay que destacar que para un importante sector doctrinal (14) debe matizarse, en dicha sede, la virtuali-

hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral», principio consagrado legalmente en el artículo 34 LH.

(13) Para PAU PEDRÓN («Comentario al artículo 606», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ y otros, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, pág. 1536), «en el caso de doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas espiritualizadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, *el Registro*».

(14) Así, por ejemplo, ALBÁCAR LÓPEZ (*Código Civil...*, cit., pág. 221), para quien la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum* que no implica necesariamente

dad transmisiva dominical de la tradición instrumental. El modo documental o ficticio, por cuya virtud se trasmite la propiedad en una venta singular (ex art. 1462.2.º CC) aunque el vendedor no sea efectivo poseedor, no es idóneo para servir en una doble venta inmobiliaria como criterio de preferencia. En efecto, se dice, mediante la escritura pública o documento público asimilado, con independencia de su valor traditorio, no se puede tomar posesión a los efectos del artículo 1473.3.º del Código Civil, cuando proclama que en tales conflictos «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*» (15). En el caso de doble venta inmobiliaria, no es que se niegue a la escritura pública su eficacia traditoria, pues el artículo 1473.3.º del Código Civil no deroga —ni siquiera circunstancialmente— el artículo 1462.2.º del Código Civil, sino que se rechaza su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad, y ello porque las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar esa grave incertidumbre social. La posesión que decide en el artículo 1473.3.º del Código Civil es la *possessio realis* o posesión material, posesión que presupone la *traditio* pero que no se sigue de toda forma de tradición. Y ello es así porque el artículo 1.473 del Código Civil es un precepto que, intentando respetar en lo posible el sistema del título y el modo, resuelve dando preferencia frente a los demás compradores a aquel que, además de haber consumado —como los demás— un proceso adquisitivo completo, se ha adelantado a los otros dando a su adquisición una forma efectiva de publicidad que evite la eventual aparición de una posterior adquisición de buena fe, que, en colisión con la suya, resulte más merecedora de la protección de la ley. La posesión, pues, que, en defecto de inscripción, decide cuál de las sucesivas adquisiciones es preferente, es la posesión real en su dimensión naturalmente publicadora del derecho real del dueño; no la que, sin manifesta-

la transferencia de la posesión, combatible cuando no concuerde con la realidad; GARCÍA CANTERO («Comentario al artículo 1.473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir.: M. ALBALADEJO, T. XIX, Madrid, 1980, pág. 225); GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*op. cit.*, págs. 117-118); GORDILLO CAÑAS (*op. cit.*, pág. 204 y sigs.), LALAGUNA DOMÍNGUEZ («La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, págs. 850-851 y 866), etc., y otros indicados en la nota siguiente. También algunas antiguas SSTs (22 de marzo de 1930, 9 de junio de 1955, 12 de abril de 1957 y 17 de noviembre de 1959, entre otras), recogen esta inteligencia.

(15) Para PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2, Barcelona, 1956, pág. 189), «sólo cabe referirse a la posesión de que habla este artículo a base de concebirla como efectiva posesión real o de hecho», pues «la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil sólo puede tener eficacia a base de la inscripción de la escritura en el Registro»; y según MOLINA GARCÍA (*La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 218), «la presunción de la tradición *ficta* tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada». Ante el otorgamiento de dos compraventas, una primera en documento público y otra posterior en contrato privado, prevalece esta última si el comprador entró en la posesión real y efectiva de la finca (STS de 9 de junio de 1955).

ción material congruente, pueda simbolizarse o fingirse documentalmente a efectos traditorios para la transmisión de la propiedad. Sólo esta interpretación, entendiendo en la misma forma la posesión invocada en los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473 del Código Civil, permite la explicación unitaria y coherente del precepto, y sólo ella hace posible su integración en el ordenamiento como norma establecedora de preferencias en la colisión de adquisiciones producidas de acuerdo con el sistema del título y el modo (16).

A la inteligencia anterior se opone otro sector doctrinal (17). La posesión a que se refiere el artículo 1473.3.º del Código Civil, se dice, puede ser tanto la material como la ficticia (*ficta possessio*), pues esta conclusión es la única que permite la teoría del título y el modo, fundamento necesario del papel atributivo asignado a la posesión en el precepto. Haciendo suya la argumentación de la STS de 25 de marzo de 1994 (18) pueden señalarse, además, dos alegaciones fundamentales. La primera, que el artículo 1473.3.º del Código Civil se refiere únicamente a la *posesión*, sin añadir real, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, hemos de considerarlas equivalentes a las de tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1.462 a 1.464 del Código Civil. La segunda, que el artículo 1462.2.º del Código Civil no hace distinciones ni salvedades, y es evidente que la tradición instrumental transmite la posesión «real», siempre que no se pruebe o se diga expresamente lo contrario. Ser primero en la pose-

(16) GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 206. Además, se dice —y yo no estoy de acuerdo—, que si se mantiene que el documento público equivale a la entrega, conforme al artículo 1462.2.º del Código Civil, se vendría a suplantarse el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1.473 del Código Civil, a saber, la antigüedad del título adquisitivo, pues siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. Por tanto, no habiendo posesión material, 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 ésta figure en escritura pública o documento público asimilado (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, págs. 850 y 865 y sigs.).

(17) Vid. ALBALADEJO («Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, págs. 888-889), y «no sólo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque es... el sentir del Tribunal Supremo», como se ve, por ejemplo, en las SSTs de 5 de noviembre de 1973 y 19 de noviembre de 1975; MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, XII, Madrid, 1921, págs. 175-176), RUBIO GARRIDO (*La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 107), etc.

(18) Explica también esta Resolución que en «todo caso, la posesión real no es equivalente a posesión o detentación material, como se ve en varias relaciones jurídicas contractuales (arrendamiento, depósito, precario, etc.)», y que las «distinciones que respecto de la posesión se hacen en los artículos 430, 431 y 432 del Código Civil... ponen de relieve la ambigüedad» de lo que sea «posesión real». La reciente SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de julio de 2005, manifiesta que si «bien en este punto no (hay) una posición unánime (son) predominantes en el terreno jurisprudencial y de la doctrina científica resoluciones y tesis que entienden que es suficiente la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil».

sión alude a cualquier modo de adquirir la posesión, sea de hecho o de derecho, sobre todo, en cuanto que en las transmisiones de inmuebles las formas espiritualizadas de tradición son, más que normales, indispensables. Además, no debe olvidarse que sólo la transmisión mediante escritura o documento público equivalente es la que transfiere el dominio y la acción real *erga omnes* sin necesidad de justificar la entrega material de la cosa vendida, no así cuando la base de la enajenación es un documento privado. La posesión que decide a quién pertenecerá la propiedad no puede ser sólo la material, porque dicha posesión únicamente puede resolver cuestiones posesorias, no de atribución de la propiedad, y porque, a diferencia de lo que sucede en sede de bienes muebles, tratándose de la adquisición de inmuebles no hay norma legal alguna que los atribuya por posesión real (19). Por todo ello, se concluye, la posesión derivada de la tradición instrumental (art. 1462.2.º CC) es apta, a falta de inscripción, para servir de criterio de preferencia en el supuesto de doble venta de inmuebles regulado por el artículo 1473.3.º del Código Civil y, en su caso, para demandar de desahucio al posterior ocupante material de la finca cuyo título se funde en documento privado, aunque éste sea de fecha anterior a la del documento público correspondiente.

B) *¿Es eficaz la tradición instrumental si el tradens no es poseedor del inmueble transmitido?*

Íntimamente conectada con la anterior surge la cuestión de qué sucede cuando en la transmisión documentada en escritura pública o documento público asimilado se comprueba que el transmitente no era poseedor real. La tradición instrumental, que puede valer como forma simbólica de entrega (ex art. 1462.2.º CC), podría quedar sin valor traditorio dominical si se constata la inexistencia o imposibilidad de la realidad simbolizada. Si, de acuerdo con el mecanismo ordinario de la adquisición derivativa del artículo 609 del Código Civil, el adquirente debía obtener del *tradens* la propiedad de la cosa mediante la entrega de su posesión, ¿nada tiene que decir el principio *nemo dat quod non habet* cuando dicho transmitente no puede entregar la posesión, por no tenerla? Voy a limitarme a apuntar someramente los más importantes intentos de solución que se han propuesto a esta controversia (20) y a decantarme por el que, a mi juicio, es preferible.

(19) RUBIO GARRIDO (*La doble venta...*, cit., págs. 106-108), para quien la primacía de esta forma de entrega «fiel a sus orígenes e ilesa ante los embates de la aceleración de la circulación jurídica es cabal precipitado *in subjecta materia* del principio añejo del título y modo».

(20) Siguiendo a GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 165 y sigs. Para este autor se trata de responder a la cuestión: «¿*Quid juris* cuando sin posesión, ni inmediata ni mediata, se

Para una primera posición doctrinal, la falta de posesión real en el *tradens* impide la transmisión dominical por defecto de modo o *traditio*. Las formas simbólicas o ficticias de tradición podrán valer en cuanto adelanten, representándola, una realidad que efectivamente va a producirse. Si esta realidad resultara imposible, ni valdría la tradición simbólica, ni la transmisión dominical se habría producido y ni siquiera su inscripción en el Registro de la Propiedad podría venir a salvarla. Esto último, porque en nuestro ordenamiento jurídico la inscripción no está llamada a hacer de *traditio* y porque en la transmisión nula por defecto de modo el adquirente es parte y no tercero protegible, sin olvidar que lo que suple el Registro es la falta de titularidad del inmediato causante, no su falta de posesión. El artículo 1462.2.º del Código Civil sienta la presunción *iuris tantum* de que la cosa se entiende entregada por el otorgamiento de la escritura pública o documento público asimilado, pero esta posesión *ficta* cede ante el hecho de estar un tercero poseyendo como dueño lo vendido y no el transmitente o ejecutado. En estos casos, se concluye, el adquirente o adjudicatario nada obtiene, pues el requisito general de la tradición quedaría totalmente destruido y, de admitir lo contrario, recaeríamos en el sistema de la adquisición de la propiedad por el solo consentimiento que con tanto empeño ha rehuido nuestro Código Civil (21).

Una segunda doctrina mantiene que la tradición por dueño no poseedor no es de por sí bastante para transmitir el dominio, pero que el principio de fe pública registral puede suplir tal insuficiencia en beneficio del adquirente inmediato de buena fe que cumpla los demás requisitos exigidos por el repetido artículo 34 LH. La falta de posesión real o efectiva por parte del *tradens*, titular inscrito, no ha de poder perjudicar al *accipiens* que adquiere confiado en que es verdad el contenido del Registro en cuanto publica un dominio completo y presume la posesión del titular registral (ex art. 38.2 LH). Es indiferente, pues, que el tercero hipotecario haya obtenido, o no, la tradición real. El título no inscrito, con tradición real o sin ella, no puede perjudicar al título inscrito al amparo de la fe pública registral, que, también con tradición o careciendo de tal, será eficaz frente a todos (22). En definitiva, sería

emplea alguna de las formas simbólicas o fingidas de tradición?». Prescindo intencionalmente de una primera orientación doctrinal que parte de la existencia de inscripción, por cuanto prefiero integrarla en el supuesto —más adecuado en este trabajo— del cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH.

(21) GULLÓN BALLESTEROS (*Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 28); PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER (en *Ennecerus*, III, 1, Barcelona, 1971, pág. 446); PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, III, 1, Barcelona, 1971, pág. 347), para quien sobre «el carácter de la tradición en nuestro Derecho es importante la sentencia de 18 de febrero de 1965..., que declara que su ámbito de aplicación se limita a los contratos traslativos de dominio y que además exige la preexistencia del dominio y posesión en quien hace la entrega», etc.

(22) Vid., entre otros, DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil*, III, cit., pág. 802), quien entiende que aunque el nuevo titular, al no haber recibido por *traditio*,

incongruente que la eficacia sanante de la fe pública registral, capaz de superar el defecto de titularidad del *tradens*, tuviera que detenerse, inoperante, ante la sola falta de posesión del mismo.

