

Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: LA REFORMA DEL SISTEMA DE TRAFICO JURÍDICO DE COSAS Y LAS TERMINOLOGÍAS DOCTRINALES. 1) Reforma proyectada: la inscripción sustitutiva de la tradición de finca. 2) Coordinación con estudios anteriores: continuación de la línea de pensamiento evolutivo. 1. Dos sistemas: latino y alemán. 2. Venta y tradición. 3. Título material y prueba mediante la posesión o el título formal. 4. Ley Hipotecaria. 5. Resumen histórico. 6. Principio fundamental. 3) Opiniones del conferenciante. Terminologías de don Jerónimo González y de don Bienvenido Oliver. 4) Manual de Derecho civil registral y programa de oposiciones.—I. COMPRAVENTA: SISTEMA LATINO Y SISTEMA ALEMÁN. 1) Contrato de compraventa italiano. 1. Contrato traslativo y obligatorio. 2. Contrato traslativo y condición legal, que consolida el efecto traslativo. 3. Aplicación al Derecho español. 4. Acuerdos internacionales, de Pavía y de Pisa. 2) Sistema alemán aplicado: el acuerdo real. 1. Tradición. 2. *Auflassung*.—II. CONTRATO E INSCRIPCIÓN. 1) *Totum revolutum*. 1. Dos supuestos primordiales: transmisión de propiedad y constitución de hipoteca. 2. Compraventa y tradición probadas (art. 3 LH). 2) Doble calificación. 1. Función registral. 2. Función notarial y registral. 3) Reforma. 1. Tradición. 2. Contrato. 3. Escritura: forma y prueba, necesaria para la inscripción (arts. 3, 9, 18 LH). 4. Inscripción publicitaria, necesaria para la aseguración de la adquisición (art. 32 LH). 4.1. Germanismo dicotómico. 4.2. Tradición e inscripción. 4.3. *Hipoteca*.—III. EL CONTRATO Y LA CONDICIÓN LEGAL DE PRUEBA Y PUBLICIDAD. 1) Las voluntades contractuales: *animus* del vendedor y *animus* del comprador. 2) La condición legal: dar la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad. 1. Posesión: apariencia y prueba de la propiedad. 2. Proceso reivindicatorio romano y posesión adquirida por tradición. 3. Prueba mediante testigos o mediante escritura. 3) Adquisición derivativa causal y compra *a non domino*. 1. Ineficacia del contrato y acciones contra tercero, personal y reivindicatoria. 2. Sistema alemán: abstracción causal y adquisición *a non domino*. 4) Dos teorías. 1. Contrato y condición legal. 2. Título y modo. 3. Elección. 5) Doctrina española usual. 1. Opiniones de Amorós Guardiola y de García García. Puntualizaciones. 1.1. Transmisión del derecho de propiedad. 1.2. Constitución del derecho de hipoteca. 2. Contrato obligatorio, contrato causa, inscripción de títulos y contratos. 3. *Conciliación*.—IV.

ACCIÓN PERSONAL Y ACCIÓN REAL. EFICACIA *ERGA OMNES*, DEL DERECHO REAL Y DE LA PRUEBA DEL CONTRATO ESCRITURADO. 1) *Actio*. 1. *Actio in personam*. 2. *Actio in rem*: reivindicatoria, *erga omnes possidentes* en concepto de dueño. 2) Tutela jurídica del propietario. 1. Poseedor. 1.1. Interdictos. 2.1. Oposición a la reivindicación facilitada por la presunción posesoria (art. 448 CC). 2. Desposeído, reivindicación de la pertenencia del derecho. 3. Resumen. 3) La expresión oponibilidad *erga omnes*. 4) Relación jurídica y derecho. 1. Relación personal o real y derecho personal o real. 2. Compraventa, traslativa (acción real) y obligatoria (acción personal). 3. Causa de la transmisión, de la cosa y del dinero. 4. Compraventa y otros contratos traslativos del dominio y de otros derechos reales. 5. Procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria: la 2.^a de las causas de la «demanda de contradicción» (art. 41, 6, 2.^a LH). 6. Acción personal y acción real: compatibilidad. 7. Acción declarativa de ineficacia contractual: oponibilidad a tercero, salvo excepción (art. 1.295, 2, CC). 8. Venta de cosa ajena (venta *a non domino*) e irreivindicabilidad. 8.1. Artículo 464 CC. 8.2. Artículo 1.473, 2, CC. 9. Código civil italiano.—V. PERÍODO DE PENDENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN LEGAL. 1) Supuesto estudiado. 1. Escritura notarial (art. 1.462, 2, CC): no hay período intermedio. 2. Escritura privada: período intermedio hasta la tradición. 2) Derecho vigente. 1. El título y el modo según el legislador de 1861. 2. El título y el modo según la interpretación germánica. 3. Conciliación y la teoría del contrato y la condición legal. 3.1. El vendedor ante el tercero. 3.2. El vendedor ante el comprador. 3.3. Retención por el vendedor. 3.4. Conservación por el vendedor. 3.5. Frustración de la transmisión causada. 3.6. Consolidación de la transmisión causada. 3.7. Principio proclamado y reglas operativas: Principio fundamental. 3.8. Derecho italiano. 3.9. Derecho alemán. 4. Vendedor por segunda vez. 4.1. Regla operativa. 4.2. Excepción. 4.3. ¿Inscripción constitutiva? 5. Vendedor desposeído después de la perfección del contrato. 5.1. Vendedor desposeído antes de la perfección. 5.2. Inscripción de títulos materiales. 5.2.1. Artículo 9 RH. 5.2.2. Artículo 7 RH. 5.2.3. Vendedor poseedor y anotación de demanda. 5.2.4. Vendedor desposeído e inscripción (no anotación). 5.2.5. Desconocimiento de la desposesión. 5.2.6. Reforma. 5.2.7. Artículo 1.462, 2, CC. 5.2.8. Artículo 486 CC. 6. Vendedor deudor de tercero. 6.1. Vendedor quebrado. 6.2. Vendedor embargado. 7. Resumen. 3) Reforma.—VI. EL ARTÍCULO 1.160 DEL CÓDIGO CIVIL. 1) Interpretación germanizante dicotómica y rechazo. 2) Supuestos de aplicación: ventas especiales. 1. Cosa genérica vendida y dinero del precio. 2. Cosa futura. 3. Cosa ajena y supuestos especiales. 3.1. Sistema alemán. 3.2. Sistema latino. 3.3. Sistema latino español. 3) Código civil italiano de 1942.—VII. ASEGURACIÓN REGISTRAL DE LA ADQUISICIÓN CONSOLIDADA. 1) Reforma de 1861. 1. Ley de terceros: terceros compradores y terceros acreedores hipotecarios principalmente. 1.1. Artículo 23 y artículo 27. 1.2. Artículo 25 y artículo 27. 2. Registro de la Propiedad continuador de la Contaduría de Hipotecas. 2.1. Disposiciones transitorias de la Ley para la implantación del Registro. 2.2. Dificultades de aplicación y entrada en vigor parcial el 1 de enero de 1863. 2.3. Reforma de 1869 y entrada en vigor el 1 de enero de 1871. 2.4. Artículo 17. Prioridad formal. Cierre del Registro. 2.5. Artículo 20. Adquisición derivativa y tracto sucesivo formal. Apertura del Registro. 2.6. Inscripción 1.^a de apertura.

El tercero prusiano de la Ley de 1861. 2.7. Evolución del artículo 20 en las Leyes de 1869, de 1909 y de 1946 (arts. 205 y 207). Persistencia del espíritu prusiano de la Ley de 1861. 2.8. Artículo 34 y artículo 35: evolución legislativa. 2.9. El sistema prusiano según don Bienvenido Oliver y Esteller. 2) Aseguración registral. 1. Aseguración atributiva de la pertenencia del derecho: artículos 32 y 34. 2. Aseguración de la exactitud formal: artículo 40, párrafo final. 3) Unidad del concepto de tercero asegurado. 1. Principio de publicidad y tercero prusiano de 1794 y de 1861. 2. Código civil italiano de 1942. Transcripción, de contratos y de actos (equivalencia con el art. 23 LH 1861) así como de sentencias y de demandas de resolución y de nulidad de contratos (equivalencia con el art. 34 LH 1861). 3. Artículo 34, aplicación específica del principio general del artículo 32 a las causas de resolución y de nulidad del título de pertenencia al vencido judicialmente. 4. Vendedor desposeído. 4) Principio de publicidad o de inscripción publicitaria. 1. OPONIBILIDAD, a tercero *afectado*, de la prueba registrada. Eficacia *probatoria* de la inscripción. Principio de legitimación registral. 2. INOPONIBILIDAD, a tercero *asegurado*, de la prueba no registrada. Eficacia *sustantiva* de la inscripción *atributiva* del dominio, excepción a la acción reivindicatoria y *pérdida* de dominio para el anterior «verdadero» propietario. Principio de fe pública registral en sentido estricto. 5) Prueba oponible a tercero y derecho real. 1. Prueba registrada oponible a tercero y derecho real parcial oponible al tercero propietario. 2. Calificación de la escritura de crédito hipotecario. 3. Conocimiento y mala fe. 6) Derecho alemán de inscripción *del acuerdo real abstracto* frente al Derecho prusiano de inscripción *publicitaria*.

INTRODUCCIÓN: LA REFORMA DEL SISTEMA DE TRAFICO JURÍDICO DE COSAS Y LAS TERMINOLOGÍAS DOCTRINALES

1) En conferencia pública (1) se ha anunciado el estudio de una reforma del sistema español de tráfico jurídico de los derechos inmobiliarios que exige reconsiderar su principio fundamental, es decir, la configuración legal del contrato de compraventa, traslativo y obligatorio, en relación con la tradición y con la inscripción.

A mi entender, el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil pasaría a disponer que la propiedad se transmite *a causa o por efecto*, o sea, «por consecuencia», de ciertos contratos traslativos *mediante* la tradición, *sustituida* por la inscripción si su objeto es un inmueble inmatriculado. Para

(1) Ilmo. señor don ANTONIO PAU PEDRÓN, Director General de los Registros y del Notariado, «Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios». Conferencia pronunciada en Barcelona, Universidad Pompeyo Fabra, en junio de 1991. Publicada en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1604, de 5 de julio de 1991. También publicada en *Lunes cuatro treinta*, revista de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunidad Valenciana, núm. 81, 2.^a quincena, julio 1991. Citaré: v. conferencia (1), p...

ello, según otro precepto, se inmatricularán necesariamente los inmuebles que se transmitan a partir de...