Una última propuesta doctrinal de solución sostiene que la tradición instrumental, en las condiciones previstas en el artículo 1462.2.º del Código Civil, vale por sí sola como modo o tradición que traspasa la propiedad al adquirente, sin que sea obstáculo que el *tradens* no posea ni siquiera mediatemente y sin que sea preciso el juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. Careciendo el transmitente de toda forma de posesión, se dice, constituirá un caso de *traditio ficta* que, como fingida, no supone entrega efectiva de la posesión, pero, como medio de *traditio* legalmente admitido, vale para transferir válidamente el derecho de propiedad (23). Esta orientación añade que la propia ley cuenta con la eficaz transmisión del dueño no poseedor real: el artículo 36 LH, que entiende ser posible transmitir la propiedad de un bien inmueble mientras persona distinta del vendedor tiene su posesión jurídica total *ad interdicta* y *ad usucapionem*. A mi juicio, habría que inclinarse por esta última doctrina, pues en ella, respetándose en su esencia la teoría del título y el modo, y conjugándose con nuestro sistema registral de inscripción publicadora, se da explicación adecuada al dato legal suministrado por el citado artículo 36 LH. En efecto, la *traditio* puede y debería considerarse como medio para la obtención de lo que constituye la esencia del derecho real: el poder inmediato en la cosa, en su contraposición al solo derecho de crédito a exigirlo. Vista así la entrega, se comprende perfectamente que el otorgamiento de escritura pública pueda equivaler a ella: la escritura pública o documento público asimilado, al dar fe de la titularidad del comprador, pone el derecho de

no ha llegado a ser propietario, si «está protegido por el artículo 34 LH, su adquisición se consolida, sin *traditio*, siempre que él inscriba»; MONTES PENADÉS (*op. cit.*, pág. 113), para quien la «falta de posesión en el *tradens* conducirá a una cuestión que se ha de resolver según el adquirente esté o no protegido por el artículo 34 LH. Si lo está, y ha inscrito, la adquisición se consolida, aun sin *traditio*», etc.

(23) Así, ALBALADEJO (*Derecho Civil*, III, 1.º, Madrid, 1976, pág. 161), quien manifiesta que aunque el transmitente «no posea ni como hecho ni como derecho, sí es posible la tradición instrumental por la que no se traspasa posesión alguna pero sí se transfiere la propiedad»; GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*op. cit.*, págs. 117-118), etc. Por su parte, LACRUZ (*Inscripción y tradición...*, cit., págs. 10 y 12), dice que la «tradición instrumental del artículo 1.462, previa forzosamente a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisivo sin necesidad de posesión en el *tradens*», pues el legislador, aunque para la adquisición de la propiedad requiere la tradición, la ha desvinculado en alguna de sus formas «de toda relación posesoria, convirtiéndola en un acto destinado exclusivamente a atribuir el dominio», como ocurre en el caso del artículo 1462.2.º del Código Civil. Para el Derecho alemán, MARTÍNEZ VELENCOSO («La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la “Vormerkung”», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, pág. 667), recuerda que la «transmisión de la posesión, para los bienes inmuebles, no es uno de los presupuestos necesarios para la transmisión de la propiedad».

éste a su entera disposición, y ello le permite hacerlo valer *erga omnes*, como dueño ya actual y efectivo (24).

III. LA CONCURRENCIA DE TÍTULO Y MODO EN LAS VENTAS JUDICIALES INMOBILIARIAS

Como quiera que la adquisición de la propiedad en nuestro Derecho requiere la concurrencia necesaria de los presupuestos de título y modo, surge la trascendental cuestión del cumplimiento de dichos requisitos —indispensables para la consumación (ex arts. 609 y 1.095 del CC)—, en las adjudicaciones derivadas de ventas en subasta judicial. En este punto existen dos posturas encontradas —y, lo que es peor, utilizadas indistintamente— dentro del Tribunal Supremo (25).

1. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL CLÁSICO DE LA NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA (O TESTIMONIO EN LA ACTUALIDAD)

Esta posición jurisprudencial (26) se funda en que, en el supuesto de subasta judicial de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al

(24) GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 179. La reciente RDGRN, de 8 de septiembre de 2005, recoge esta orientación cuando afirma que la «escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega» de la posesión efectiva. Es más, la RDGRN de 22 de noviembre de 2004 negó la inscripción, conforme al artículo 5 LH —que impide la constancia registral de los títulos relativos a la sola posesión—, de una escritura pública en la que quien se decía poseedor real de unas fincas transmitía su posesión inmediata a sus verdaderos propietarios a cambio de una contraprestación.

(25) Vid. VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2002», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, pág. 185 y sigs.

(26) Sustentada ya por las antiquísimas SSTs de 5 de enero de 1899 y 7 de octubre de 1903, y continuada, entre otras, por las de 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero y 1 de abril de 1960, 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 1 de septiembre de 1997 («la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462.2.º del Código Civil»), 6 de abril y 29 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000, 4 de abril y 10 de julio de 2002. Respecto de las Audiencias Provinciales, pueden citarse, entre las más recientes, las SSAP de Orense, de 21 de enero de 2000; Cantabria, de 15 de junio de 2000; Ávila, de 5 de octubre de 2001; Asturias, de 28 de junio de 2003; Almería, de 25 de julio de 2003; Murcia, de 24 de julio, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 2003; Barcelona, de 2 de marzo y 29 de julio de 2004, y Murcia, de 17 de enero de 2006. En la doctrina, vid., por ejemplo, CORDÓN MORENO, «Comentarios al

perfeccionamiento de la operación, al título, en tanto que la escritura pública (hoy testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial) —que confiere la posesión civilísima por *traditio ficta*—, sería el modo, es decir, la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. Se distinguen, pues, en el negocio jurídico de compraventa judicial, dos distintos momentos jurídicos, el de perfección y el de consumación. La subasta supone una oferta en «venta» que se perfecciona cuando existe conformidad en la cosa y en el precio (ex art. 1.445 CC), esto es, con la aprobación del remate, produciéndose la tradición instrumental con la plasmación de la enajenación en un documento público. Así, la aprobación del remate y la consignación del precio constituiría, a lo más, el título creador de la obligación de entrega de la cosa, pero no la tradición de ésta, que no se produce sino mediante una *traditio ficta* instrumental, una posesión civilísima o por ministerio de la ley, que antes exigía una escritura notarial y ahora un testimonio expedido por el Secretario Judicial (27). En efecto, se considera título bastante para la inscripción de la adquisición «*el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate..., y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria*» (ex antiguo art. 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC— y actual 674.1.º) (28). Por ende, la entrega del testimonio del auto de adjudicación al rematante o cesionario del remate constituye una forma espiritualizada de posesión análoga al otorgamiento de la escritura pública ex artículo 1462.2.º del Código Civil.

Ciertamente, podría haberse llegado a otra conclusión para este caso de enajenaciones judiciales, habida cuenta que el otorgamiento de la escritura pública por quien es el dueño de los bienes, a favor de otro que desea comprar, puede suponer un acto consensual de entrega de la posesión avalada por el carácter público del acto, atendido que se trata de un negocio jurídico voluntario, mientras que en el supuesto de subasta pública en la vía de apremio, negocio jurídico forzoso, es más que discutible la posibilidad de presumir la intención traslativa, en cuyo caso la transmisión de propiedad sólo

artículo 674», en CORDÓN MORENO y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Pamplona, 2001, págs. 483 y 484.

(27) La reciente SAP de Murcia, de 17 de enero de 2006, defiende que la venta judicial regulada por la nueva LEC «se perfecciona por la aprobación del remate y se produce la tradición simbólica del citado artículo 1.462, y, por tanto, la consumación, con la expedición del testimonio por el Secretario, del auto de aprobación del remate y demás requisitos» (STS de 29 de julio de 1999).

(28) Como admite la RDGRN de 20 de octubre de 2005, el legislador reconoce expresamente la competencia que en orden a la adopción de fe de los actos procesales corresponde a los secretarios judiciales, y ello para satisfacer «suficientemente las exigencias formales del artículo 3 LH».

podría hacerse efectiva mediante la entrega real y efectiva de la posesión de los bienes al adjudicatario, conforme al artículo 609 del Código Civil. Sin embargo, esta línea jurisprudencial considera que la propiedad se entiende transmitida con la tradición espiritual que implica la entrega del testimonio del auto de adjudicación. Ni siquiera la modificación legal introducida, que elimina la escritura pública y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo —con las circunstancias que expresa— en título bastante para la inscripción registral, significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema adquisitivo del título y el modo, pues sigue siendo esencial el momento en el que el adquirente entra en la posesión civilísima del inmueble, lo que sucede con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos. Por ello, como para fijar el *dies a quo* se elige el acto de consumación —cuando la cosa pasa a poder del rematante—, en vez del acto de perfeccionamiento —coincidencia de voluntades—, la tercería de dominio sólo puede interponerse hasta el momento en que el Secretario Judicial expide el testimonio que ha sustituido a la escritura pública (29).

Es cierto que ninguna sentencia del Alto Tribunal afirma que el auto de aprobación del remate deba ser firme. No obstante, la entrega del testimonio ha de tener lugar conforme al artículo 674 LEC, es decir, contando con el visto bueno del Juez, comprensivo del auto de aprobación del remate y en el que se exprese que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria. Además, el artículo 3 LH impone la firmeza de la resolución judicial para ser considerada un título apto para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es por tanto que el testimonio sólo se entrega cuando el auto de aprobación del remate es firme y así debe constar para que el mismo pueda ser inscrito. La entrega del testimonio del auto al que la jurisprudencia anuda la *traditio* ha de reunir los requisitos antes citados, esto es, debe ser un título suficiente para la inscripción como lo es la escritura pública y no un documento meramente privado (30).

(29) La STS de 5 de enero de 1899 ya expresaba claramente que la tercería «de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante; por manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, que según el artículo mil cuatrocientos sesenta y dos del Código Civil equivale a la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta; por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de la irrevocabilidad de la venta una vez celebrado el remate».

(30) SAP de Barcelona, de 2 de marzo de 2004. «Resulta por ello indiferente —sigue diciendo de forma confusa esta sentencia— que procesalmente las resoluciones judiciales sean o no ejecutivas con independencia de los recursos que puedan interponerse y también

De otra parte, para alguna sentencia perteneciente a este criterio jurisprudencial —por ejemplo, la STS de 29 de julio de 1999—, ni siquiera valdría como modo la entrega material de la finca al rematante que, aun habiendo abonado íntegramente el precio y realizado actos dominicales inequívocos —arriendos y aportación a una sociedad de la finca en cuestión—, no llegó a formalizar la enajenación forzosa en escritura pública —hoy testimonio del auto de adjudicación—. La razón de esta postura es que al ser la subasta judicial un negocio jurídico formal, donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad —de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades—, no cabe «asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil. No vale, en suma, como modo, la posesión que no se otorgó conforme a las formalidades exigibles, ni según título, sin aptitud, para producir la inscripción registral».

2. LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL MODERNA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL DEL REMATE Y LA ADJUDICACIÓN AL REMATANTE

Esta segunda posición jurisprudencial (31), partiendo también de la necesidad de que concurren título y modo para la adquisición del dominio en la subasta pública judicial, sostiene que la consumación de la venta judicial se produce con la aprobación por el Juez del remate —título— y la subsiguiente adjudicación al rematante o al cesionario del remate de la finca subastada —modo—, pues dicha adjudicación tiene carácter de tradición simbólica *fic-*

que la inscripción registral sea voluntaria o facultativa en nuestro derecho, pues lo que aquí (es fundamental es)... la entrega del testimonio... que supone la firmeza del auto de adjudicación».

(31) Mantenido, entre otras, por las SSTs de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 1 de julio de 1991 («para determinar la adjudicación definitiva debe tenerse en cuenta el día de la venta judicial, momento en que hay que entender transmitida la propiedad»), 11 de julio de 1992, 10 de junio de 1994, 8 de junio de 1995, 13 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999, 14 de octubre de 2002 y 7 de diciembre de 2005 («con la aprobación del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato —venta judicial—, pues a la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno en atribuirle el carácter de tradición»). En las Audiencias Provinciales, recientemente, las SSAP de Sevilla, de 3 de mayo de 2003; Málaga, de 9 de octubre de 2003 («la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión»); Valencia, de 4 de noviembre de 2003 y 16 de febrero de 2004; Burgos, de 29 de septiembre de 2004; Sevilla, de 30 de septiembre de 2004; Barcelona, de 24 de noviembre de 2004, y Madrid, de 15 de marzo de 2005.

ta, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil (32). De manera que, consumada ya la venta judicial —por concurrencia de título y modo—, el posterior otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial, aunque pueda ser imprescindible para que la adquisición acceda al Registro de la Propiedad, no será necesario para que concurra el requisito de la tradición instrumental del artículo 1462.2.º del Código Civil. Como resume la STS de 13 de octubre de 1998, el «problema jurídico planteado ha sido ya resuelto por esta Sala en sentencias que especifican el valor del remate del pago del precio respecto de los bienes enajenados en subasta judicial pública y su eficacia sobre transmisión de titularidad dominical, aun antes de la expedición del testimonio que sirve para la inscripción».

En fin, el único acto que reúne los presupuestos para considerarlo como transmisivo de la propiedad es el auto de aprobación del remate. El testimonio del auto no es más que la copia del auto redactada por el Secretario Judicial, de manera que la fuerza transmisiva descansa en la decisión judicial y no en el testimonio que se pueda expedir de dicha resolución. Eso sí, mientras el adjudicatario no reciba el testimonio del auto, no va a tener un documento público con el que acreditar su adquisición (ex art. 3 LH) y por ello no va a poder inscribir la adjudicación en el Registro de la Propiedad. Cuestión distinta es que el artículo 674 LEC, cuando se refiere al testimonio inscribible en el Registro, establece que el mismo debe ser comprensivo no sólo del auto de aprobación del remate sino también de la circunstancia de haberse consignado el precio. Pero ello no implica que la transmisión dominical se produzca por la expedición del testimonio del auto, sino que los efectos transmisivos del auto se condicionan a la susodicha consignación del precio. Lo contrario supondría considerar que una vez el Juez dicte el auto, todavía se pudiera interponer la tercera de dominio si el adquirente no hubiera retirado su copia del mismo, mientras que si ya se le hubiese entregado no (33).

(32) Y si bien en este primer momento aún no fuera dicha resolución firme —cosa juzgada formal que, por otra parte, tampoco parece ser exigida conforme a esta tesis— para entender consumada la venta, lógicamente la misma siempre habrá de entenderse producida a partir de la preclusión de la posibilidad de interponer cualesquiera recursos contra el citado auto conforme a la norma procesal civil, operando así la denominada «firmeza por consentimiento» o *ipso iure* (MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, Valencia, 2002, pág. 412; cit. por la SAP de Burgos de 29 de septiembre de 2004).

(33) Lo «que haciendo una comparación, sería similar a pensar que si los contratantes han acudido al notario para otorgar escritura pública, pero el adquirente no ha retirado aún su copia, todavía no es propietario» (NAVARRO CASTRO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 60, 2002, pág. 982).

En conclusión, el momento en el que se produce la transmisión de la propiedad del inmueble es el del auto de aprobación del remate o de adjudicación y no el momento en el que se expide el testimonio del mismo. Con el auto se pueden entender cumplidos los requisitos que, según la legislación civil, son necesarios para la transmisión de los derechos reales (ex art. 609 CC), pero no tanto porque el auto sea una forma de tradición, sino porque al igual que el Juez sustituye el consentimiento del ejecutado también reemplaza la voluntad de entrega de la cosa por parte de éste. Por tanto, a efectos transmisivos reales, puede considerarse ya efectuada la entrega de la propiedad del inmueble correspondiente (34). Por eso, puede decirse que el adquirente por subasta judicial se convierte en ese momento en propietario e, incluso, en poseedor mediato.

Esta nueva postura jurisprudencial se considera a sí misma como un «proceso evolutivo» actual frente a un cuerpo de sentencias antiguas, pero, obviamente, olvida —y aquí está el problema— que no se trata de un proceso cerrado, pues todavía existen resoluciones judiciales recientes que siguen manteniendo la que he denominado tesis clásica (35), de modo que, ni remotamente, el problema jurídico planteado se halla resuelto.

3. MI PROPUESTA: LA TESIS ECLÉCTICA

No seré yo quien niegue, de entrada, la virtualidad de la línea jurisprudencial que he llamado clásica, pues, como pone de manifiesto alguna sentencia (36), «obedece a una larga tradición legal que recoge (con antigüedad de unos doscientos años) *Jordán de Asso*, citando preceptos de la Nueva Recopilación y párrafos de la *Curia Philipica*». En efecto, el cumplimiento de la teoría del título y el modo del artículo 609 del Código Civil en

(34) La SAP de Sevilla, de 30 de septiembre de 2004, explica que la nueva «jurisprudencia permite afirmar que actualmente no sea dudoso que el título y el modo, requisitos ambos para adquirir el dominio, en los casos de subastas judiciales opera mediante el acto de la subasta y la aprobación del remate, siendo el auto de adjudicación, mediante testimonio del mismo, un mero requisito para la inscripción registral..., como formalismo necesario y a los solos efectos de su acceso al Registro de la Propiedad».

(35) Como, por ejemplo, las SSTs de 4 de abril y 10 de julio de 2002 y, respecto de las Audiencias Provinciales, las SSAP de Asturias, de 28 de junio de 2003; Almería, de 25 de julio de 2003; Murcia, de 24 de julio, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 2003 (si la transmisión «se hace por Auto de adjudicación en subasta judicial, ésta es la perfección, pero la consumación se produce por la entrega a la parte del testimonio del Auto»); Barcelona, de 2 de marzo y 29 de julio de 2004, y Murcia, de 17 de enero de 2006.

(36) STS de 29 de julio de 1999. En «cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aun después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago, ni dado posesión de bienes, se ha de admitir la oposición de tercer opositor, que viene pretendiendo el dominio de los bienes ejecutados» (JORDÁN DE ASSO, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, Primer Tomo, año 1786, pág. 331).

las ventas en pública subasta exige, junto a la justa causa de la adquisición —la aprobación del remate—, un traspaso posesorio, aunque sea ficticio o simbólico, que produzca la efectiva adquisición del dominio sobre el inmueble ejecutado, como era el otorgamiento de escritura pública y hoy la expedición de testimonio del auto de aprobación del remate (ex art. 1462.2.º CC).

La simple adjudicación al rematante de la finca subastada, por mucho que se quiera espiritualizar la *traditio* y se proclame la existencia de un *numerus apertus* en las formas ficticias de tradición de los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil —como hace la segunda tesis comentada—, si no lleva aparejada la toma de posesión, no equivale a la entrega, al modo, como tampoco ocurriría, por ejemplo, en el caso de que varios compradores, que aún no tienen la posesión real o *ficta* de la cosa adquirida en común, se limitaran a concretar la parte específica correspondiente a cada uno.

Por tanto, en línea de principio, la tesis clásica es la que mejor responde a las exigencias de la repetida doctrina del título —aprobación del remate— y el modo —testimonio del auto de aprobación del remate— que rige en nuestro sistema de adquisición de bienes a tenor de los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Ahora bien, a mi modo de ver, lo que no puede hacerse es exagerar o desvirtuar los presupuestos legales. La tradición ficticia es una mera formalidad que hace las veces de entrega sin que sea necesaria la material o real, pero si existe una verdadera entrega judicial de la posesión, eso sí, previa aprobación del remate y adjudicación de la finca al rematante, ya habría, desde este momento —y sin esperar al testimonio del auto— plena consumación de la venta judicial (37). Estoy de acuerdo en que no pueden asimilarse completamente —sin que sea posible una analogía total ex art. 4 del Código Civil— el negocio jurídico privado de compraventa y el de venta forzosa en subasta pública, y que ésta requiere, por imperativo del principio de legalidad, el cumplimiento estricto de los preceptos legales que la regulan. No obstante, no creo que el carácter de negocio jurídico formal de la venta judicial pueda llevarse al extremo de que la posesión material concedida por el Juez —si lo considerara oportuno, eso sí, recalco, aprobado el remate y adjudicada la finca—, tenga menos virtualidad que la ficticia derivada hoy del otorgamiento del testimonio por el Secretario Judicial (38). El hecho de

(37) Parafraseando al maestro CASTÁN (*Derecho Civil*, I, Madrid, 1941, págs. 404-405), la innegable virtualidad del artículo 1462.2.º del Código Civil «no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que» ya se obtuvo la posesión material del inmueble litigioso, en cuyo caso ya no es precisa «la presunción de la tradición *ficta*».

(38) Obsérvese que, puestos a ser rigurosos, también la compraventa voluntaria de inmuebles sería un negocio formal si atendemos al tenor literal del artículo 1280.1.º del Código Civil —deberá «constar en documento público» dice—, y, sin embargo, la tradición real, o sea, la consumación material de la venta, puede preceder al otorgamiento de la escritura pública. Advierte GORDILLO CAÑAS (*op. cit.*, pág. 124), que el «concepto *forma*

que el artículo 675.º LEC (39) —regulador de la entrega judicial de la posesión del inmueble adjudicado— se encuentre después del precepto que regula el otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate (art. 674 LEC) no puede impedir, a mi juicio, que el Juez acceda a poner al ejecutante en posesión real de los bienes, antes del indicado otorgamiento de título público, en supuestos justificados como, por ejemplo, el de adquisición de finca que se va a destinar a vivienda habitual del adjudicatario que habita una casa ruinosa, prestándose por éste, por supuesto, las oportunas garantías —depósito suficiente, etc.— mientras, v.g., no obtiene el adecuado crédito hipotecario «*para atender el pago del precio del remate*» (art. 674.1.º LEC).

Otra hipótesis de previa posesión del rematante podría tener lugar cuando el Juez le concediera, en cualquier momento del procedimiento de apremio, la administración de la finca embargada «*para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución*» (ex art. 676 y sigs. de la LEC). Conforme al artículo 676.2.º LEC, la consecuencia inmediata de esta «*administración para pago*» es la puesta en posesión del bien embargado a favor del administrador-ejecutante, posesión, obviamente, en concepto distinto al de dueño. Si el administrador no ve satisfecho convenientemente su crédito a través de este medio de realización puede solicitar la venta judicial del inmueble en pública subasta. En este supuesto, aunque del artículo 680.3.º LEC parece deducirse la previa finalización de la administración —precediéndole, a su vez, rendición de cuentas del administrador—, entiendo que el Juez, en interés de la apropiada conservación del inmueble embargado y, por ende, en interés del buen fin del procedimiento ejecutivo, podría mantener al administrador —de acreditada competencia— en la mencionada posesión durante la tramitación del proceso. De esta manera, tendría lugar, desde la aprobación del remate y la adjudicación del inmueble al propio administrador-poseedor —momento en el que se produciría la interversión

se mueve en el campo del acto jurídico y hace referencia al revestimiento de la voluntad en el momento de su declaración», y que la «entrega o *traditio* cumple dos funciones distintas: por una parte —y esto a la perfección y en todo caso— proporciona a quien recibe la cosa el poder inmediato y directo en la misma; por otra —y ahora ya no siempre con igual rigor ni elocuencia—, en cuanto le constituye en poseedor, actúa en su favor como instrumento publicador, natural y rudimentario, del derecho que ha adquirido».

(39) Que dice: «1. *Si el adquirente lo solicitara, se le pondrá en posesión del inmueble que no se hallare ocupado.* 2. *Si el inmueble estuviera ocupado, se procederá de inmediato al lanzamiento cuando el tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él...*». La SAP de Barcelona, de 2 de marzo de 2004, indica que, ciertamente, «el artículo 675 de la LEC como el anterior artículo 1.515 no imponen la posesión (material) al adjudicatario, pues para que el juzgado actúe debe pedirse o solicitarse su actuación, pero sí resulta claro de su contenido que si el adjudicatario desea tomar posesión de los bienes existiendo poseedores que se oponen a ello ha de acudir al juzgado para que disponga lo necesario».

posesoria y ya poseería en concepto de dueño—, una traditio *brevi manu* por tener la finca «ya en su poder por algún otro motivo» (ex art. 1.463, último inciso, CC). Por todo ello, sería mejor defender que el otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate será título bastante e imprescindible para inscribir (ex art. 674 LEC) y, de no tener el rematante la anterior posesión material de la finca, equivaldría a una tradición simbólica o ficticia que consumaría la venta (ex art. 1462.2.º CC). Si el rematante tenía ya la posesión material de la finca, por causa justificada, no veo razón, repito, para que no se considere producida la definitiva consumación de la venta judicial desde el auto de aprobación y adjudicación.