Se proyecta que, respecto a estas fincas, la transmisión de la posesión en concepto de dueño (sea voluntaria, mediante la tradición por el vendedor poseedor, o sea supletoriamente forzosa, mediante la puesta en posesión por el Juez) cese en su actual función de condición legal o requisito legal de cumplimiento necesario para que se consolide la transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa otorgado por el vendedor que es propietario y poseedor.

La exigencia de este requisito adicional y posterior al contrato se fundamenta en que la posesión en concepto de dueño tiene eficacia probatoria y publicitaria, pues el poseedor en concepto de dueño, por presunción legal (sin perjuicio de la prueba en contra), queda legitimado como propietario presunto, por título material no determinado, dispensado de exhibir título formal (art. 448 CC).

Así, dar la posesión en concepto de dueño es dar la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad, transmitir la posesión en concepto de dueño es transmitir la prueba de la pertenencia de la propiedad y pasar a ser poseedor en concepto de dueño es pasar a ser propietario *presunto*.

Se proyecta que, respecto a dichas fincas, la inscripción registral *sustituya* a la tradición en su actual función de condición legal para la consolidación de la transmisión contratada.

Porque es evidente que la inscripción registral del contrato de compraventa conformado y probado mediante escritura notarial cumplirá mejor que la posesión su eficacia probatoria y publicitaria. El titular registral del derecho de propiedad, adquirido por contrato determinado, probado mediante copia de la escritura notarial conformadora calificada por el registrador, y publicado mediante la inscripción, por presunción legal (mientras no se rectifique la inscripción registral) quedará legitimado como propietario presunto a causa del contrato inscrito (art. 38, 1, LH).

2) Intentaré coordinar las manifestaciones del conferenciante con cuanto expuse al respecto en mis cuatro estudios recopilados y concordados en el libro titulado «Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa (condicionada legalmente a la adquisición por el comprador de la posesión en concepto de dueño de la cosa mediante la tradición por el vendedor o supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez, e incondicionada cuando está desposeído)», que también pudo denominarse «Transmisión de la propiedad a causa de compraventa (condicionada legalmente a la transmisión de la posesión, voluntaria o forzosa, cuando el vendedor es el poseedor, e incondicionada cuando el vendedor está desposeído)». En particular he de coordinarlas con lo expuesto en el estudio

tercero acerca del «Contrato de compraventa y tradición en el Código Civil español de 1889» (2).

De manera que este estudio quinto continúe la línea de pensamiento evolutivo aludida en la solapa del libro y en su «Presentación», orientada a desvelar el germanismo dicotómico de nuestra doctrina, para dignificar el contrato latino de compraventa y desmitificar la tradición, para facilitar así la comprensión y exposición didáctica de nuestro sistema registral.

Intentaré aclarar el significado y alcance del contrato y de la escritura notarial así como el significado de la tradición y de la inscripción necesaria («constitutiva») para lo que tendré en cuenta la orientación histórica de don Bienvenido Oliver y Esteller (3) y la orientación actual de la doctrina italiana y de su Código Civil de 1942 (4), que según acuerdo internacional de Pavía (1990) es el modelo a considerar para el futuro Código europeo de los contratos (5).

En este estudio, como en los anteriores, me refiero al contrato de compraventa y al derecho de propiedad, porque el contrato de compraventa es el modelo de los contratos, sobre todo de los demás contratos que son traslativos y consecuentemente obligatorios (permuta, obra, sociedad, mutuo...) y porque el derecho de propiedad es el modelo de los derechos patrimoniales reales parciales. Así, también puede aplicarse este estudio a otros contratos y a otros derechos, con las correspondientes adaptaciones específicas (6).

(2) Editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991. Libro del que se remitió un ejemplar para la biblioteca de todos y cada uno de los Registros de España. Distribuido al público por Civitas S. A. Citaré: v. libro (2), p...

(3) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER, *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Vigente en la península, islas adyacentes, Canarias, territorios de África, Cuba, Puerto Rico y Filipinas «Sucesores de Rivadeneira», Madrid, 1892-1896.

(4) ANGELO CHIANALE, Investigador de Derecho Privado de la Universidad de Turín, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Ed. Giuffrè, Milán, 1990, pág. 94.

Realiza un magnífico estudio de Derecho comparado, que incluye el inglés PERO NO ESTUDIA EL DERECHO ESPAÑOL (vid. pág. 99, núm. 90, punto segundo).

Aplica una lógica estructuralista que le lleva a calificar como un supuesto de desmembración del dominio, lo que mejor puede ser explicado con el amplio concepto de las condiciones legales (*conditiones juris*) y de la eficacia del negocio condicionado legalmente, durante la situación de pendencia del cumplimiento de la condición legal.

Se refiere escuetamente (pág. 2, al final de la nota 1), al Acuerdo de Pisa sobre «Venta y transmisión de la propiedad desde la perspectiva histórica comparada», alcanzado en el Congreso Internacional de Derecho comparado celebrado en Pisa del 17 al 21 de abril de 1990.

(5) V. infra I, 1), 4.

(6) V. libro (2), págs. 403 y sigs.

1. Dentro de estos límites, insistiré en *contrastar dos sistemas legislativos*, las teorías que pretenden explicarlos y sus respectivas terminologías.

El sistema *alemán*, de la diferenciación dicotómica entre el contrato obligatorio (Venta) y el negocio dispositivo de transmisión, de cosa mueble (Tradición) o de cosa inmueble (Auflassung), abstraído de su causa, como es el contrato de venta. Hay dos acuerdos jurídicos: uno obligatorio (contrato) y otro traslativo (acuerdo real).

El sistema *latino*, en su configuración actual del contrato de venta traslativo y obligatorio, y de las posibles condiciones legales de la transmisión contratada (tradición de muebles y escritura notarial e inscripción registral de fincas en el sistema español propugnado). Hay un acuerdo jurídico: el contrato traslativo y obligatorio.

2. Insistiré, para aclarar que el contrato de compraventa español no es un contrato de finalidad traslativa y de voluntades obligatorias, sino que es un contrato de dos voluntades traslativas y obligatorias, la del vendedor y la del comprador, que transmite el derecho, aunque sea mediante el cumplimiento de alguna necesaria condición legal o requisito adicional posterior; normalmente, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa vendida, mediante la transmisión de la posesión (voluntariamente, mediante la tradición por el vendedor poseedor, o forzosamente, mediante la puesta en posesión por el Juez) en cuanto la posesión probada es la prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC).

En este sentido, hacer tradición, dar la posesión, significa dar la *prueba* por presunción legal *de la pertenencia del derecho de propiedad*, mientras que inscribir significa dar *publicidad* a la pertenencia del derecho de *propiedad*, *adquirido* por el título inscrito, probado mediante escritura notarial conformadora del contrato y probatoria de la transmisión del derecho de propiedad y de la posesión en concepto de dueño.

La ley condiciona la consolidación de la transmisión del *derecho* de propiedad a la transmisión de la *posesión* en concepto de dueño. La ley condiciona la consolidación del cambio del propietario *verdadero* al cambio del propietario *presunto* y aparente por título no determinado. La ley condiciona la consolidación de la transmisión del derecho contratada a la transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad.

3. Partiendo de este principio fundamental de la configuración del contrato de compraventa y de la tradición, para que se produzcan los efectos registrales, el registrador inscribe el *título de pertenencia del derecho* (*título en sentido material*) que, según la ley, es el fundamento de la adquisición consolidada del derecho. Que será el supuesto de hecho integrado por el «título» (contrato) y el «modo» (tradición), conforme al artículo 2.º, 1, 2,

de la Ley Hipotecaria y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (según sentencia de 23 de enero de 1989) cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño. Que será sólo el contrato cuando el vendedor esté desposeído por un tercero poseedor en concepto de dueño (art. 1.526 CC). Además, conforme al Derecho Civil vigente en 1861, hasta entrar en vigor el Código Civil de 1889 era elemento integrante del supuesto de hecho de la adquisición, el pago por el comprador del precio no aplazado, tanto si el vendedor era el poseedor como si estaba desposeído.

De este título en sentido material se presenta en el Registro la necesaria *prueba documental* (título en *sentido formal*, art. 3 LH), para que mediante la inscripción del título material quede *asegurada* la adquisición *consolidada* (art. 32 y 34 LH).

Normalmente será la copia de una escritura notarial, que prueba la transmisión a causa del contrato de venta consolidada mediante la tradición de la cosa (y el pago del precio no aplazado, hasta la reforma por el Código Civil). Escritura que prueba un contrato de venta (art. 1.218 CC), celebrado por personas jurídicamente capaces (puesto que la capacidad es presupuesto subjetivo del supuesto de hecho contractual) redactado en forma legal, o sea conformado con las circunstancias que deben constar en la inscripción (según el art. 9 LH), y con un contenido dispositivo válido, que implica la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor como presupuesto objetivo del supuesto de hecho contractual (art. 18 LH desde la reforma de 1944, y art. 20 LH y art. 38 LH 1944). Escritura que prueba la tradición, que presupone la posesión por el vendedor poseedor (art. 1.462, 2, CC y art. 3 LH). Escritura que prueba el pago del precio no aplazado, condicionante de la transmisión del dominio de la cosa hasta entrar en vigor el Código Civil en 1889 (art. 3 LH 1861).

Excepcionalmente, será la copia de una escritura notarial que prueba el contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño (art. 1.526 CC). Que no será prueba de una tradición, ontológicamente imposible, que la ley no obliga a realizar (art. 1.526, 1 CC). Que además será prueba del pago del precio no aplazado, lo que era muy importante cuando entró en vigor la LH de 1861 y continuó siéndolo hasta que entró en vigor el Código Civil de 1889.

4. La Ley Hipotecaria dispone que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los *actos* y *contratos* relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles» (art. 1 LH) y dispone que en los Registros se inscribirán *títulos...* (art. 2.º, primero y segundo, LH) y que estos títulos deberán estar consignados en escritura pública... (art. 3.º LH), expresiones que se coordinan considerando que aluden a *actos* unilaterales aceptados (donación y herencia) y a *contratos*

(compraventa y «otros ciertos»), según insiste el Código Civil (art. 609, 2), que serán *títulos* adquisitivos, por sí solos (actos unilaterales aceptados y contrato de cesión) o, en su caso, mediante la tradición por el poseedor (compraventa y otros ciertos contratos), y que serán *probados* mediante escritura notarial, que no sólo conforma y prueba los contratos (compraventa) sino que también prueba el cumplimiento de la tradición cuando ésta es requisito adicional, según expresas cláusulas de estilo notarial al tiempo de la Ley Hipotecaria de 1861, y según presunción legal desde el Código Civil (art. 1.462, 2, CC), supuesto que el vendedor es el poseedor; sin olvidar que cuando el vendedor está desposeído, la tradición, imposible en la actualidad de la perfección, está excluida ontológica y legalmente, de manera que la escritura notarial conformará el contrato de compraventa del derecho de propiedad incorporal (contrato de cesión) al manifestarse la situación de desposesión del vendedor (art. 1.526 CC).