Así, surgiría una tesis intermedia o ecléctica que podría explicarse así: en las ventas judiciales en pública subasta, el cumplimiento de la doctrina del título y el modo exige hoy la aprobación del remate y adjudicación y entrega de la finca al rematante, bien materialmente, bien instrumentalmente mediante la expedición del testimonio del auto de adjudicación por el Secretario Judicial. En esta línea estaría, por ejemplo, la STS de 27 de septiembre de 1996, que consideró cumplidos los presupuestos de título y modo en el rematante por haber hecho efectivo el pago del precio del remate y haber entrado en la posesión material de la finca subastada. En concreto, la subasta judicial se celebró el 16 de julio de 1982 y el 23 de ese mismo mes se hizo efectivo el resto del precio, entrando el rematante en la posesión material y pacífica de la finca —por no existir ocupantes de la misma ni oposición del ejecutado— y realizando «diversos actos dominicales» —obras de diversa índole, arriendos, pago de los gastos de comunidad, etc.—, si bien no otorgó escritura pública de compraventa hasta cuatro años después —marzo de 1986—. Como ya existía modo real no hacía falta, lógicamente, el instrumental derivado del otorgamiento de escritura pública o testimonio a los efectos de la consumación de la venta judicial, aunque sí para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

IV. ¿CUÁL ES LA VERDADERA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS DISTINTAS FORMAS DE RESOLVER ESTA CONTROVERSIA JURISPRUDENCIAL?

1. TRASCENDENCIA ESENCIAL APARENTE: EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Para la línea jurisprudencial que he llamado clásica (40), partiendo de que el momento esencial en el que debe apreciarse la buena fe del artícu-

(40) Concretamente, la STS de 23 de diciembre de 1992 resolvió que no «es tercero protegido hipotecariamente el adquirente que tuviese un perfecto conocimiento de las con-

lo 34 LH es el de la consumación de la adquisición —el de la concurrencia de los presupuestos de título y modo—, es razonable que si el rematante —aunque tuviera la posesión material de la finca subastada a título de dueño—, no cumplió a rajatabla los preceptos legales que regulan el procedimiento para la toma de posesión y adquisición en forma del bien subastado —esto es, si no se otorgó testimonio del auto de adjudicación—, o antes de la estricta observancia de estas normas tuvo o pudo tener conocimiento de la inexactitud registral —o sea, de que el ejecutado no era el verdadero propietario o de que existía alguna anotación de derechos a favor de tercero—, dicho rematante no estaría amparado legalmente. En efecto, al faltarle el presupuesto básico de la buena fe, no tendría la condición de tercero protegido, por lo que no podría acogerse a la salvaguarda que el Registro de la Propiedad confiere, quedando sujeto a las reclamaciones de personas con mejor derecho —v.g., procedimientos de apremio por juicio ejecutivo, tercerías de dominio, acciones reivindicatorias, etc.—. En otro caso, el rematante de buena fe —cuya adquisición se produjo por la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate— quedaría favorecido definitivamente, sin que pudiera alegarse que no tiene la posesión material o de hecho de la finca litigiosa porque el vendedor (o ejecutado) tampoco la tenía o por la retención de la posesión material por el primitivo poseedor, pues el testimonio del auto de adjudicación supone una efectiva tradición instrumental (ex art. 1462.2.º CC); y sin que, por lo demás, quepa olvidar la posible existencia de la inscripción registral en favor del rematante o cesionario del remate como refuerzo de la concurrencia de la *traditio ficta* instrumental (41).

Igualmente, para el criterio jurisprudencial moderno, si, en la enajenación de bienes inmuebles en subasta judicial pública, el ulterior rematante conoce la inexactitud registral antes del otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación, pero después de la efectiva consumación de la venta forzosa producida por la aprobación judicial del remate —título— y la adjudicación y consignación del precio de la finca subastada —modo—, quedará protegido definitivamente en su titularidad dominical por considerarse tercero hipotecario del artículo 34 LH, esto es, adquirente de buena fe y a título oneroso de aquél que según el Registro podía transmitir válidamente su dominio.

Por tanto, el argumento en el que coinciden las diversas sentencias incardinadas en las dos posiciones jurisprudenciales sobre la concurrencia de tí-

diciones en que hubo de verificar la adquisición aunque éstas no resulten del Registro, conocimiento que ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble», que, en su caso, será «aquel en que se efectúa la *traditio ficta* por el otorgamiento de la escritura pública», a tenor del artículo 1462.2.º del Código Civil.

(41) SSTs, entre otras, de 8 de mayo de 1982, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984, 7 de febrero de 1985, 18 de mayo de 1994, 29 de mayo y 9 de octubre de 1997, 14 de diciembre de 1998, 22 de diciembre de 2000, 4 de abril de 2002, etc.

tulo y modo en las ventas judiciales es el siguiente: mientras no se produce el tránsito del derecho de crédito al derecho real, sigue teniendo trascendencia, a los efectos de la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, el conocimiento que el tercero alcance del defecto del título de su transmitente. Una vez que se produce tal tránsito —por el auto de adjudicación o por el testimonio del mismo—, esto es, una vez que ingresa el derecho real en el patrimonio del segundo adjudicatario como resultado de la teoría del título y el modo del artículo 609 del Código Civil, ya resulta irrelevante jurídicamente que llegue a tener noticia de esa inexactitud registral, pues se trata de un tercero adquirente a título oneroso de aquel que según el Registro podía transmitir el dominio, adquisición que, al momento de su consumación, era de buena fe (STS de 14 de octubre de 2002).

En todo caso, y ya se sostenga una línea jurisprudencial u otra, se concluye que la buena fe del tercero debe existir en el momento de la consumación del negocio adquisitivo forzoso, sin que tenga que mantenerse hasta el instante mismo de la inscripción de la adjudicación en el Registro de la Propiedad (42). Esta inteligencia se deriva también del propio artículo 34 LH, en cuanto que la fe pública registral se aplica al «tercero que de buena fe adquiera...», y es este el momento —adquisición o consumación— primordial para la concurrencia de la buena fe, pues, en nuestro Derecho, la adquisición de la propiedad se produce y consume extra-registralmente según el sistema transmisivo del título y el modo del artículo 609 del Código Civil. El Registro se hace eco de una mutación jurídico-real ya operada, pues la adquisición del derecho dominical se verifica al margen de aquél. Cuando el artículo 34 LH habla de mantener en su adquisición a quien haya inscrito su derecho, presupone que la transformación jurídico-real ya ha tenido lugar, es decir, que el derecho ha ingresado previamente en el patrimonio de quien ahora solicita la inscripción en el Registro, al haber sido parte, en este caso, en un negocio traslativo de dominio que ya se ha consumado mediante la entrega real o ficticia. Así, habrá de ser el momento de la tradición, y no el instante en el que se accede al Registro de la Propiedad, el decisivo para calibrar la buena fe del rematante. Porque fue entonces, en el instante consumatorio, cuando se dejó de ostentar un derecho de crédito y se pasó a ser titular de un derecho real concluyendo el proceso adquisitivo. Por ello, el conocimiento de la existencia de una venta anterior después de consumada la adquisición y antes de proceder a inscribir, no destruye la buena fe inicial en

(42) Como declaró la STS de 22 de abril de 1994 (confirmada, entre otras, por la STS de 23 de septiembre de 2004), la protección del artículo 34 LH al tercero hipotecario «exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente». La STS de 5 de diciembre de 2002 distingue: la adquisición es el momento «decisivo para la buena fe», y la inscripción «para la condición de tercero hipotecario».

virtud del principio general de que *mala fides superveniens non nocet*. Exigir la buena fe en el momento de la inscripción significaría para el tercero hipotecario, en detrimento del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, abandonar su suerte a la incierta diligencia del primer adquirente, en cuanto que si éste inscribiera previamente evitaría la irrefragable adquisición del tercero. En definitiva, el momento de adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición —auto o testimonio del mismo— a favor del tercero de buena fe, y no el de la inscripción, de modo que ésta no hace más que cerrar el círculo de presupuestos necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más (43); esto es, la posible existencia de la inscripción registral en favor del rematante o cesionario del remate es sólo un refuerzo de la concurrencia de la *traditio ficta* instrumental (ex art. 1462.2.º CC) decisiva para consumar el negocio jurídico forzoso.

A mi juicio, la inteligencia anterior debe rechazarse en esta sede de doble venta judicial de inmuebles registrados, cuando entra en juego el principio de fe pública registral. Así, siendo dicho postulado un efecto favorable derivado de la inscripción, el artículo 34 LH requiere, como requisito *sine qua non*, la inscripción de la adquisición para la completa protección del adquirente, inscripción que necesitará la documentación legalmente establecida para cada caso. El tercero hipotecario adquiere de modo absoluto e inatacable por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene en cierto sentido constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro de la Propiedad (44). En realidad, en la adquisición registral *a non domino*, la inscripción actúa sanando o supliendo las carencias de un proceso adquisitivo irregular o deficiente por falta de propiedad extrarregistral del *tradens*. En la hipótesis del artículo 34 LH la toma de razón registral es necesaria para justificar la sanación legal de una adquisición regida por el sistema del título y el modo (ex art. 609 CC), en la que, por tanto, se ha exigido el soporte de un título transmisivo válido seguido de la imprescindible tradición, aun sim-

(43) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Fundamentos de la publicidad registral», en *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1995, pág. 391. Cfr., en la misma línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia de 26 de febrero de 1949», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, págs. 1241 y sigs.), LACRUZ y SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, págs. 231-232), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», en *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1999, pág. 556), etc.

(44) La SAP de Alicante, de 31 de enero de 2002, por ejemplo, negó la condición de terceros hipotecarios a los cesionarios de un remate, entre otras razones porque no habían procedido a inscribir su título de adquisición. Para algunos, incluso, la «inscripción tiene eficacia constitutiva, cuando, careciendo el titular inscrito del derecho aparentado por la inscripción (Registro inexacto), adquiere de él un tercero protegido por el principio de fe pública registral» (GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1987, págs. 93-94). En el mismo sentido, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pág. 612.

bólica, pero en la que hay que suplir el defecto de titularidad o de poder dispositivo del transmitente. Tratándose de doble venta de inmuebles inscritos, en el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional del título y el modo y la necesidad de la tradición; pero en el instante de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor si no constitutivo, sí de prevalencia, pero que juega con independencia de la adquisición ya consumada (45). Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para hacer inatacable el dominio de fincas inscritas respecto de un tercero registral que aún no ha inscrito su derecho en el Registro. Por ello, la protección del artículo 34 LH sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario, de modo que la inscripción interviene colaborando en la adquisición de buena fe dándole una efectividad que sin ella no habría obtenido. La absolutividad o eficacia *erga omnes* irreivindicable de los derechos reales adquiridos ex artículo 34 LH exige su publicidad, su inscripción, como medio fáctico para conseguir esa virtualidad oponible. Una adquisición *a non domino* según el Registro requiere, pues, la inscripción del título del adquirente, por lo que el momento decisivo de la adquisición no es el de la concurrencia de título y modo según el artículo 609 del Código Civil, sino el de la inscripción (46).

De esta manera, y en cuanto que ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que haya sido inscrito en el registro público, realizada la inscripción, se evita que puedan surgir nuevos terceros hipotecarios que adquieran, confiando en el Registro, del que anteriormente figuraba como titular registral; y, asimismo, quedan privadas definitivamente de efectividad las transmisiones intermedias del inmueble que, debiendo o pudiendo haber sido inscritas, no accedieron al

(45) DE LA RICA (*Dualidad...*, cit., pág. 642), más terminante, declara que la «anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y los derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria».