5. Antes de pasar a exponer la opinión del conferenciante y sólo con el fin de centrar el tema, recordaré lo siguiente.

El sistema romano justiniano configura el contrato de venta como un acuerdo de cambio de cosa por dinero que obliga al vendedor *poseedor* a dar la posesión en concepto de dueño de la cosa al comprador, quien adquiere el derecho de propiedad que pertenecía al vendedor, mediante la tradición de la cosa y el pago del precio no aplazado.

Al recibirse el Derecho romano justiniano en los territorios del destruido Imperio Romano de Occidente, los Notarios de Bolonia incluyeron en sus escrituras de venta de una finca la cláusula de constituto posesorio, según la cual queda cumplida la tradición por acuerdo de cambio del *animus possessionis*, si el vendedor deja de poseer en concepto de dueño aunque continúe poseyendo en concepto distinto, como el de usufructuario o el de arrendatario, porque el contrato se celebra en el despacho del Notario y los intervinientes, al no estar presentes ante la finca, no pueden realizar actos de tradición real o *longa manu*; desde entonces, las escrituras notariales de compraventa de una finca fueron prueba de la transmisión y adquisición de la posesión por pacto expreso de constituto posesorio. También incluían una cláusula de cesión de la acción reivindicatoria para cuando el vendedor no era poseedor en concepto de dueño porque estaba desposeído por un tercero y, por tanto, no podía hacer tradición por pacto de constituto posesorio. Además, hacían expresión del pago del precio, entregado en el acto o confesado o recibido con anterioridad, o del pacto de aplazamiento del pago, acaso garantizado con hipoteca o condición resolutoria. Así, la escritura notarial era prueba de la perfección y de la consumación del contrato, de la adquisición del derecho de propiedad de la cosa vendida y de la adquisición del dinero del precio no aplazado. Y así continúa siendo.

Al tiempo de la codificación europea de fines del siglo XVIII (Código Civil prusiano de 1794 y Código Civil austríaco de 1811) impera la teoría del título y el modo como explicación escolástica filosófico causalista del sistema común romano-europeo, según la cual venta y tradición son, ambas, causas de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad del vendedor poseedor: la venta es la causa mediata y la tradición es la causa inmediata, a la vez que la venta es la causa inmediata de la tradición.

El Código Civil francés de 1804 no requiere que el contrato de venta vaya seguido ni de la tradición de la cosa ni del pago del precio no aplazado para que el dominio quede transmitido y adquirido por el contrato de compraventa. Los autores franceses dicen que, por voluntad de los contratantes, del contrato nace la obligación de dar o hacer adquirir un derecho y que, según la ley, esta obligación queda cumplida al perfeccionarse el contrato, lo que basta para que el derecho quede transmitido y adquirido, aunque no se pacte el constituto posesorio o, en su caso, la cesión de la acción reivindicatoria, ni se haya pagado el precio no aplazado. Basta la causa mediata para que se transmita el dominio de la cosa vendida.

En Alemania, Savigny también quiso destacar la importancia de las voluntades de las partes para la transmisión del dominio, pero con una interpretación muy personal del Derecho Romano vigente aún (en el siglo XIX), como Derecho común de los Estados alemanes: El contrato de venta obliga al vendedor a dar el derecho de propiedad y a realizar los actos necesarios para cumplir esta obligación (no sólo obliga a dar la posesión o a que el propietario desposeído ceda su acción reivindicatoria). En cumplimiento de esta obligación contractual, a causa del contrato, se ha de perfeccionar un acuerdo real, con el *animus transferendi dominii* del vendedor y el *animus accipiendi dominii* del comprador, como elemento volitivo de la tradición, que configura como un negocio de transmisión del dominio por efecto de dicho acuerdo real pero mediante la transmisión de la posesión, y como un negocio traslativo por sí solo, con abstracción del contrato de venta, sin perjuicio de la posible corrección del enriquecimiento sin causa contractual ejercitando una acción personal, que no invalida la transmisión por tradición. Basta la causa inmediata para que se transmita y adquiera el dominio de la cosa entregada, en cuanto el negocio dispositivo, que es causa inmediata de la transmisión y adquisición, queda abstraído del contrato de venta que es su causa inmediata y causa mediata de la adquisición.

Esta teoría de Savigny respecto al Derecho Romano, adoptada por sus discípulos y, en general, por los pandectistas alemanes como interpretación cierta del Derecho común de los estados alemanes, a través de Windscheid, quedó configurada como sistema legislativo respecto a las cosas muebles en el Código Civil alemán vigente desde 1900.

A la teoría de Savigny respecto al Derecho Romano se han opuesto

romanistas actuales, como el Profesor Alvaro D'Ors (7), para quienes el vendedor (poseedor) romano está obligado a dar la posesión en concepto de dueño de la cosa al comprador, pero no está obligado a dar el derecho de propiedad, es decir, que no está obligado a transmitir el derecho de propiedad, aunque responda en caso de evicción en juicio declarativo por haber vendido cosa ajena, y para quienes la tradición romana es la actuación voluntaria de la obligada transmisión de la posesión (del cambio de poseedor) pero no es un negocio jurídico dispositivo de transmisión del derecho de propiedad (del cambio de propietario) abstraído de su causa contractual.

Los civilistas italianos, en su labor preparatoria del Código Civil Italiano vigente hasta 1942 en sustitución del Código de 1865 derogado, rechazaron el sistema alemán y reafirmaron el sistema latino italiano del Código de 1865.

Entienden que lo principal del contrato latino de venta no puede ser el que constituya al vendedor en obligado a entregar la posesión en concepto de dueño de una cosa. Lo principal del contrato de venta ha de ser y es su configuración como acuerdo entre el *animus transferendi dominii* del vendedor y el *animus accipiendi dominii* del comprador (sin perjuicio, en su caso, de la necesidad del cumplimiento de algún adicional requisito o condición legal), acuerdo del que consecuentemente nacen obligaciones recíprocas, sobre todo la de dar cumplimiento a las condiciones legales de la transmisión contratada, es decir, la de realizar todos los actos necesarios para que se consume o consolide la transmisión del derecho contratada.

6. Puede concluirse que en la actualidad se contraponen dos *sistemas* y formulaciones teóricas:

De un lado el sistema alemán, dicotómico o dualista, desprestigiado por no ser cierta su proclamada fundamentación histórica y por su artificiosidad, que le aleja de la concepción popular y de la realidad práctica del tráfico jurídico de bienes, y determina la necesidad de corregir el «principio proclamado» acudiendo a «reglas operativas» fundadas en meras ficciones.

De otro lado el sistema latino, unitario o monista, del contrato, traslativo y obligatorio, y de las condiciones legales de la transmisión, que es la formulación teórica actual del sistema romano europeo (anterior a la invención del alemán). Con ciertas variaciones, es el sistema español, el sistema francés y el sistema italiano.

La doctrina civilista española, que intentó trasplantar la teoría de Savigny a la interpretación del sistema español, teóricamente no se opone, en la actualidad, a la verdadera configuración del sistema romano justiniano, que continúa vigente en el Derecho español, excepto en lo referente al

(7) D'ORS (ALVARO), *Creditus y contractus*, AHDE 1956; *Creditus*, AHDE, 1983.

condicionamiento legal del pago del precio no aplazado que fue derogado por el Código Civil.

Creo que, según principio fundamental del sistema latino español, la transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa otorgado por el vendedor-propietario-poseedor está condicionada legalmente al cambio del poseedor en concepto de dueño, mediante la tradición por el vendedor o, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por el Juez, para que el comprador, con la posesión, obtenga la prueba por presunción legal de que le pertenece el derecho de propiedad (art. 448 CC), de manera que tal condicionamiento es improcedente cuando el vendedor está desposeído y la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad corresponde a un tercero poseedor en concepto de dueño: la ley no exige que el vendedor realice una tradición que es ontológicamente imposible cuando no es él quien posee (art. 1.526 CC).

La formulación preconizada por la doctrina italiana es aprovechable sin forzar las normas vigentes, porque sólo se trata de dar un giro a la interpretación de nuestro sistema para que vuelva al camino del que no debió salir, pero adoptando una terminología o «señalización viaria» superadora de la formulada por la teoría del título y el modo.

3) Una vez centrada mi opinión sobre el tema estudiado, para exponer los criterios del conferenciante acerca del proyecto de reforma, nada puede ser mejor que acotar y copiar algunos párrafos de su conferencia, que me permito intercalar con algunos comentarios iniciales entre corchetes, sólo a efectos de contraste terminológico, con el fin de destacar las diferencias o los matices que pudieran pasar desapercibidos, sin perjuicio de posteriores desarrollos de las cuestiones consideradas, atendidas las tesis que sigue el conferenciante.

1. Según la fuente de información que utilizo (8) dijo el conferenciante que «nuestro sistema traslativo de derechos reales tiene carácter causal: el título es la causa del modo; el negocio es la causa de la constitución del derecho real. La tradición, y en su momento la inscripción, produce el cambio real porque se ha producido un negocio con finalidad traslativa. Paralelamente, la nulidad del título hace inoperante la tradición y, en su caso, la inscripción».

[Desde luego, nuestro sistema no es un sistema de abstracción causal, en lo que difiere del sistema alemán.

Pero a algunos puede parecer que, salvada esta diferencia, el sistema español es muy análogo al sistema alemán, lo que no es cierto.

El negocio contractual español es la causa de la transmisión y adquisi-

(8) V. conf. (1), pág. 21, VI, *El título en un sistema de inscripción constitutiva*.

ción (no de la constitución) del derecho de propiedad, y la tradición española es una actuación de transmisión de la posesión que consolida la contratada transmisión del derecho.

La tradición no produce el «cambio real» porque se ha producido un negocio de finalidad traslativa, sino que el «*cambio real*» se produce porque se ha perfeccionado un negocio de voluntades traslativas, un contrato traslativo del derecho, aunque no inmediatamente, por sí solo (salvada la venta del derecho incorporal del propietario desposeído), sino mediante el *cambio de poseedor*, porque así lo ordena la ley, fundada en que dar la posesión es dar la prueba de la propiedad (art. 448 CC).

La nulidad del contrato no hace inoperante la tradición, sino que implica la inexistencia del contrato y de la transmisión contractual del derecho, aunque el comprador continúe poseyendo la cosa en concepto de dueño, injustamente.]

2. «El negocio causal —dice el conferenciante— reúne, en el Derecho español, la doble función de acuerdo obligacional y acuerdo real, que parece conceptual y formalmente diferenciada en algún Derecho europeo. No tiene base, en nuestro Derecho, una diferenciación entre la voluntad del transmitente de obligarse a transmitir y la voluntad de transmitir efectivamente. Como no cabe esa diferenciación, no cabe reconocer existencia separada al acuerdo real, ni atribuir valor de acuerdo real a la tradición o a la inscripción constitutiva. La declaración de voluntad del transmitente se agota en el negocio causal, que comprende, como decíamos, la voluntad de transmisión efectiva. Por tanto, ni la tradición ahora, ni en su momento la inscripción constitutiva, requieren nuevo consentimiento, sino que constituyen una consecuencia necesaria del negocio causa.»

[A mi juicio, *este párrafo es lo más importante de la conferencia*, aunque parece una petición de disculpa ante los españoles seguidores de los alemanes y aunque su terminología pueda inducir a que algunos piensen que el contrato de venta obliga a transmitir el derecho de propiedad y que se requiere un adicional acuerdo de transmisión del derecho.

El contrato de compraventa español no es un contrato de *finalidad* traslativa y de voluntades obligatorias, solamente, sino que el contrato de compraventa español es un contrato de *voluntades* traslativas y obligatorias, tanto la voluntad del vendedor como la voluntad del comprador, y es un contrato que no obliga a transmitir el derecho de propiedad sino que lo *transmite*, aunque sea mediante el cumplimiento de alguna o algunas condiciones legales, un cumplimiento al que resultan obligados los contratantes.

Considero primordial esta idea: no se puede estudiar la transmisión del derecho de propiedad en el sistema de tráfico jurídico de bienes sin estudiar el contrato de compraventa, es decir, las voluntades traslativas acordadas.

Es absurdo compartimentar el Derecho Civil de manera que el contrato de compraventa no se alude al tratar de la transmisión del derecho de propiedad por acuerdo entre enajenante y adquirente.

Es absurdo añadir el Derecho registral como un apéndice al estudio de los derechos reales sin estudiar el contrato de compraventa y el contrato de hipoteca.]

3. «Criterio distinto —según el conferenciante— mantiene Rafael Núñez Lagos: "... no es posible... asiento del Registro de naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final". Pero —dice Pau Pedrón— la inscripción constitutiva no tiene una finalidad distinta a la de la actual tradición, y respecto de ésta escribe el mismo autor —Núñez Lagos— que "no es un negocio jurídico", sino que es simplemente "el cumplimiento directo de la compraventa", "no afecta para nada a la perfección de la compraventa transmisiva sino a su consumación". La hipoteca —insiste Pau Pedrón— es hoy de inscripción constitutiva y sin embargo ¿comprueba el Registrador la capacidad y el consentimiento de los otorgantes en el momento de practicar esa inscripción?»

[Núñez Lagos entendió, según creo recordar, que no es «constitutiva» la tradición, ni es «constitutiva» la inscripción del contrato de hipoteca, en el sentido de que ni una ni otra afectan al consentimiento que perfecciona el contrato, sino que sólo son «necesarias» en cuanto legalmente condicionan el efecto, la contratada adquisición del derecho.]

4. «Ahora bien —sigue diciendo el conferenciante— la escritura pública, que refuerza en un sistema de inscripción constitutiva su valor como título, pierde su valor como modo. La razón de esta pérdida radica en la ausencia de eficacia publicitaria del documento. El protocolo es secreto, y por tanto los documentos que lo integran. El que legítimamente obtiene copia puede exhibirla, pero esta exhibición no puede llamarse técnicamente publicidad, sólo puede hablarse de oponibilidad. La publicidad supone posibilidad de conocimiento general. La oponibilidad supone conocimiento restringido, derivado de la iniciativa de quien quiere dar a conocer el documento, no de quien lo quiere conocer.»

[Claro que, estrictamente, en el sistema actual, la escritura notarial no tiene «valor como título» material ni tiene «valor como modo», pero sí que es condición legal necesaria para lograr la inscripción (art. 3 LH), porque la escritura es la prueba del contrato de venta que formaliza (art. 1.218) y la escritura también es la prueba del cumplimiento de la tradición, que atestigua realizada, al menos por constituto posesorio, salvo pacto, si el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y, por tanto, puede hacer tradición (art. 1.462, 2), como continuará ocurriendo después de la reforma, cuando la tradición ya no será condicionante de la transmisión del derecho de propiedad.]

5. «Además —concluye el conferenciante— si, como hemos dicho antes, la tradición como entrega posesoria ha perdido su valor publicitario en la sociedad actual, más aún lo ha perdido la tradición instrumental que, como advierte el notarialista Giménez Arnau, «es cualquier cosa menos tradición».

[El valor publicitario lo tiene la situación de posesión más bien que la actuación del cambio de poseedor, la tradición; desde la que el comprador comienza a poseer en concepto de dueño, aunque el vendedor pase a ser su mediador posesorio, incluso en precario.

En el sistema latino es una específica tradición, o sea, un cambio específico del poseedor en concepto de dueño de la cosa, la denominada tradición instrumental, entendida como tradición cumplida por pacto de constituto posesorio acordado según escritura notarial, pacto que cambia el concepto en que posee el vendedor, quien deja de poseer en concepto de dueño y pasa a poseer en concepto distinto, como el de precarista.

Es claro que tal escritura notarial prueba el momento del comienzo de la posesión en concepto de dueño a favor del comprador, presupuesto que el vendedor no estuviese desposeído, y es claro que esta prueba documental tiene una gran eficacia probatoria y legitimadora, aunque no tenga eficacia publicitaria por sí sola, para probar el comienzo de la posesión en concepto de dueño. La ley del artículo 448 del Código Civil legitima al poseedor en concepto de dueño como propietario frente al que afirma ser el verdadero propietario en juicio reivindicatorio, mientras no se pruebe que el demandante es efectivamente el propietario (art. 348, 2 CC), y la probada posesión del demandado comienza en el probado momento de la tradición, aunque ésta no sea aparente y aunque tampoco la posesión sea, de inmediato, perfectamente aparente y publicitaria.

Los que ponen en duda esta realidad histórica y vigente parece que piensan conforme al sistema alemán vigente, en el que el pacto de constituto posesorio se configura como un acuerdo de cesión de la acción personal contra el mediador posesorio, sustitutivo de la transmisión de la posesión inmediata exigida para la existencia del negocio dispositivo Tradición, al igual que se configura como otro acuerdo sustitutivo el de cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído.]

6. Antes de todo lo que antecede, el conferenciante había dicho: «Es revelador que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cite en un mismo párrafo la conveniencia de adoptar la inscripción constitutiva y lo que llama el robustecimiento del Notariado. Son dos finalidades que deben perseguirse conjuntamente, puesto que conducen a una misma meta de lograr la mayor seguridad jurídica. Toda inscripción constitutiva debe ir precedida de una escritura pública pues sólo así queda perfectamente garantizado que el derecho real que se constituye mediante la inscripción tenga

su base en un contrato celebrado por personas jurídicamente capaces y redactado conforme a Derecho.»

[Ahora, la inscripción es necesaria para la adquisición del derecho de hipoteca que se constituye a causa o por efecto del contrato de hipoteca. Después de la reforma, la inscripción también será necesaria para que se consolide la adquisición del derecho de propiedad que se transmite a causa o por efecto del contrato: el derecho de propiedad no «nacerá» para el comprador, ni se «constituirá» para el comprador, mediante la inscripción, sino que mediante la inscripción quedará consolidada la adquisición traslativa contratada, y probada mediante la escritura notarial que formaliza el contrato a efectos registrales.

El «robustecimiento del Notariado», aludido por Gómez de la Serna, consistía en la elevación de la competencia jurídica de los notarios, que en adelante tendrían que ser licenciados en Derecho, para calificar la capacidad de los otorgantes y para formalizar el contrato y sus condiciones legales (la entrega de la cosa y —en 1861— el pago del precio no aplazado contractualmente) conforme a la Instrucción para la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción, incluyendo todas las circunstancias que deben constar en la inscripción. No hay que olvidar que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria de 1861 ya impuso la escritura notarial conformadora y prueba necesaria del título inscribible.]

7. También había dicho, al principio de su conferencia (9) que «El sistema —vigente en España— que exige cumulativamente título y modo para la adquisición de derechos reales responde a una atenta apreciación de la naturaleza de los derechos: a través del «título» se «constituye» el derecho obligacional —que se limita a vincular a las partes—; a través del «modo» se «constituye» el derecho real —que afecta a la generalidad de las personas», según expresión literal del conferenciante.

[Pese a que él mismo, en otro párrafo anterior, pero con otras palabras, reconoce que del sistema español no puede predicarse la radical dicotomía alemana entre el *contrato* fuente solamente de obligaciones o derechos personales, negocio de constitución de unos derechos que sólo producen efectos *interpartes*, y el *negocio dispositivo* por acuerdo real de transmisión del derecho de propiedad o de constitución traslativa de derechos reales parciales, negocio de disposición de unos derechos que producen efectos *erga omnes*.

En otras partes de este estudio insisto en este principio fundamental y en la conveniencia de no dejarse arrastrar por la usual terminología germanista si se quiere lograr una «atenta apreciación de la naturaleza de los derechos».]

(9) V. conf. (1), pág. 15, II, *El modo como publicidad: evolución*.

8. Más adelante (10) aludió el conferenciante a las interpretaciones de La Rica y de Hermida Linares, y dijo que según La Rica «para constituir un derecho real cualquiera, incluso el dominio (sobre bienes inscritos) hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición e inscripción», y añadió que «En estas breves páginas de La Rica está esbozada la doctrina de la inscripción **conformadora** cuasi constitutiva que muchos años más tarde expondría con extensión y precisión J. M. García García...» (11).

[Sin embargo, estimo más cierto, en el sistema español, que la inscripción no «conforma» el derecho de propiedad, ni tan siquiera «conforma» el derecho de hipoteca, en el sentido de que el calificador que autoriza el acta de la inscripción del contrato de hipoteca se limita a registrar, de la escritura que conforma y prueba el contrato, del contrato escriturado, las circunstancias que deben constar en la inscripción, según la ley y el reglamento, «copiando literalmente las condiciones» contratadas que tengan trascendencia real (art. 51, 6.^a, RH y modelo reglamentario VII cuando habla de «estipulaciones» de «trascendencia real» del contrato de hipoteca) para publicarlas, para hacerlas públicas, para que la inscripción del contrato de hipoteca cumpla su función de condición legal de la existencia del derecho de hipoteca (art. 1.875 CC).