(46) Así, recuérdese que la STS de 4 de marzo de 1988 indica que existiendo «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». Por ello, GORDILLO CAÑAS («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2002», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, págs. 854-855), defiende que la buena fe debe mantenerse hasta el momento de la inscripción, pues el artículo 34 LH consagra no «una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción, sin ser por ello constitutiva al modo germánico, es requisito —uno más— del complejo presupuesto convalidador de la adquisición».

Registro. La mera adquisición por el sistema de título y modo no garantiza al adquirente la plena oponibilidad de sus derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior, al no disponer los terceros de mecanismos para conocer y respetar la nueva situación jurídica producida, generándose así clandestinidad e incertidumbre social respecto de la titularidad de los derechos reales (47). En estos casos, deberá ser el Registro el llamado a eliminar cualquier riesgo, es decir, frente al problema de la colisión de derechos existente, el Derecho Registral deberá resolver esta controversia mediante su intervención, estableciendo de manera objetiva la primacía de uno de los derechos concurrentes. Aquí, pues, resulta imprescindible la publicidad de los derechos de propiedad a través del Registro de la Propiedad, constituyendo éste la mejor prueba de propiedad, sin que ello lo convierta en constitutivo de derechos. Al prevalecer la posición de quien inscribe de buena fe, a pesar de que existieran adquirentes anteriores, se premia la diligencia de quien evita que persista una apariencia engañosa, continuando el bien inscrito en el Registro en favor del *tradens* cuando, en realidad, se han verificado transmisiones que no han trascendido a los folios registrales y convirtieron en dueños a otros, menos diligentes, que no solicitaron a tiempo la inscripción. El sistema registral, en consideración a la eficacia de la publicidad registral, opta por la protección del tercero hipotecario que inscribe, respecto del cual las demás ventas resultarán ineficaces, por lo que, en un sentido operativo, la inscripción refuerza su modo adquisitivo, aunque no llegue a ser constitutiva de su derecho. La existencia y transmisión del derecho real *inter partes* se produce con total independencia de la inscripción registral, pero la omisión de ésta impide al derecho real desplegar expedidamente la oponibilidad que por su propio concepto naturalmente le corresponde; por ello, el derecho real así existente y transmitido, aunque podría oponerse a cualquier tercero, no tendrá virtualidad frente a quien lo tenga adquirido e inscrito, de buena fe. Igualmente, por el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH) (48), al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, esto es, al tercero que adquiere en determinadas condiciones (las del art. 1473.2.º CC o del art. 34 LH —incluyendo

(47) Como certeramente manifiesta GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, cit., pág. 120), la «publicidad, instrumento artificial de constatación de una realidad jurídica previa, al igual que la forma en su significación ordinaria (arts. 1.278-1.280 CC), aparece como una prolongación de esta última, en condición de instrumento concatenado a ella y más específica y adecuadamente ordenado a vehicular directa e indiferenciadamente *erga omnes* la cognoscibilidad de los derechos reales, o, más general y propiamente hablando, la situación jurídica de las fincas y las condiciones de capacidad y dispositivas de su titular». Vid., también, en esta sede, págs. 181 y 212 y sigs.

(48) A cuyo tenor, 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*».

la inscripción—), sólo le perjudica lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro. En esta sede de doble venta, pues, los artículos 32 y 34 de la LH están recíprocamente involucrados en una zona única donde la inscripción reforzaría excepcionalmente su significado. Así, la preferencia dada a la venta primeramente inscrita sobre la anterior consumada pero no inscrita es una consecuencia de que los títulos no inscritos no surten efectos contra tercero que inscribe (arts. 32 LH y 1473.2.º CC), ni frente al adquirente protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 LH), esto es, frente a quienes habiendo inscrito en el Registro están protegido por él, de tal modo que no pueden oponérsele los titulares anteriores no inscritos (STS de 15 de noviembre de 1990). Por el contrario, son preferentes las transmisiones intermedias que, cumpliendo también los requisitos de título y modo, se inscribieron con anterioridad o —y esto es importante—, fueron conocidas por el segundo adquirente antes que inscribiera, pues, ahora sí, *mala fides superveniens nocet* (49). La finalidad aseguradora de las adquisiciones de buena fe que el sistema registral se propuso introducir en el tráfico inmobiliario por la vía del artículo 34 LH, es incompatible con la posibilidad de que cualquier derecho real, por muy existente que sea —por la concurrencia de título y modo—, pueda sorprender perjudicialmente a quien, sin tacha alguna de mala fe, se haya colocado en situación de resultar objetivamente alcanzado por su característica absolutividad. Adquirido ya conforme a Derecho un derecho real por la concurrencia de título y modo —derivado éste de la posesión material o del otorgamiento de escritura pública o de documento público asimilado—, el principio de fe pública registral aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de todos los presupuestos contemplados en el artículo 34 LH (50).

(49) Por tanto, el «tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega al Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (cfr. art. 34.1 LH), aunque no constase en un momento anterior» (CLEMENTE MEORO, «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 2002, págs. 1874-1875).

(50) Ahora bien, como resalta GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, pág. 337), existiendo una adquisición *a non domino* ya consumada y eficaz, con arreglo al artículo 34 LH, por reunir el adquirente todos los requisitos de tal precepto y, en particular, el de la inscripción y el de la buena fe, si, seguidamente, ese titular *a non domino* transmite la finca a un ulterior adquirente, que carece de buena fe porque conocía la inexactitud registral que existía en la previa adquisición que hizo su ahora transmitente, esta última adquisición será inatacable, ya que es

En definitiva, en virtud del principio hipotecario de fe pública registral (art. 34 LH), puede producirse una adquisición *a non domino* que haga preferente a un comprador y que haga perder la propiedad al adquirente que recibió primero la tradición; primacía que se concederá tan sólo al rematante que cumpla los requisitos exigidos por el indicado principio (51). Por tanto, en caso de adquisición *a non domino*, ex artículo 34 LH, el momento crucial no es el de la tradición, el de la consumación —como las dos posturas jurisprudenciales encontradas mantienen—, sino el de la inscripción, de manera que el tercero registral debe continuar siendo de buena fe hasta dicho instante (52). Si bien la buena fe debe estar presente al momento de la celebración del contrato, deberá perdurar hasta su inscripción, por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento del principio de fe pública deben ser concurrentes en el tiempo: antes de la inscripción, no tiene sentido referirse a la buena fe de quien todavía no es tercero del Registro ya que no ha inscrito su derecho. El *iter* adquisitivo de la adquisición registral *a non domino* culmina cuando el tercero adquirente inscribe su derecho; mientras ello no ocurre, todavía no ha adquirido de forma irreivindicable, y es al adquirir —a la coronación de su proceso adquisitivo—, cuando necesita estar y permanecer en su situación de buena fe. Aplicando el principio *mala fides superveniens nocet*, quien conoce la compra anterior del bien por un tercero al mismo *tradens* y *a domino* pierde su buena fe, incluso si tal conocimiento se obtiene después de tener título público —testimonio del auto de aprobación del remate— inscribible a su favor. En la medida en que llega a saber que su transmitente no era dueño cuando fue ejecutado, resulta de mala fe —pues conoce la inexactitud registral—, y en el conflicto entre adquirente *a domino* y el que sólo puede llegar a adquirir *a non domino* ha de ser preferido aquél si éste no es de buena fe en el momento de la inscripción; buena fe, eso sí, que se presume (ex art. 34.2.º LH).

indiferente que los ulteriores adquirentes de un titular *a non domino* sean o no de buena fe porque ellos adquieren *a domino* y realizan una adquisición normal y corriente, para la cual ni el Código Civil ni la legislación hipotecaria exigen más requisito que el título seguido de la tradición conforme al artículo 609 del Código Civil.

(51) La STS de 5 de diciembre de 2002, por ejemplo, tratándose de un titular registral no dueño real, optó por aplicar el artículo 34 LH a dicha adquisición *a non domino*, desechando el juego del artículo 1.473 del Código Civil por estar restringido sin más al «terreno de una doble venta».

(52) Vid. CANO TELLO (*Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1992, pág. 303), GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 296), para quien «la adquisición *a non domino* del tercero, además de *ex lege*, es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce por *causa de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de eficacia, ni una simple *conditio iuris*..., sino que la adquisición sólo tiene eficacia y se mantiene como tal una vez inscrita, lo que demuestra que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición»; GÓMEZ GÓMEZ («Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, págs. 571-572), GOR-

Obsérvese que en esta posición subyace un deseo de extremar la posición ética del adquirente. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, ésta ha de darse todo el tiempo, y parece contrario a la ética indicada que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro para buscar su amparo. La adquisición *a non domino* supone una derogación al principio de autonomía privada, pues el propietario real debe consentir la pérdida de su propiedad, y como tal abolición de una regla general y básica requiere una justificación especial. La propiedad hecha eficaz por la fe pública registral no supone una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción es requisito —uno más— del complejo mecanismo convalidador de la adquisición, dispositivo que, en su íntegra verificación o desarrollo, exige la concurrencia de la buena fe. Para que opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no interviene el verdadero titular ha de imputarse a éste una conducta contraria a las exigencias de la buena fe (objetiva) —negligencia en la constancia registral de su derecho—, y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez actúa de buena fe (subjettiva) hasta el momento en que se completa su protección registral —la inscripción— (53). Claro que habrá que entender como momento de la inscripción, no en el que ésta materialmente se extienda —y que puede depender de hechos extraños a la voluntad del tercero—, sino el del asiento de presentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 LH (54).

DILLO CAÑAS (*Comentario...*, cit., págs. 854-855), SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, págs. 465-466), quien sostiene que la inscripción es constitutiva «en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante», etc.

(53) Cfr. CLEMENTE MEORO (*op. cit.*, pág. 1868), GARCÍA GARCÍA («Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 4.º, Madrid, 1999, pág. 502), MIGUEL GONZÁLEZ («El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 47), NÚÑEZ LAGOS («Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1950, pág. 604), etc. Sería «contrario a la orientación moral de nuestro Derecho que éste pueda preferir a nadie, en su colisión con otro u otros, por haber puesto en práctica una determinada actuación llevada concretamente a cabo de mala fe» (GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., pág. 202, nota 485). También en esta línea parece estar la STS de 30 de noviembre de 1991, que niega la aplicación del artículo 34 LH por existir mala fe «inicial y no sobrevenida y posterior a la inscripción registral».

(54) «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Así, por ejemplo, la STS de 16 de junio de 1998 mantiene que la «fecha de una inscripción... es siempre la del asiento de presentación cuando, dentro del plazo de su vigencia, se cumplen los requisitos exigidos por el Registrador al calificar»; por ello, «el asiento de presentación es como un *nasciturus* hipotecario: si llega a feliz término, sus efectos se retrotraen a la presentación» (CARBONELL SERRANO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*

2. SU VIRTUALIDAD REAL

A) *La unión de título y modo impide el ejercicio de la tercería de dominio*

En los casos de ejecución de embargos sobre inmuebles sí que es fundamental la presencia de los presupuestos de título y modo en el adjudicatario en relación con la posibilidad de que el verdadero dueño pueda o no interponer tercería de dominio, ya que, según el artículo 596.2.º LEC, el «*tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio... que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta*» (55); legislación civil que requiere, conforme a los repetidos artículos 609 y 1.095 del Código Civil, la concurrencia de título y modo para adquirir, modo, ya se sabe, material o instrumental (ex art. 1462.2.º CC).

En esta sede, pues, sí que podría tener trascendencia la asunción de uno u otro de los criterios mantenidos por las dos líneas jurisprudenciales diversas existentes respecto del momento de la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales. Como sabemos, una primera posición parte de que la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, al título, en tanto que la escritura pública —hoy testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial—, sería el modo, esto es, la operación de consumación del acto procesal enajenatorio; por lo que es posible interponer la tercería entre la aprobación del remate y el momento en el que la transmisión del bien se produce, es decir, el momento de expedición del testimonio del auto de aprobación del remate (56). En cambio, la segunda

Civil, núm. 48, 1998, pág. 1274). Por ende, aun existiendo asiento de presentación del título del adquirente antes de que se inscriba la otra adquisición, si aquél se deja caducar y mientras esa otra adjudicación tiene acceso al Registro, ésta obtiene la prioridad respecto de la inscripción que finalmente se realice. Téngase en cuenta, además, que si el asiento de presentación es aquel a que se refiere el artículo 418.4.º RH, es decir, el practicado al recibir en el Registro la comunicación por telefax del Notario de la autorización de una escritura pública de venta, caducará a los diez días si en ese tiempo no llega al Registro el original de dicha escritura.