Sin perjuicio, tampoco, de la responsabilidad del registrador que dejó de transcribir en la inscripción alguna «condición» o «estipulación» que debió quedar registrada (art. 18 LH).

Téngase en cuenta que la hipoteca no se ejecuta tal como consta del Registro según certificación registral *exclusivamente*, aunque algunos desean y aún creen que así debería ser, sino conforme a la escritura notarial que conforma y prueba el contrato de hipoteca y conforme a la prueba complementaria de que el contrato quedó inscrito con todas las circunstancias reglamentarias. Los interesados siempre podrán contender, en juicio declarativo, acerca de si alguna «condición» o «estipulación» no les afecta por no haber quedado debidamente registrada y publicada o pese a haber quedado indebidamente registrada y publicada; pero esto, a mi entender, no implica que el registrador «conforma» el derecho real, sino que se limita a cumplir lo que debe hacer, copiando o no copiando, sin perjuicio de su responsabilidad en caso de no cumplirlo, aparte del recurso gubernativo contra la calificación.

Dicho esto, me apresuro a manifestar que la calificación forense, notarial o registral, del carácter real de algunas «condiciones», «estipulaciones» o «disposiciones» de los contratos de constitución de hipoteca resulta difícil

(10) V. conf. (1), pág. 18, IV, *La función de la publicidad registral en el Derecho vigente*.

(11) En términos parecidos se ha hablado de la «transmisión *pluscuamperfecta*». V. libro (2), pág. 402,

en muchas ocasiones, por la inseguridad de la doctrina y por el retraso legislativo frente a las necesidades actuales de la financiación bancaria y del tráfico internacional.]

9. Sigue diciendo el conferenciante «pero lo cierto es que, pese a estas opiniones aisladas, la generalidad de los autores tiene bien presente que el Código Civil exige en todo caso la tradición —aunque sea en forma ficticia— para el nacimiento de los derechos reales, y que la inscripción tiene por objeto derechos y no títulos, estando expresamente excluidos por el artículo 9 del Reglamento Hipotecario los títulos no seguidos de tradición «—la obligación de constituir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble—».

[Pese a que «la *generalidad* de los autores tenga bien presente» lo que afirma el conferenciante, lo bien cierto es que el Código Civil, para la adquisición por el comprador del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, no exige que el contrato vaya seguido de una imposible tradición (contrato de cesión del art. 1.526). Además, la denominada tradición *incorporal instrumental* (según terminología del profesor Lacruz, seguido por otros muchos) no es una tradición, ni siquiera una tradición ficticia, ya que la tradición, por definición y ontológicamente, en todos los tiempos y países inspirados en el modelo romano, consiste en un cambio de poseedor en concepto de dueño, mientras que con la tradición incorporal la posesión en concepto de dueño continúa teniéndola un poseedor que no es el vendedor ni el comprador. Es pura fantasía entender que, en tal caso, mediante la «tradición instrumental incorporal», la escritura notarial tiene valor como modo, porque en tal caso el «modo» tradición queda excluido ontológica y legalmente.

La inscripción, según la legislación vigente desde 1861, es la inscripción de un título, pero bien entendido que se trata de un título en el sentido legal y jurisprudencial de *título, como fundamento de la adquisición del derecho*, integrado, en su caso, por el contrato de compraventa y la tradición y sólo por el contrato del vendedor desposeído. Aunque sea frecuente que en la inscripción digan algunos registradores que inscriben el *derecho de propiedad* a favor de quien consta probado que es el comprador y *accipiens* de la *traditio*. (Y aunque el modelo reglamentario número VII, de inscripción del contrato de hipoteca, diga que el acreedor hipotecario «inscribe su *derecho de hipoteca*»). Esto es un fruto más del germanismo dicotómico infiltrado en nuestra doctrina, de la obsesión por interpretar nuestro sistema con criterios no propios del sistema español, para alcanzar el ideal de la alemana inscripción constitutiva de los derechos reales, a causa de un acuerdo real constitutivo y no a causa de un contrato latino.

El contrato de compraventa en el Derecho alemán es fuente de la obligación de transmitir el derecho de propiedad por negocio dispositivo tras-

lativo; mientras que el contrato de compraventa español es traslativo, mediante la tradición cuando el vendedor es el poseedor de la cosa vendida (y por sí solo cuando el vendedor está desposeído), de manera que no cabe inscribir el contrato de venta pura y simple si de la escritura resulta no cumplida la tradición (a menos que exprese que el vendedor está desposeído). Tampoco el «derecho» del comprador antes de la tradición por el vendedor poseedor es un simple derecho de crédito, y sólo puede calificarse como derecho a la cosa (*fus ad rem*) para significar que la transmisión contratada del derecho de propiedad queda consolidada al cumplirse la condición legal del cambio de poseedor en concepto de dueño.]

10. El conferenciante opina que el artículo 1.473 del Código Civil no sólo se refiere a quien compra a un titular registral del dominio sino también al inmatriculante. Sus palabras y el comentario correspondiente se incluyen más adelante.

11. En resumen, el conferenciante rechaza la aplicación al sistema español de la configuración savignista del contrato de compraventa, manteniendo el loable propósito que subyace a la expresión «inscripción constitutiva» en el pensamiento de los autores españoles que desean reforzar el sistema de publicidad jurídica inmobiliaria registral.

Por esto, la conferencia significa un importante paso adelante para que todos los afectados por la anunciada reforma, civil y registral, podamos llegar a entendernos con nuestro común idioma español, en una cuestión tan importante, muy en particular para los notarios y los registradores de la propiedad, para quienes el contrato de compraventa es «el pan nuestro de cada día» (12), lo que nos legitima, como al que más, para intentar comprenderlo.

Pero la arraigada «teoría» del título y el modo, en *alianza* con el germanismo dicotómico profundamente infiltrado en nuestra doctrina, facilita un cierto recaer, más o menos inconsciente, en confusiones e imprecisiones equívocas, y éstas sólo serán superables con algún esfuerzo intelectual terminológico que nos aparte de los lugares comunes y de las expresiones usuales que conducen a sembrar y fomentar la inseguridad en la técnica jurídica española, para la que resulta imprescindible aprovechar los estudios de la doctrina civilista italiana.

Ahora, habrá que dar la bienvenida a la reforma, confiando que se formulará cuidadosamente, para que no aumenten los equívocos usuales, porque la terminología no es neutral y «hay que evitar que la terminología nos juegue una mala pasada», dicho con palabras del profesor Pantaleón Prieto (13).

(12) Como ya dije anteriormente. V. solapa libro (2).

(13) PANTALEÓN PRIETO (FERNANDO). V. libro (2), pág. 391.

El legislador cuidará que el principio fundamental quede expresado con total y absoluta claridad, como se merece, destacando las diferencias entre lo que se quiere reformar, perfectamente conocido e interpretado, y los resultados y consecuencias de la reforma.

12. Recordó el Profesor Bailarín Hernández (14) que «Castán Tobeñas, glosando la personalidad científica de don Jerónimo González y Martínez, advierte la probable necesidad de revisar, quizá, algún día, la tendencia germanista y la supervaloración del Derecho extranjero que parece animar la obra de don Jerónimo González, cuando menos en su aspecto técnico —aunque ya haya sido atenuada y rectificada, en muchos casos, por el propio autor— para dar paso a otras orientaciones más respetuosas con la realidad jurídica, con nuestras tradiciones y con nuestro espíritu nacional.

Núñez Lagos —añade el Profesor Ballarín—, señalando también la influencia del Derecho alemán en la formación del ilustre hipotecarista —que a través de la literatura alemana sumamente especializada y de última hora... logra orientarse, componer su sistema mental hipotecario apropiándose de un alfabeto de conceptos y de una terminología que los textos alemanes usaban sin definirla porque les había sido legada por sus mayores, pero que su aplicabilidad en España, aun encontrándose la palabra castellana correcta, era asunto muy espinoso y difícil—, *advierte*, sin embargo, que don Jerónimo fue la máxima tensión germánica dentro de la elasticidad de nuestro sistema. Y, sin embargo, don Jerónimo mató el ensueño germanista..., un ensueño color azul de prusia. Tenga usted cuidado —recuerda que le *dijo Don Jerónimo* conversando sobre la reforma de 1944—, no germanice aún más nuestros estudios hipotecarios. *Quizá yo me pasé de la raya, No se debe seguir por ahí. Hoy ya estoy de vuelta.*» El subrayado es mío, naturalmente.

Claro que el admirado y admirable don Jerónimo González no llegó a concretar cuáles fueron sus excesos, desde que escribió en 1925 sus estudios acerca «De la teoría del título y el modo» y «De la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento» (*Verschaffenprinzip*), y desde que inspiró los programas de oposiciones a ingreso en los cuerpos de registradores de la propiedad y de notarios, que legiones de profesionales asimilaron y que aún están vigentes en sus más puros principios hipotecarios, como el del consentimiento (alemán) y el de la inscripción (alemana).

Esto es muy lamentable, dicho sea con todos mis respetos y «puesto ya el pie en el estribo».

Es absurdo que los opositores españoles tengan que estudiar, por una parte la tradición (entre los temas de Derechos reales, junto a la usucapión)

(14) BALLARÍN HERNÁNDEZ (RAFAEL). *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*. Ed. Montecorvo, S. A. Madrid, 1980, pág. 91.

y por otra parte la compraventa (entre los temas de las Obligaciones), completamente desconectadas, al estilo alemán, como si la tradición española fuera un negocio dispositivo de transmisión del dominio y como si la compraventa española fuera un contrato de finalidad traslativa pero meramente obligatorio, que obligara a realizar la tradición negocio dispositivo. Y esto se exige así, desde hace muchísimos años, a quienes deben conocer muy bien cómo se transmite el derecho de propiedad por contrato de compraventa, porque para ellos va a ser «el pan nuestro de cada día».

El sueño de don Jerónimo González al que se refiere Núñez Lagos no fue un sueño de color azul de Prusia, inspirado en el sistema del Código Civil prusiano de 1794, sino un sueño de color rosa de Germania, inspirado en el sistema del Código Civil alemán que entró en vigor en 1900, con la óptica alemana de Savigny, una óptica no sólo deformante sino dicotómica del contrato de compraventa, que corta en dos el pan nuestro de cada día y traslada al negocio dispositivo de tradición la primordial eficacia traslativa del contrato de compraventa latino romano que los pandectistas alemanes creían respetar.

Sin pretender contraponer a la personalidad de don Jerónimo González Martínez la de su antecesor en la Dirección General de los Registros y del Notariado el ilustre valenciano don Bienvenido Oliver y Esteller, sí que es oportuno resaltar su concepción del Derecho inmobiliario registral, continuadora de los criterios del legislador don Pedro Gómez de la Serna, en la que destaca la importancia del estudio de la acción reivindicatoria y de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad, así como de las excepciones a la acción reivindicatoria para la comprensión del sistema registral, a las que ya aludí en otro estudio (15), y que intento tener en cuenta para no desorientarme en muchas encrucijadas.

4) A mi entender, sería muy útil la publicación de un didáctico manual resumido de Derecho Civil registral con un sistema distinto al hoy usual, que diferenciaría los dos principales supuestos de hecho considerados.

1. La transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compraventa, que es el principio fundamental del tráfico jurídico de bienes (para sustituir el análisis de los llamados principios hipotecarios del consentimiento y de la inscripción). Con epígrafes como los siguientes u otros similares.

Contrato de compraventa traslativo y obligatorio. Tradición.

Escritura notarial, forma y prueba.

Inscripción registral publicitaria, del título o del contrato.

Acciones personales y acciones reales, en particular la acción reivindi-

(15) V. libro (2), pág. 459, 7.

catoria, para precisar la distinción entre derecho personal y derecho real, y las cláusulas contractuales referentes al derecho real.

Sistema de adquisición causal y derivativa. Ineficacia de la venta traslativa.

Eficacia legitimadora de la inscripción a favor del vendedor y del comprador, titulares registrales (art. 38 y art. 41 LH).

Eficacia atributiva de la propiedad para quien confía en la legitimación registral cuando compra al propietario presunto según el Registro (arts. 32, 34, 40, pág. final, LH).

Consideración adicional de otros contratos y actos traslativos del derecho de propiedad.

Constitución y transmisión de los derechos reales parciales de disfrute y de los derechos reales de adquisición.

2. La constitución del derecho de hipoteca a causa del contrato típico de hipoteca mediante su inscripción.

El derecho de crédito hipotecario, oponible a quienquiera que sea el propietario de la finca hipotecada y a los acreedores que no sean excepcionalmente preferentes.

Conformación y calificación de la escritura notarial de crédito hipotecario, e inscripción.

Legitimación y aseguramiento registral.

Ejecución del crédito hipotecario.

Diferenciación del embargo y de la anotación de embargo.

La tarea de exposición, simplificadora de lo que suele presentarse como Derecho registral, ha de ser muy rigurosa. Es difícil en el actual ambiente de controversias concretas porque los árboles no dejan ver el bosque, pero parece didácticamente necesaria para comprender las líneas maestras de nuestro sistema de tráfico jurídico de inmuebles y crédito territorial, incluyendo el sistema registral, y para poder compararlas certeramente con las de otros sistemas europeos.

Esta tarea impone la correspondiente reforma de los cuestionarios de oposiciones, de raigambre germanista, inspirados en los principios hipotecarios de don Jerónimo González Martínez, que muchas veces desorientan al opositor y le marcan para toda su vida profesional si no aguza su sentido crítico personal.

I. COMPRAVENTA: SISTEMA LATINO Y SISTEMA ALEMÁN

Previamente a la reforma, convendría completar un estudio de Derecho Civil y de Derecho Registral en los ordenamientos italiano y alemán para destacar sus respectivos principios fundamentales o «principios proclama-

dos» (*formule declamatorie*) en cuanto los separan, pero también para destacar sus respectivas soluciones concretas o «reglas operativas» (*regole operative*) en cuanto los aproximan, como observa, analiza y expone Angelo Chianale en un magnífico estudio de Derecho comparado sobre «La obligación de dar y la transmisión del derecho de propiedad» (16).

1) Contrato de compraventa italiano.

Porque, a mi modo de ver, hay que partir de la analogía radical entre el contrato de venta latino italiano y el latino español, primordialmente traslativos y consecuentemente obligatorios.

Aunque el contrato latino italiano (como el latino francés), en el *supuesto normal* u ordinario, de la venta de cosa específica propiedad del vendedor, es traslativo *inmediatamente*, ya que su efecto traslativo es inmediato a la perfección del contrato porque no está condicionado legalmente al cumplimiento de la tradición o de la inscripción. Mientras que en los *supuestos especiales*, como son la venta de cosa genérica, la venta de cosa ajena y la venta de cosa futura o en construcción, el efecto traslativo está condicionado legalmente al cumplimiento de otros requisitos: determinación o especificación de la cosa, adquisición y pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, existencia de la cosa; supuestos especiales y requisitos que también hay que referir a la venta española, pero relacionados con el momento de la entrega de la cosa (art. 1.160 CC).

Se ha de tener en cuenta en primer lugar, y con mucha atención, que la doctrina italiana, después de la codificación alemana, argumentó y decidió el paso de la teoría alemana de la venta como contrato fuente de la obligación de transmitir el derecho de propiedad, a la teoría latina de la venta como contrato traslativo del derecho de propiedad y, consecuentemente, fuente de obligaciones, de manera que la artificiosa teoría alemana de la *voluntad de obligarse a transmitir el derecho* queda sustituida por la real y verdadera teoría de la *voluntad de transmitir el derecho*, aunque el efecto traslativo acordado pueda estar condicionado legalmente al cambio de poseedor o a otra condición o requisito legal, con una fundamentación específica para cada requisito.

Es amplísima la referencia bibliográfica de eminentes autores y de sus obras presentada por Angelo Chianale en apoyo de ésta que es su esencial conclusión inicial, resumida en la introducción a su citado estudio de Derecho comparado sobre «La obligación de dar y la transmisión del derecho de propiedad» (17).

Obvio es advertir que todos los estudios que he publicado sobre el tema

(16) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 3 (5) y pág. 4 (9).

(17) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 1 (1).

de la transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa y, desde luego, el presente, se fundamentan en esta formulación doctrinal del sistema latino, también formulada legalmente por el Código Civil italiano de 1942, vigente.

Los autores civilistas españoles, en las obras más recientes, tienden a seguir esta doctrina latina, que no es exclusivamente italiana, pero **no** acaban de decidirse a rechazar la doctrina alemana de la obligación de transmitir el dominio, aunque estimen que según el Derecho romano el vendedor sólo está obligado a transmitir la posesión en concepto de dueño y a responder en caso de evicción en juicio acerca de la pertenencia del derecho de propiedad al comprador, porque la teoría escolástica del título y el modo, más la derivada teoría pandectista y falsamente romana del contrato obligatorio y del acuerdo real dispositivo, les dificulta la asimilación plena de la teoría del contrato único, traslativo y obligatorio, y de las condiciones legales, aunque con el sentido de la teoría latina aluden a la obligación de realizar los actos necesarios para que se transmita el derecho de propiedad.

2. El Código Civil italiano vigente desde 1942, en el capítulo que trata de los «Efectos del contrato», con el epígrafe «Contrato con efecto real» del artículo 1.376, dispone que «En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión de un derecho real [parcial], o la transmisión de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmite y se adquiere por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado».

Con esta orientación, el Código Civil italiano define que «La venta es un contrato que tiene por objeto la transmisión de la propiedad de una cosa o la transmisión de otro derecho y el correspondiente pago de un precio». Libro cuarto: «De las obligaciones». Título III: «De los contratos típicos (singoli)». Capítulo I: «De la venta». Artículo 1.º del capítulo, artículo 1.470 del Código, con el epígrafe «Concepto».

Con esta misma orientación, el Código Civil italiano, poco después, en su artículo 1.476, del mismo Capítulo, dispone que «Las obligaciones principales del vendedor son:

1. La de entregar (*consegnare*) la cosa al comprador.
2. La de hacerle adquirir la propiedad de la cosa o el derecho, cuando la adquisición no es efecto inmediato del contrato.
3. La de garantizar al comprador de la evicción de los vicios de la cosa.»

Es decir, que, cuando en casos especiales la adquisición del derecho de propiedad no es efecto inmediato del contrato, el vendedor está obligado a *hacer* lo que sea menester para que el comprador adquiriera la propiedad de la cosa.

Trasladada la idea al Derecho español resulta que la venta *normal*, de cosa específica, propiedad del vendedor, que es su poseedor, obliga a hacer que se consolide la adquisición contratada, lo que hoy se cumple dando la posesión de la finca en cuanto implica dar la prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad, al vendedor antes de la entrega y al comprador después de la entrega. Después de la reforma el vendedor ha de cumplir su obligación de hacer posible la inscripción del contrato de venta de la finca, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de entregar la posesión.

Como explica Messineo (18), por citar literalmente a un autor de gran prestigio, conforme al vigente Derecho italiano «en algunos casos el efecto traslativo o real no es inmediato, no es simultáneo a la perfección del contrato, sino mediato, simultáneo a un evento o un momento posterior a la perfección. En tales casos se habla de venta obligatoria para significar que, simultáneamente a su perfección, no produce el efecto de transmitir el derecho de propiedad, sino que, por el momento, confiere al comprador un derecho de crédito contra el vendedor para que, en un momento posterior, le «procure», le «haga adquirir», el derecho de propiedad de la cosa, aunque *sin que se requiera en tal momento un nuevo acuerdo* de transmisión. Se incluyen los casos de venta de cosa no determinada, de venta con pacto de reserva de dominio (por ejemplo hasta el total pago del precio), de venta de cosa ajena, de venta de cosa futura y otros. Esta denominada venta obligatoria es un *contrato con efectos reales, pero pendientes de un requisito de eficacia, concebido como conditio juris*, de modo que no se requiere un negocio jurídico distinto y posterior a la compraventa, determinante del efecto real, aunque no se excluye que, en la mayor parte de las veces, se requiera un ulterior comportamiento unilateral del vendedor para que se produzca el efecto real: determinación de la cosa genérica, pago total del precio por pacto de reserva de dominio, adquisición de la cosa ajena, existencia de la cosa futura, etc. *En todo caso, no se requiere una nueva declaración de voluntad*, porque la voluntad manifestada por las partes al perfeccionarse la compraventa es, potencialmente, idónea para determinar el efecto traslativo, aunque, en su caso, se requiera la posterior realización de un evento o el cumplimiento de un acto, concebidos como *conditio juris*.