(55) En idéntico sentido, quien «*afirma que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante*» (art. 614.1.º LEC), no podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho «*en caso de adjudicación de los bienes embargados al ejecutante, después de que éste adquiera titularidad de dichos bienes conforme a lo dispuesto en la legislación civil*» (art. 615.2.º LEC); indicando la STS de 10 de julio de 2002 que convirtiéndose por la LEC «al testimonio del auto de aprobación del remate en título suficiente para la inscripción registral a favor del rematante... la tercería de mejor derecho podría ser interpuesta hasta el momento en que el Secretario de Juzgado expidiese el referido testimonio».

(56) En esta línea, por ejemplo, la SAP de Granada, de 18 de mayo de 1999, expresamente declara que la demanda de tercería de dominio puede presentarse y ha de trami-

línea jurisprudencial sostiene que la consumación de la venta judicial se produce con la aprobación por el Juez del remate —título— y la subsiguiente adjudicación de la finca subastada al rematante o al cesionario del remate —modo—, pues dicha adjudicación tiene carácter de tradición simbólica *fic-ta*. Por ende, según se mantenga una u otra tesis jurisprudencial, el derecho a ejercitar la tercería de dominio cesará antes o después, lo cual es sin duda relevante en la protección del derecho del anterior dueño. Pero, ¿acaba aquí la virtualidad de la fecha de la concurrencia de título y modo? O, dicho de otra manera, ¿cuál es la efectiva trascendencia de la falta de ejercicio de la tercería de dominio?

Obsérvese que al titular de un derecho real sobre el inmueble embargado se le impone una actuación diligente respecto de la ejecución que afecta a dicho bien, pues debe realizar lo necesario para conservar su titularidad (57), esto es, ha de acudir al proceso ejecutivo de cuya existencia tiene o puede tener conocimiento a través del Registro de la Propiedad. Pero si no se ejercita la tercería de dominio antes de que concurren título y modo en el segundo adjudicatario, es decir, antes de dictarse el auto de aprobación del remate o de adjudicación —según el criterio jurisprudencial moderno— u otorgarse testimonio del mismo —conforme a la línea jurisprudencial clásica— (ex art. 674.1.º LEC), momento límite para la interposición de aquella acción, según ordena el artículo 596.2.º LEC, el rematante podría adquirir una posición inatacable y podría inscribir libre y definitivamente su título en el Registro. Y ello a pesar de que, previamente, se hubiera inscrito una escritura de compraventa —voluntaria o judicial— en favor de persona diferente del deudor ejecutado, y de cualquiera que hubiera sido el momento de celebración de dicha compraventa: antes o después del embargo, con tal que se hubiera registrado después de la anotación preventiva de éste. Si la inscripción de la adquisición es posterior a la anotación preventiva de embargo, al

tarse aun cuando se hubiese aprobado el remate en caso de subasta judicial, por ser tal formalidad un acto de perfeccionamiento y no de consumación, pues éste se produce por la expedición de la escritura o testimonio correspondiente.

(57) Vid. GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, cit., pág. 770), y NAVARRO CASTRO (*op. cit.*, pág. 978), quien escribe que si «el adquirente inscrito quiere evitar la cancelación de su inscripción, deberá alegar su adquisición durante la tramitación de la ejecución a través de la correspondiente tercería de dominio»; debiendo probar ser propietario del bien embargado en el momento en que se decretó el embargo (STS de 9 de abril de 1997). Para BUSTOS PUECHE («El sujeto beneficiario de la protección registral...», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, 2003, pág. 2641), ni siquiera es justo que pueda quedar perjudicado quien, «confiado en los datos registrales, sigue todo el procedimiento de apremio hasta pedir la adjudicación o hasta que un postor la pide y, justo antes de la aprobación de la venta judicial, se ve demandado en tercería de dominio por quien... lleva meses, acaso años, con una escritura de compraventa que no inscribió, y que acaba de inscribir, y que ha provocado el engaño del ejecutante quien, de haber conocido esa compraventa ni habría embargo ni mucho menos habría seguido la vía de apremio».

faltarle la buena fe en el momento de la registración, el adquirente no podrá ser tercero hipotecario del artículo 34 LH, de lo que parece resultar que habrá de soportar la carga del embargo con la que ya adquirió el bien y, por tanto, podrá proseguirse el procedimiento de apremio hasta su conclusión con la enajenación forzosa en subasta pública o cualquiera de los otros medios de realización previstos ahora por la Ley de Enjuiciamiento Civil y será inatacable el derecho del adjudicatario o rematante, inscribiéndose su adquisición en el Registro de la Propiedad, previa cancelación de la anterior, al amparo de los artículos 674.2.º LEC y 175.2.º RH. De esta manera, la inscripción a favor del rematante exigirá, al mismo tiempo, la cancelación de esa compraventa que llegó tardíamente al Registro (ex art. 674.2.º LEC). La falta de ejercicio de la tercería de dominio otorgaría —se concluye por un importante sector doctrinal— efectos absolutos al embargo frente a todas las inscripciones posteriores, aun cuando éstas se basen en adquisiciones consumadas anteriores a la propia anotación de embargo (58). Desde esta óptica, pues, resulta diáfana la trascendencia de asumir una u otra posición jurisprudencial respecto de la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales, puesto que la tesis moderna restringiría el plazo de ejercicio de la tercería de dominio, a diferencia de la postura clásica que, al exigir testimonio del auto de aprobación del remate o de adjudicación, podría alargar en el tiempo aquella posibilidad de actuación procesal.

No obstante, y frente a lo anterior, creo que hay que realizar algunas puntualizaciones y correcciones. En caso de enajenación de un inmueble que ya ha sido embargado —con título y modo tras el embargo o con título anterior y tradición posterior—, no prosperará la eventual tercería de dominio que el adquirente interponga, dado que, como reitera la jurisprudencia (59), el dominio del tercerista ha de ser adquirido mediante un título que tenga realidad ya en el momento del embargo, concurriendo igualmente el modo antes de dicha fecha, sin que, en principio, sea lícito tomar como punto de referencia temporal para la justificación del dominio la de la anotación preventiva de embargo

(58) Vid. BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, cit., págs. 2638-2639), NAVARRO CASTRO (*Comentario...*, cit., págs. 978-979), etc. Para ARNÁIZ RAMOS («La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 666, 2001, pág. 1572), hay «una idea fundamental que informa el contenido de los diferentes preceptos que regulan la materia: *el de la mayor o menor diligencia con la que los afectados por el proceso ejecutivo y sus consecuencias actúen en el mismo*».

(59) Para que se produzca la enervación del embargo es necesario que los bienes estén integrados efectiva y legalmente en el patrimonio del tercerista en tiempo anterior a quedar sujetos al pronunciamiento de ejecución sobre los mismos mediante su traba: SSTs de 12 de junio de 1982, 25 de febrero de 1991, 15 de junio y 3 de noviembre de 1992, 1 de abril y 30 de septiembre de 1993, 17 de septiembre de 1996, 10 de diciembre de 2002, 10 de marzo de 2005, etc.

en el Registro de la Propiedad. En suma, si la traba tuvo lugar cuando los bienes todavía permanecían en el patrimonio del deudor y éste posteriormente los enajena, cabe sostener que los transmite con la carga del embargo, por lo que el adquirente primero habría de soportar la ejecución, a no ser que concurrieran en él los requisitos del tercero hipotecario del artículo 34 LH, lo que, evidentemente, no será apreciable si se ha practicado en el Registro la anotación preventiva de la traba antes de que él inscribiera su derecho, lo que enerva los efectos de la fe pública registral por falta de buena fe en el momento de la inscripción. Por ende, si el comprador que adquiere después del embargo inscribe su derecho en el Registro después de la anotación preventiva de aquél no prosperará su tercería de dominio por no ser su adquisición anterior a la traba (STS de 7 de enero de 1992), ni será protegido en su adquisición frente al eventual adjudicatario en la enajenación forzosa por no ser tercero hipotecario. Sin embargo, si el primer adquirente acelera su acceso a los libros y consigue registrar su derecho antes de que el acreedor embargante logre dar garantía registral a la traba, el Registrador no practicará la anotación del embargo, al aplicar el artículo 140, regla 1.^a RH, que se refiere a los casos en que la propiedad de la finca gravada apareciese inscrita a favor de persona que no sea aquélla contra quien se hubiese decretado el embargo. Tal decisión aparece confirmada en Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como la de 8 de febrero de 1996, que afirma que «aun cuando, como en el caso debatido, el embargo cuya anotación se pretende fue anterior a la adquisición de la finca trabada por el titular registral actual, el principio de prioridad (cfr. art. 17 LH) determina el cierre del Registro a los títulos (como el embargo cuestionado) que, aun siendo anteriores al ahora inscrito, se le opongan o sean incompatibles» (60). Producido el embargo, aunque no esté anotado, el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo, o sea, con la carga del embargo, a salvo el caso en que el que hubiese adquirido el bien con posterioridad al embargo reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria, el artículo 34 LH básicamente, lo que no sucederá si la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien. Esta inteligencia tiene apoyo legal expreso en el artículo 613.3.º LEC, el cual, al regular los efectos del embargo, establece que cuando «*los bienes (embargados) sean de las clases que permiten la anotación preventiva de su embargo, la responsabilidad de los terceros poseedores que hubieran adquirido dichos bienes en otra ejecución, tendrá como límite las cantidades*

(60) Vid. DÍAZ MARTÍNEZ (*La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, págs. 249-250), para quien, además, debe tenerse «presente que el acreedor embargante podría ejercitar, en su caso, acción rescisoria de la enajenación por fraude de sus derechos y que el artículo 37.4.º, b) LH establece que este tipo de acción perjudicará al tercero que haya inscrito el título de su derecho cuando éste, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude».

que, para la satisfacción del principal, intereses y costas, aparecieran consignadas en la anotación en la fecha en que aquéllos hubieran inscrito su adquisición». En consecuencia, ya que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida, ni por el principio de prioridad ni por la fe pública registral —si se inscribe después de la anotación del embargo—, no puede denegarse al rematante la inscripción de la enajenación forzosa —antes a través de la escritura pública, hoy mediante el testimonio del auto de aprobación del remate—, aunque, por supuesto, sea necesario efectuar la cancelación de la venta intermedia en los términos que resultan de los artículos 674.2.º LEC y 175.2.º RH.