Al leer las palabras de Messineo referentes a la venta «obligatoria» que, «por el momento», confiere al comprador un «derecho de crédito» contra el vendedor para que en un momento posterior le haga adquirir el derecho de propiedad, no ha de olvidarse lo más importante, que Messineo pone de relieve con otras palabras: el contrato de compraventa italiano siempre es

(18) MESSINEO (F.), *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*. 8.^a ed. 1952. Vol. 3.1., pág. 51. V. libro (2), pág. 35.

un acuerdo traslativo (de dos voluntades traslativas y de efectos traslativos), aunque en algunos supuestos el derecho de propiedad no quede transmitido y adquirido *inmediatamente*, de manera que en estos casos especiales existe un período de tiempo intermedio entre el momento de la perfección del contrato y el momento de la consolidación o consumación de lo contractualmente querido, que es la transmisión y la adquisición del derecho de propiedad, porque la ley exige que se cumpla algún requisito adicional, como en el Derecho español el de dar la posesión, que implica dar la prueba de la propiedad, de la pertenencia del derecho de propiedad, que corresponde al vendedor antes de la entrega y al comprador después de la entrega (art. 448 CC).

(En cambio, según el sistema alemán la venta es un contrato de finalidad traslativa pero no es un acuerdo de voluntades traslativas, nunca es un contrato traslativo, sino que siempre y solamente es un contrato obligatorio, que principalmente obliga a transmitir el dominio de la cosa vendida. Esta obligación se cumple al perfeccionarse el acuerdo real de transmisión del derecho entre el enajenante y el adquirente, que es un acuerdo traslativo, un acuerdo que transmite el dominio. Aunque el acuerdo real ha de quedar publicado mediante la tradición (cambio del poseedor) de cosa mueble o mediante la inscripción (cambio del titular registral). La eficacia traslativa del acuerdo real queda legalmente abstraída de la posible ineficacia obligatoria del contrato de venta que es su causa, sin perjuicio de la corrección del enriquecimiento sin causa ejercitando una acción personal.

Con el sistema alemán, durante el período intermedio entre la perfección del contrato, que obliga a transmitir el derecho de propiedad, y la perfección del acuerdo real, que transmitirá el derecho de propiedad, el comprador sólo tiene un derecho personal contra el vendedor, para exigirle judicialmente el cumplimiento de su obligación de transmitir el derecho).

Para evitar confusiones hay que recordar que la condición legal es un requisito legal, exigido por la ley, integrante del supuesto de hecho normativo (Tatbestand) del efecto jurídico (Rechtsfolge), pero no integrante del contrato sino adicional al contrato, complementario del contrato.

3. En el sistema español, condición legal de la transmisión del derecho de propiedad por efecto del contrato de compraventa es la transmisión de la posesión, el cambio de poseedor en concepto de dueño, es decir, que el vendedor deje de ser el poseedor y que el comprador pase a ser el nuevo poseedor, porque, históricamente, la posesión es la prueba, por presunción ahora legal, de la propiedad, o sea, de la pertenencia del derecho de propiedad que se quiere y contrata quede transmitido del vendedor al comprador, y la ley impone o exige que la prueba del vendedor pase a ser la prueba del comprador para que la transmisión del derecho contratada quede con-

solidada: la ley exige que el nuevo propietario *verdadero* sea el nuevo propietario *presunto*.

Las normas que requieren el adicional cambio de poseedor, el cambio del legitimado como propietario por la presunción legal deducida de la posesión, son de Derecho imperativo, inderogable por los contratantes, no meramente de Derecho dispositivo (arts. 1.095 y 1.096 CC).

Pero el cumplimiento de la condición legal normalmente será el cumplimiento voluntario (art. 1.095) de la obligación legal de entregar (art. 1.445), realizado conforme a la ley en cuanto al lugar, momento, etc., y sólo subsidiariamente será un cumplimiento forzoso, *manu militari, in natura* (art. 1.096).

La condición legal quedará incumplida por frustración de su cumplimiento forzoso, cuando el vendedor deje de ser el poseedor en concepto de dueño y por atribución legal pase a serlo un tercero de quien no se puede recobrar la posesión porque se trata de un segundo comprador que, sin conocer la primera venta, recibe la posesión de quien la tiene y con ella recibe la prueba, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad, al vendedor antes de la entrega y al comprador después de la entrega (art. 1.473, 1, y 3, primera parte, CC).

La condición legal presupone el que pueda quedar cumplida, porque el vendedor es el poseedor en concepto de dueño, el que tiene a su favor la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, por lo que tal condición no se requiere cuando el vendedor está desposeído pero puede ejercitar una acción reivindicatoria de su derecho, que es un derecho incorporal por desposesión (art. 1.526 CC), para obtener la posesión a la que tiene derecho.

3.1. La condición voluntaria es un requisito adicional del contrato (no esencial, ni natural) al que se subordina la eficacia del contrato, suspensiva o resolutoria.

Lo impone la voluntad de los contratantes, lo exige un contrato, un pacto contractual, no la ley. Se funda en un interés personal o subjetivo de las partes, no se funda en un interés general u objetivo contemplado por la ley.

Consiste en que se realice un suceso futuro e incierto, cuyo cumplimiento o incumplimiento depende «de la suerte o de la voluntad de un tercero» (art. 1.115 CC), de manera que ninguna de las partes contratantes queda obligada a realizar el suceso, ni procede su realización o cumplimiento forzoso, *manu militari*, aunque en algún caso el cumplimiento requiera actuación de parte.

3.2. Dicho esto, queda aclarado que la condición legal no puede *equipararse* analógicamente a la condición voluntaria, ni a la condición suspensiva ni a la condición resolutoria, y que puede ser equívoca su comparación

porque no cabe hablar de condición legal *suspensiva* sino para significar que sólo en el momento en que queda cumplida la condición legal se consolida el efecto traslativo del contrato de compraventa, sea el cumplimiento voluntario (art. 1.095) o forzoso (art. 1.096).

Se consolida más que se consuma, pese a la interpretación literal del artículo 1.095 del Código Civil, según el cual «el acreedor» de una obligación de entregar una cosa «no adquirirá derecho real hasta que le haya sido entregada», hasta el momento de la entrega, expresión correspondiente a la formulación teórica del título y el modo, que diferencia el derecho a la cosa (*jus ad rem*), el derecho del comprador antes de la recepción de la cosa, del derecho de propiedad (*jus in re*) que se dice adquiere el comprador en el momento de la entrega.

Por lo que también se dice que el comprador al perfeccionarse el contrato adquiere un derecho en camino (*in itinere, in finem*) una expectativa de derecho, distinto del derecho de propiedad, y pasará a tener un derecho de propiedad cuando reciba la cosa.

O se dice que el derecho de propiedad está *in itinere*, o que la transmisión del derecho de propiedad está *in itinere*.

En realidad hay un derecho de propiedad cuya pertenencia está en situación de pendencia del cumplimiento de una condición legal de su transmisión contratada, en el sentido de que pertenece al comprador aunque *parece* pertenecer al vendedor, quien ante tercero es el propietario *presunto* según el artículo 448 del Código Civil, hasta que ante tercero deje de ser el poseedor en concepto de dueño.

Desde luego, según la exposición doctrinal del supuesto de hecho (Tatbestand) del efecto jurídico (Rechtsfolge) tanto el contrato como la condición legal integran el supuesto de hecho del efecto jurídico de la transmisión del derecho de propiedad, pero la condición legal no es una condición del consentimiento, del mismo contrato, sino que es un requisito legal *adicional al* contrato, un requisito de posterior cumplimiento necesario para que se consolide la transmisión, el efecto contratado, el efecto del contrato. Así, puede hablarse del contrato de transmisión y de la condición legal, adicional al contrato de transmisión, cuyo cumplimiento es necesario para la consolidación de la transmisión contratada, y se puede decir que la transmisión a causa de compraventa está condicionada por la ley.

En realidad, lo que puede estar *in itinere* es el cumplimiento sucesivo de los diversos elementos integrantes del supuesto de hecho de un determinado efecto jurídico.

El vendedor español, por la perfección del contrato de venta, dispone traslativamente de su derecho de propiedad, y así queda vinculado contractualmente con el comprador, aunque la consolidación de la contratada transmisión del *derecho* quede legalmente condicionada a la transmisión de la

posesión que tiene el vendedor, legalmente condicionada al cambio de poseedor, sea el cambio voluntario o forzoso, en cuanto el dar la posesión es dar la prueba de la propiedad (art. 448).

Por esto resulta que la evicción del derecho (art. 1.475) implica una responsabilidad para el vendedor por incumplimiento del contrato, pero en su aspecto de *disposición* traslativa acordada, por incumplimiento de la transmisión contratada y no por incumplimiento de una obligación intermedia.

El confusionismo en que se halla inmersa la doctrina española podrá ser esclarecido si se recuerda que el contrato de compraventa español no es un contrato de *finalidad* traslativa sino que es un contrato de *voluntades* traslativas, con efecto traslativo del derecho de propiedad (y, en consecuencia, es fuente de ciertos deberes u obligaciones a los que corresponden ciertos poderes o facultades o derechos de la otra parte, que se adquieren al contratar). Aunque la ley condiciona la consolidación de la transmisión y de la adquisición del derecho de propiedad por el comprador al hecho de que obtenga la posesión en concepto de dueño de la cosa poseída por el vendedor, mediante tradición por el vendedor poseedor o, supletoriamente mediante la puesta en posesión por el Juez; condicionamiento ontológicamente excluido cuando el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño contra quien el propietario verdadero ha de reivindicar antes de perder su derecho de propiedad por la usucapión de la cosa lograda por el poseedor (como resumen en la portada del libro referenciado en la nota (2)).

Resulta absolutamente necesario no asombrarse y no escandalizarse cuando se lea que «La venta no obliga a transmitir sino que transmite, aunque sea mediante el cumplimiento de alguna condición legal», como el cambio de poseedor, en cuanto dar la posesión es dar la prueba de la propiedad (art. 448 CC).

3.3. Con la tesis de Messineo, que considero evidentemente aplicable al Derecho español, deduzco que los supuestos de pendencia del cumplimiento de una condición legal del efecto traslativo del derecho de propiedad por contrato de compraventa pueden ser analizados funcionalmente, examinando cada una de las «reglas operativas» u «operacionales» sobre riegos, disfrute, disposición, etc. aplicables, durante dicho período (19), a la relación entre el vendedor aparente propietario actual y el comprador, *verdadero* propietario si la condición legal se cumple o no se frustra.