Sin embargo, y por lo que respecta al comprador con adquisición consumada con anterioridad al embargo y que inscribe después de la anotación preventiva de la traba, estoy de acuerdo con la inteligencia de que la falta de ejercicio de la tercería, la inadmisión de la tercería por interponerse fuera de plazo o su resolución desfavorable al tercerista no da efectos absolutos al embargo, pues no impide una posterior acción reivindicatoria para hacer valer el anterior derecho de propiedad, como resulta de la propia LEC en su artículo 603, primera parte (61). Así, el adquirente anterior al embargo, que inscribe su derecho una vez que ya se ha practicado en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de embargo no necesita interponer tercería de dominio si quiere defenderlo. El propio artículo 594.1.º LEC confirma esta inteligencia cuando afirma que el *«embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adju-*

(61) Que indica que: *«La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien...»*. Vid. CACHÓN CADENAS (*Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, dir.: LORCA NAVARRETE, Valladolid, 2000, pág. 2955); TALMA CHARLES (*La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, pág. 452), para quien la «adquisición anterior prevalecerá (independientemente de la fecha de la inscripción), sobre la anotación de embargo “posterior”, siempre que se haga valer en la tercería, o el declarativo correspondiente», etc. Como señala GUTIÉRREZ ZARZA («Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2000», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, pág. 63), la «jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo». Sin embargo, la reciente RDGRN de 21 de febrero de 2005 mantiene que a «pesar de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la materia, que entiende que el juicio de tercería se limita exclusivamente a decidir sobre la pertinencia del embargo trabado, (si) la declaración judicial contenida en dicha tercería declara la pertenencia de la finca a una persona determinada con base en uno de los actos o negocios previstos por el artículo 609 del Código Civil y que como tales se consideran por el legislador aptos para lograr la transmisión del dominio... (resultará) procedente la inscripción de la declaración judicial contenida en la sentencia».

dicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva». Ello significa que el primer adquirente puede ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con el único límite de que el ulterior adjudicatario haya consumado una adquisición que sea inatracable o irreivindicable. Es cierto que los artículos 175.2.º RH y 674.2.º LEC permiten al adjudicatario cancelar las inscripciones posteriores a la anotación de embargo (62), pero también lo es que dichos preceptos deben conjugarse con el citado artículo 594.1.º LEC que, repito, sólo impide la virtualidad definitiva de la primera compra si se ha producido una adquisición inatracable por parte del ulterior rematante. Pero ello no va a poder ser así si el segundo adjudicatario tiene a la vista la existencia de una titularidad anterior y contradictoria a la suya, pero que retrasó su presentación a un momento posterior al de la anotación preventiva, más anterior a la inscripción del ulterior adquirente: resultaría absurdo dar lugar a la registración del segundo adjudicatario y a la cancelación del asiento del titular rezagado porque éste siempre podría reivindicar la finca al rematante (63). Además, la cancelación obtenida en el procedimiento de ejecución no constituye una decisión jurisdiccional definitiva sobre la cuestión relativa a la titularidad de la finca, que sólo se puede obtener en un procedimiento contradictorio *ad hoc*, sino, todo lo más, consigue ubicar al ahora titular registral en una cómoda posición pasiva y trasladar al expulsado del Registro la carga de la prueba. Dicho en otras palabras, en el caso de que se obtenga del Juez la cancelación del asiento vigente —referido a la primera adquisición— y la inscripción de la segunda adjudicación, como ello no es determinante de una pérdida definitiva de derechos, siempre quedará a salvo la acción reivindicatoria (64) del primer adquirente,

(62) Tampoco puede olvidarse que es doctrina de la DGRN —vid., por ejemplo, Resolución de 10 de octubre de 2005—, que en «materia de cancelación de asientos posteriores a una anotación preventiva, la caducidad de tales anotaciones opera *ipso iure* una vez agotado su plazo, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores... no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro se había operado ya la caducidad».

(63) Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ («La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, págs. 1508-1509), «la inscripción de la adjudicación no supone la cancelación automática de la inscripción incompatible, aunque ésta sea posterior a la anotación de embargo que ha causado la adjudicación, sino, en principio, la existencia de dos inscripciones sobre la misma finca... Resolver la contradicción de dos inscripciones... simultáneas es el contenido del mandamiento de cancelación, que debe efectuarlo el juez porque la contradicción registral no se puede resolver directamente aplicando el principio de prioridad».

(64) Como indica la STS de 16 de julio de 1982, en los casos en que la finca ya se ha transmitido a un segundo adjudicatario (ex art. 596.2.º LEC), la vía adecuada para que el primer adquirente defienda su posición jurídica no será ya, evidentemente, la ter-

que deberá ser estimada, en cuanto que, como vengo defendiendo, el último adjudicatario, al conocer la existencia del primero antes de inscribir su derecho, carecería de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH por faltarle la buena fe, y sólo el juego del principio de fe pública registral podría conllevar una adquisición irreivindicable a tenor del artículo 594.1.º LEC.

Porque, respecto del segundo adjudicatario, ¿adquirir de «*modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*» significa sólo concurrencia de título y modo, criterio normal de la adquisición de la propiedad en nuestro sistema según los artículos 609 y 1.095 del Código Civil? Así parece entenderlo, como ya he señalado anteriormente, la Jurisprudencia mayoritaria en cuanto que —ya se decante por la tesis clásica, ya por la moderna—, fija el momento de protección del adquirente en subasta judicial cuando adquiere el dominio por el solo concurso de los presupuestos de título y modo, como, por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 2002. Pero esto no es así, porque cuando se adquiere *a non domino*, es decir, de un titular inscrito que ya no es propietario en la realidad extrarregistral, la adquisición de «*modo irreivindicable*» del artículo 594.1.º LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH. El hecho de que el primer adquirente no haya ejercitado a tiempo la tercería de dominio —por haber consumado el segundo adjudicatario por la unión de título y modo—, no hace desaparecer el dato relevante de que se embargó un inmueble que ya no pertenecía al deudor ejecutado, por lo que, al final de la ejecución, el rematante no adquiere del *verus dominus*, sino *a non domino*. No es la mera adjudicación en la subasta judicial o el testimonio de la misma la que hace inatacable la adquisición, sino la reunión de todos los requisitos propios del tercero hipotecario en el ulterior adquirente: finalizado el procedimiento de ejecución, si el adjudicatario inscribe en el Registro, la ajenidad de la finca no será un obstáculo a la adquisición si se cumplen todos los demás presupuestos del artículo 34 LH. Por ello, el mantenimiento irreivindicable de la compra del segundo adjudicatario debe fundarse en su consideración de tercero registral del artículo 34 LH por haber adquirido a título oneroso, de persona inscrita y de buena fe, debiendo ésta durar hasta el momento de su inscripción (65), último presupuesto, pero también esencial, en esta sede. Cualquier adquirente *a non domino*, también el adjudicatario en pública subasta derivada de anotación de embargo, no tiene garantizada una posición defensiva

cería de dominio, sino la acción ordinaria correspondiente, en particular, la acción reivindicatoria.

(65) ARJONA GUJARDO-FAJARDO («Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pág. 643); CLEMENTE MEORO (*Sobre el momento...*, cit., págs. 1866-1867); GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, cit., págs. 854-855), etc.

definitiva más que cuando logra adelantarse a la inscripción registral del *verus dominus*, cosa que no sucede, obviamente, cuando al inscribir su derecho ya figura en el Registro una titularidad anterior incompatible y, normalmente, preferente.

En definitiva, y en conclusión, la virtualidad real de las distintas posiciones jurisprudenciales sobre el momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales se limita, únicamente, a la posibilidad de ejercitar durante un mayor o menor tiempo —hasta el otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación o hasta el auto de adjudicación, respectivamente— la tercería de dominio. Pero, en cuanto que, respecto al adquirente anterior al embargo, la falta o el retraso en el ejercicio de dicha acción no concede efectos absolutos a la ejecución del embargo de inmuebles, pues su absolutividad deriva de que el adjudicatario *a non domino* haya consumado de forma irrevindicable —esto es, por el cumplimiento de todos los requisitos del art. 34 LH—, y no sólo por la unión de título y modo, la trascendencia efectiva de la polémica jurisprudencial queda muy disminuida.

B) *La aplicación del artículo 1.473 del Código Civil en caso de doble venta de inmuebles*

Otra posible trascendencia de la polémica jurisprudencial sobre el momento de concurrencia de título y modo en las subastas judiciales tiene lugar en los supuestos de doble venta de inmuebles, en los que no haya inscripción del segundo adquirente y, precisamente por esa falta de registración, no sea posible aplicar el principio de fe pública registral del artículo 34 LH ni el de la preferencia del que primero inscriba derivado del artículo 1473.2.º del Código Civil. En estas hipótesis, el artículo 1473.3.º del Código Civil, proclama que, a falta de inscripción, «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*». En esta sede pueden producirse diversas situaciones conflictivas que hay que estudiar separadamente.

Una primera posibilidad sería la de que el primer comprador, por negocio jurídico voluntario o forzoso, tuviera la posesión material y de buena fe del inmueble litigioso y que dicha posesión fuera anterior a la concurrencia de título y modo real en el segundo adjudicatario, quien tampoco estaría registrado y, por ende, no protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH o el de prioridad en la registración del artículo 1473.2.º del Código Civil. En este caso, parece que no hay duda: por aplicación del artículo 1473.3.º del Código Civil, el primer adquirente sería preferido por ser primero en la posesión material de buena fe. Del mismo modo, a falta de prioridad posesoria y de previa inscripción de buena fe del primer adjudicatario y careciendo también el segundo de inscripción, pero no de posesión

material, éste será preferente en la resolución del conflicto dominical planteado. Y ello es así aunque este segundo adquirente llegue a conocer la existencia del primero —no inscrito— antes de que pretenda inscribir, ya que, a falta de registración, será preferido el primero que tuviera título y modo real, el que antes hubiese consumado materialmente su adquisición, esto es, «*quien de buena fe sea primero en la posesión*» (art. 1473.3.º, primer inciso, CC). Por tanto, la buena fe se precisa, ahora sí, en dicho momento de entrar en la posesión del inmueble —no en el de la inscripción en el Registro referido al adquirente a *non domino*—, pues con ella se ha anudado el título dominical con la tradición, requisitos imprescindibles y únicos para adquirir la propiedad según el solo artículo 609 del Código Civil (STS de 4 de marzo de 1988) y no conforme al principio de fe pública registral del artículo 34 LH que exigiría, además, inscripción de buena fe. En estos conflictos dominicales, por consiguiente, no es relevante la distinta solución que se adopte para resolver la cuestión jurisprudencial de cuándo se entiende consumada la venta judicial, en cuanto que en esta polémica judicial siempre se trataría de una tradición instrumental (ex art. 1462.2.º CC) y aquí se están ventilando casos de prioridad en la posesión real o material del inmueble litigioso.

Una segunda situación, más compleja, consistiría en que la posesión material y de buena fe del primer comprador —en negocio jurídico voluntario o forzoso— fuere posterior a la consumación documental o ficticia —ex art. 1462.2.º del Código Civil— de la segunda venta judicial del inmueble en liza. Resurge en este punto la cuestión, ya analizada oportunamente, de la virtualidad transmisiva de la tradición instrumental frente a la material aunque derivada sólo de título privado. ¿El modo documental es idóneo para servir en una doble venta como criterio de preferencia a tenor del artículo 1473.3.º del Código Civil? Sin reproducir aquí lo que ya se dijo anteriormente (66), baste con declarar que frente a aquellos que sostienen la aptitud de la posesión instrumental en estos supuestos (ex art. 1462.2.º CC), para determinar la propiedad y demandar de desahucio al ulterior ocupante material de la finca, me parece más defendible la tesis contraria. La posesión que, en defecto de inscripción, decide la preferencia en la adquisición es la real o material en su dimensión naturalmente publicadora del derecho del dueño, no la que, sin manifestación material, pueda simbolizarse documental o espiritualmente a efectos traditorios para la transmisión de la propiedad. Por tanto, obsérvese que tampoco en estas situaciones tendrá verdadera virtualidad la controversia jurisprudencial sobre el momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales, pues, frente a dicha consumación instrumental o *ficta* —cualquiera que fuera el momento pro-

(66) En el Capítulo II, punto 2, apartado B de este estudio. Vid., en particular, GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., pág. 204 y sigs.

cesal en que se entendiese producida— prevalecerá la *possessio realis* o material.

Otra hipótesis de posible relevancia de la pugna jurisprudencial tratada es la de que ninguno de los adquirentes o adjudicatarios tenga la posesión material del inmueble litigioso, pero sí uno de ellos la instrumental o ficticia conforme al repetido artículo 1462.2.º del Código Civil. Aquí, si el primer adquirente con escritura pública o documento público asimilado —tradición instrumental— reclama antes de que el segundo adjudicatario tenga dicho documento público —que necesita también para consumar su adquisición, inscribir en el Registro de la Propiedad y completar su condición de tercero hipotecario del art. 34 LH—, aquél será preferente porque, faltando la posesión real o material del inmueble litigioso, reaparece la eficacia de la ficticia obtenida mediante la *traditio* instrumental para atribuir o reconocer la propiedad a quien en ella sea primero, con buena fe (ex art. 1462.2.º en relación con el art. 1473.3.º del CC). De igual modo, si es el segundo adjudicatario el que consigue antes la *traditio* instrumental de buena fe será el vencedor del litigio dominical inmobiliario. Recuértese que el artículo 1.473 del Código Civil no resuelve el conflicto de la doble venta aplicando sin más la teoría del título y el modo, pero, en las variantes de su solución, el comprador preferido es siempre un consumidor del mecanismo adquisitivo del título y el modo, aunque éste sea —en los casos de inexistencia de inscripción y de posesión material—, sólo instrumental. En esta sede, por consiguiente, sí que tendrá relevancia la resolución, en uno u otro sentido, del debate jurisprudencial sobre el momento de la reunión de los requisitos de título y modo en la adquisición judicial por subasta, pues, como sabemos, la tesis clásica retarda el momento de la consumación instrumental hasta el otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación, mientras que la moderna lo acorta al exigir, únicamente, el auto de aprobación del remate o de adjudicación. Es más, para esta doctrina moderna, y como ya se ha dicho, aunque el posterior otorgamiento del testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario Judicial es imprescindible para que la adquisición acceda al Registro de la Propiedad (ex art. 674.1.º LEC), no será necesario para que concurra el requisito consumatorio de la tradición instrumental del artículo 1462.2.º del Código Civil, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462.2.º a 1.464 del Código Civil. De nuevo considero aquí preferente la interpretación jurisprudencial clásica que exige documento público —el testimonio del auto— para que exista tradición instrumental, pues el simple auto de adjudicación no puede equivaler a documento o título público del artículo 2 LH y cuya prioridad hace preeminente al adquirente según el artículo 1.473 del Código Civil.

Finalmente, si en ambos adquirentes o adjudicatarios concurre título más tradición instrumental, pero ninguno tiene la posesión material, y, por su-

puesto, ni el primero ha inscrito, ni el segundo adjudicatario ha llegado a ser tercero hipotecario del artículo 34 LH —por la inscripción y el cumplimiento de los demás presupuestos del principio de fe pública registral—, tendrá que aplicarse el último de los criterios del artículo 1.473 del Código Civil y considerarse propietario del inmueble en litigio a quien tenga título público de fecha más antigua de buena fe, a quien tenga el documento público más antiguo, a quien tenga la tradición simbólica o *ficta* (ex art. 1462.2.º CC) de fecha más remota. En el mismo sentido que en la hipótesis del anterior apartado, título sería aquí igual, en función del artículo 2 LH, a la escritura pública o documento público asimilado —testimonio del auto de adjudicación— en que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho dominical que se tiene en alguna cosa inmueble. De nuevo aquí podría tener aparente virtualidad la controversia judicial sobre el momento de concurso de título y modo instrumental en las ventas judiciales, valiendo exactamente en este punto lo dicho al respecto en el inmediato anterior, tanto respecto de la diversa preferencia nacida de la adopción de una u otra línea jurisprudencial, como en cuanto a mi opinión sobre qué debe entenderse por título a los efectos del artículo 1473.3.º del Código Civil.

V. CONCLUSIONES

Resulta deplorable la disparidad de criterios que respecto del momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales mantiene y aplica indistintamente el Tribunal Supremo. Del exhaustivo estudio de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal —y de las Audiencias Provinciales— derivan claramente dos inteligencias diferentes en esta sede de gran importancia práctica. A mi juicio, la que he calificado como tesis clásica —con las matizaciones realizadas— sería la más aceptable, pues recoge más adecuadamente los mecanismos básicos de la mencionada teoría del título y del modo consagrada por los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Por consiguiente y concretando, el Tribunal Supremo debería decantarse definitivamente por la tesis tradicional —corregida— de que existe consumación de la venta judicial tras la aprobación del remate y adjudicación y entrega de la finca al rematante, bien materialmente, bien instrumentalmente mediante la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate o de adjudicación por el Secretario Judicial.

También resulta lamentable que, en los casos de doble venta judicial de inmuebles inscritos, nuestro Alto Tribunal se confunda en la aplicación del artículo 34 LH. Así, el argumento en el que suelen coincidir las dos posturas jurisprudenciales antedichas es que el instante consumatorio controvertido —auto o testimonio del mismo— es esencial para la exigencia de la buena fe en el segundo adjudicatario y, por ende, para proteger a éste definitiva-

mente en su adquisición de la propiedad a través del principio de fe pública registral del artículo 34 LH. A mi modo de ver —y hago mía la propuesta de un sector doctrinal—, a esta argumentación se le puede hacer una objeción esencial: la adquisición del tercero registral no es una adquisición *a domino* en la que es determinante la conjunción del título y el modo (ex art. 609 CC), y para la cual no hace falta la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, sino una adquisición *ex lege* —por mandato de la ley, sustentada en razones de seguridad jurídica y confianza en la apariencia registral—, *inscriptionis causa* —pues la inscripción, junto a los demás requisitos, sustenta el derecho adquirido— y *a non domino*. Basta con tener en cuenta aquí que la tradición y la fe pública registral entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con alcance muy diferente: la tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real y con referencia al acto transmisivo, en tanto que la fe pública entra en liza dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en el momento en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición *a non domino* es porque se cumplen todos los requisitos del artículo 34 LH y, especialmente, el de la inscripción, momento hasta el que, por tanto, debe subsistir la buena fe del tercero adquirente. Por tanto, la buena fe ha de darse hasta la tradición —real o ficticia— para quien adquiere *a domino*, y hasta el acceso al Registro para el adjudicatario *a non domino*. Y como el artículo 34 LH sólo es aplicable a aquellos supuestos en que no se ha adquirido *a domino*, porque si se ha adquirido de tal forma no es necesario ampararse en el principio de fe pública registral —sino en el art. 609 del Código Civil—, resulta que en las hipótesis de doble venta o doble disposición judicial en que sea precisa la virtualidad del artículo 34 LH, la buena fe ha de subsistir hasta la inscripción, último requisito específico del sistema registral de adquisición *a non domino* por parte del tercero, mecanismo complejo que, de otra manera, no se consumaría. Por lo tanto, en este punto, la eficacia práctica de las distintas formas de resolver la controversia jurisprudencial analizada es sólo aparente, pues no es válida para el juego del principio de fe pública registral del artículo 34 LH.

En cambio, una virtualidad real de las distintas posiciones jurisprudenciales sobre el momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales es la posibilidad de ejercitar durante un mayor o menor tiempo —hasta el otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación o hasta el auto de adjudicación, respectivamente— la tercería de dominio en los casos de ejecución de embargos sobre inmuebles (ex art. 596.2.º LEC). No obstante, también aquí la trascendencia efectiva práctica de la polémica judicial queda muy limitada porque la falta de ejercicio de la tercería, su inadmisión por interponerse fuera de plazo o su resolución desfavorable al tercerista no da efectos absolutos al embargo, pues no impide una posterior acción reivindicatoria para hacer valer el

anterior derecho de propiedad, salvo que, con arreglo al artículo 594.1.º LEC, el ulterior adjudicatario haya consumado una adquisición inmobiliaria que sea inatacable o irreivindicable. Ahora bien, téngase en cuenta que adquirir aquí de «*modo irreivindicable*» un inmueble no significa sólo concurrencia de título y modo de acuerdo con el artículo 609 del Código Civil, como parece entender alguna doctrina y jurisprudencia —ya se decante por la tesis clásica, ya por la moderna—, y que, ciertamente, daría extrema relevancia a la pugna jurisprudencial estudiada. Sin embargo, ello no es así en absoluto, porque cuando se adquiere un inmueble *a non domino*, es decir, de un titular inscrito que ya no es propietario en la realidad extrarregistral —por la existencia de una doble venta judicial de inmuebles—, la adquisición inmobiliaria de «*modo irreivindicable*» del artículo 594.1.º LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH: haber adquirido a título oneroso, de persona inscrita y de buena fe, debiendo ésta durar hasta el momento de la inscripción. En suma, y de nuevo, la relevancia aprovechable del debate judicial queda muy disminuida.

Por otra parte, podría ser relevante la distinta solución que se adopte para resolver la porfía jurisprudencial de cuándo se entiende consumada la venta judicial en algunos de los supuestos de doble venta en los que, por faltar la inscripción de buena fe en el Registro de la Propiedad, no jugara el principio de fe pública registral del artículo 34 LH ni el de prioridad en la registración del artículo 1473.2.º del Código Civil. En concreto, la trascendencia se reduciría a los casos de falta de posesión material en los dos adquirentes o adjudicatarios, pero en los que uno de ellos o bien ambos tuviesen la tradición instrumental derivada de escritura pública o documento público asimilado. En estas hipótesis, como ya se ha explicado anteriormente, la prioridad en la tradición instrumental será determinante, por lo que de aplicarse la tesis judicial clásica se retardaría la consumación ficticia al momento del otorgamiento del testimonio del auto de adjudicación, y, de adoptarse la posición moderna, dicho instante consumatorio se acortaría al tiempo del auto de adjudicación. No obstante, se trata de situaciones muy limitadas en cuanto que exigen la inexistencia de la posesión material en el primer adquirente y la falta de aplicación del principio de fe pública en el segundo y, además, como también quedó expuesto, no considero apropiada la equivalencia que hace la línea jurisprudencial moderna de auto de adjudicación con título público cuya prioridad hace preferente al adjudicatario según el artículo 1.473 del Código Civil, pues, a tenor del artículo 2 LH, sólo podría admitirse como tal título público el testimonio de dicho auto de adjudicación. Por todo ello, puede afirmarse, una vez más, que la controversia jurisprudencial investigada —cualquiera que sea la luz con la que se intente clarificar— no tiene —ni debería tener— la esencial trascendencia práctica que el propio Tribunal Supremo parece otorgarle.

Finalmente, y en definitiva, hay que resaltar que en esta sede de ventas judiciales dobles la diversidad de criterios y los planteamientos confusos de nuestro Alto Tribunal provocan una indeseable inseguridad jurídica que hay que desterrar. En las Resoluciones del Tribunal Supremo se echan en falta un razonamiento uniforme, fundado y claro, y una interpretación y aplicación adecuadas del artículo 34 LH, lo que afecta al puntal principal de nuestro sistema inmobiliario registral: el principio de fe pública registral.

RESUMEN

TRADITIO INSTRUMENTAL

Nuestro Tribunal Supremo mantiene una doble posición respecto del momento de concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: la que exige auto de aprobación del remate (título) y testimonio del mismo (modo), y la que se conforma con la aprobación del remate (título) y la subsiguiente adjudicación al rematante (modo).

Esta lamentable disparidad se agrava en cuanto que ambas posturas coinciden en que dicho instante consumatorio controvertido es esencial para el juego del principio de fe pública registral, inteligencia criticable, pues la adquisición del tercero registral no es a domino, en la que sí es determinante la conjunción de título y modo del artículo 609 del Código Civil, sino inscriptionis causa y a non domino, por lo que requiere el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH. La trascendencia efectiva práctica de la polémica jurisprudencial quedaría limitada, pues, a la existencia de un mayor o menor plazo para el ejercicio de la correspondiente tercera de dominio ex artículo 596.2.º LEC, alcance éste, ciertamente, muy restringido.

ABSTRACT

INSTRUMENTAL DELIVERY

Our Supreme Court holds two standpoints about the time when title and mode become attendant in foreclosure sales: the standpoint that requires a ruling approving the conclusion of the auction (title) and an official transcript thereof (mode), and that which is satisfied by the approval of the auction's conclusion (title) and the subsequent adjudication to the winning bidder (mode).

This sad disparity might seem worse, inasmuch as the two postures agree that this debated instant of consummation is essential for the principle of conclusive title to come into play. This bit of intelligence may be criticized, because the third party's registered acquisition is not an a domino acquisition (in which case the conjunction of title and mode would be a telling issue under the Civil Code, art. 609), but an acquisition inscriptionis causa and a non domino, so it requires the fulfilment of all the requirements set by art. 34 of the Mortgage Act. The practical, effective impact of the jurisprudential polemics are limited, then, to the varying length of the term for the exercise of the corresponding third-party claim to ownership under art. 596.2 of the Civil Procedure Act, which is of a very restricted scope indeed.

(Trabajo recibido el 25-7-2006 y aceptado para su publicación el 30-7-2007)