Este criterio analítico funcional parece más ajustado a la técnica jurídica actual que el criterio analítico estructural aplicado por Angelo Chianale,

(19) Una primera aproximación a este análisis quedó resumida en el libro (2), pág. 411, 4).

para quien se trata de una situación de desmembración del dominio, cuyo contenido de facultades se distribuye entre el vendedor y el comprador. Según Antonio Pau Pedrón, para el estudio del Derecho comparado es más acertado un análisis funcional que un análisis estructural (20) y el análisis de Angelo Chianle es, precisamente, un análisis estructuralista.

Creo que los supuestos especiales considerados por los autores italianos tendrán análogo tratamiento en el Derecho español (art. 1.160 CC), como expondré más adelante.

También creo que ha de tener el mismo tratamiento el supuesto normal de venta por el propietario poseedor de cosa específica, existente, ya que si el contrato de compraventa español no obliga a transmitir el derecho de propiedad es precisamente porque lo transmite sin *obligación intermedia* de transmitirlo, aunque la consolidación de la adquisición contratada por el comprador esté legalmente condicionada, cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa, a que cumpla, voluntaria (art. 1.445) o forzosamente (art. 1.096) su obligación de *dar la posesión* de la cosa (art. 1.445) (que no es una obligación de *dar el derecho de propiedad*); pero no cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526 CC), lo que matizaré más adelante.

3.4. Dicho esto, conviene observar, inmediatamente, que cuando la venta normal, la venta de cosa específica propiedad del vendedor y poseída por éste, se otorga en escritura notarial, la condición legal de la tradición queda cumplida en el acto de la autorización, salvo pacto en el mismo acto (art. 1.462, 2), por lo que en este caso no hay período intermedio entre el contrato y la tradición, de manera que no cabe hablar de un *jus ad rem* sino de un *jus in re* desde el momento de la autorización de la escritura notarial, que es la forma y la prueba necesarias para que se pueda inscribir la transmisión del dominio conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, vigente desde antes de existir el artículo 1.462, 2, CC, cuando era cláusula de estilo notarial la del pacto de constituto posesorio expreso.

Pero después de la reforma, cuando la inscripción sea necesaria para que el derecho de propiedad quede adquirido por efecto del contrato escriturado notarialmente, será muy importante el período intermedio entre la autorización de la escritura y la presentación de su copia en el Registro de la Propiedad. En tal caso cobrará gran relieve el estudio de la situación de pendencia del cumplimiento de la inscripción como expondré más adelante.

Es más, habrá que considerar los supuestos, no utópicos sino previsiblemente reales, en que se omita el requisito legal de la inscripción e incluso el requisito de la escritura notarial.

4. Para comprender la importancia de la configuración del contrato de

(20) V. infra (33).

compraventa por el Código Civil italiano, habrá que tener muy presente el «Acuerdo de Pavía», que es el resultado convenido (*convegno*) del encuentro de estudio, reunión o Congreso (*Convegno*) sobre «El futuro Código europeo de los contratos», celebrado en la Universidad de Pavía los días 20 y 21 de octubre de 1990, con la participación de eminentes juristas de todos los países de la Comunidad Económica Europea, así como de Austria y Suiza, en el que entre los juristas del área francesa y asimilables, no entre los juristas del área germánica, intervino José Luis de los Mozos como Magistrado del Tribunal Constitucional.

Expone Giovanni Cordini (21) que «En cuanto al estilo y a la estructura, *el futuro Código europeo de los contratos* deberá ser redactado en un lenguaje que haga posible el que pueda ser aplicado por jueces de diversa formación y, a ser posible, deberá ser construido más sobre los problemas que sobre los principios. Esta es una de las razones que han inducido a la gran mayoría de los que intervinieron a considerar aceptable la propuesta del Profesor Gandolfi, de *utilizar como esquema básico el Libro IV del Código Civil italiano*. Su adopción de tal suerte es siempre preferible que partir de cero, teniendo en cuenta que partir de los diversos Códigos y de sus respectivas experiencias exigiría, de un lado, mucho tiempo, creando numerosos problemas de coordinación, mientras que, de otro modo, el modelo es recomendable por la modernidad del Código mismo, que lo hace idóneo a la realidad económica actual».

Parece, pues, que los congresistas alemanes no lograron convencer a los demás reunidos para que adoptaran el sistema ideado por Savigny que legalizó el Código Civil alemán, en el que el contrato de venta, el más importante de los contratos, el prototipo, se configura como un acuerdo obligatorio, diferenciado formalmente del acuerdo real de transmisión y abstraído causalmente del contrato que es su causa, un sistema dicotómico, el de los dos acuerdos, que es radicalmente distinto del sistema latino de acuerdo único, traslativo primordialmente y obligatorio consecuentemente.

En Hispanoamérica el moderno Código Civil paraguayo de 1987, como expone Luis Moisset de Espanes, argentino, Académico honorario de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación (22), en más de las tres cuartas partes reproduce normas del Anteproyecto De Gásperi, y «por la vía del Anteproyecto ingresaron la unificación de las obligaciones y contratos civiles y comerciales, y una marcada influencia del Código italiano de 1942,

(21) CORDINI (GIOVANNI), «*Convegno di Pavia*» sobre la futura Codificación Europea de Obligaciones y Contratos. Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre de 1991, págs. 1319-1323.

(22) MOISSET DE ESPANES (LUIS), *El Código civil paraguayo de 1987*. Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1991, págs. 1236, 1249, 1250.

como también las soluciones de inspiración germánica que habían sido contempladas en los proyectos argentinos de Bibiloni y de 1936».

Concretamente, por un lado, «El artículo 716 del nuevo Código contiene una de las modificaciones más sustanciales del sistema, pues suprime el requisito de la tradición como "modo constitutivo" de los derechos reales, que el Derecho Iberoamericano había mantenido, pese a la influencia del Código Napoleón. Dice la mencionada norma:

"Salvo estipulación contraria, los contratos que tengan por finalidad la creación, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre cosas presentes determinadas, o cualquier otro derecho perteneciente al enajenante producirán esos efectos entre las partes desde que el consentimiento se haya manifestado legítimamente."

[Esta técnica legislativa es, en parte, análoga a la de nuestra Ley Hipotecaria (art. 2.º, 2.º LH) y de nuestro Código Civil (art. 609,2), y la redacción, a mi juicio, es poco acertada.]

La Comisión de Codificación procura justificar este cambio, afirmando que los mismos juristas romanos habían soslayado la exigencia de la tradición «cuando el Derecho evolucionó y se espiritualizó. Creemos, sin embargo, y lo hemos sostenido en varios trabajos, que el sistema de la tradición es muy superior al del mero consentimiento, que engendra a veces problemas insolubles, de irritante injusticia (23).»

[Respecto a la cosa mueble principalmente, lo que se tiene en cuenta en el sistema suizo y en la proyectada reforma española.]

Por otra parte, «En la definición de la compraventa (art. 737) advertimos dos cambios fundamentales; en primer lugar ya no se habla más de los efectos "obligatorios", porque actualmente tiene como efecto directo la transmisión de la propiedad, y por ello nos dice:

"La compraventa tiene como objeto la *transferencia* de la propiedad de una cosa u otro *derecho patrimonial*, por un precio en dinero que debe pagar el comprador."

El segundo aspecto que hemos subrayado al reproducir la definición es que se aplica no solamente al dominio de las cosas corporales, sino a la transferencia de otros derechos patrimoniales, lo que trae como consecuencia que desaparezca la figura de la "cesión de derechos", subsumida dentro de la compraventa, cuando esa transferencia es a título oneroso, y por un precio en dinero, o en el de permuta (art. 799), cuando se intercambia cosa por cosa, cosa por otro derecho patrimonial, o derecho por derecho» (24).

Se refiere a la cesión de derechos incorpóreos y acciones regulada por el artículo 1.526 y siguientes del Código Civil español.

(23) V. ob. cit. (22), pág. 1249.

(24) V. ob. cit. (22), pág. 1250.

Esta información sobre el Código paraguayo es muy interesante y oportuna, pero estimo no requiere un examen más detenido después de conocido el contenido del presente estudio.

A propósito de la comparación de los Derechos italiano y alemán, entre sí y con el Derecho español, también convendría tener presentes las conclusiones sobre la «Venta y transmisión de la propiedad», con perspectiva histórica comparada, que se alcanzaron en el Congreso Internacional de Derecho comparado celebrado en Pisa del 17 al 21 de abril de 1990, aludido por Angelo Chianale (25).

Los acuerdos de los Congresos de Pavía y de Pisa, sin duda alguna, repercutirán en nuestro Derecho de algún modo, como todos los acuerdos de unificación o armonización de los Derechos europeos, civil y registral, por lo que ha de lograrse la asistencia a Congresos futuros, de juristas españoles muy cualificados, profesores universitarios y profesionales prácticos del Derecho, y habrá que acudir con ideas claras y, a ser posible, consensuadas.

Se trata de Congresos de Derecho Civil y no sólo de Congresos de Derecho registral.

2) Sistema alemán aplicado: el acuerdo real.

Por otra parte, dejando ya el sistema latino, el sistema alemán tampoco puede considerarse simplistamente y hay que resaltar la importancia de la distinción entre los principios proclamados o principios fundamentales y las reglas operativas, en relación con las conocidas palabras de Theodor Süss, referidas al Derecho alemán mobiliario, que debo recordar:

«En Derecho casi siempre se asiste al fenómeno de exigir un requisito y de desvirtuarlo después con formas simbólicas. Posesión y tradición son dos fenómenos en que se manifiesta muy claramente semejante peculiaridad.»

1. Alude a que en el negocio dispositivo mobiliario, en la Tradición alemana, cuando se acuerda el constituto posesorio, la transmisión de la propiedad no tiene efecto mediante acuerdo (real) y entrega, consentimiento (acuerdo real) y acto real de publicidad, sino mediante *acuerdo* (real) y *acuerdo* (de constituto posesorio), ambos igualmente invisibles: el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad (acuerdo real) y el acuerdo sobre la transmisión de la posesión (acuerdo de constituto posesorio). Cita a Heck, según el que en semejante caso el principio de la tradición no es más que el disfraz histórico con el que ha penetrado en el Derecho vigente (en Alemania) el principio del contrato (francés), de la transmisión por la fuerza

(25) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), final (4).

del consentimiento (del vendedor y del comprador, más bien que del *tradente* y del *accipiente*) (26).

Porque, según matiza Martin Wolff (27), «el acuerdo real, a su vez, no necesita forma, y las más veces se declara tácitamente: sobre todo se da regularmente en la "transmisión" (negocio traslativo Tradición) que sigue al negocio causal (en la transmisión de la posesión de cosa mueble que sigue a la venta); y la jurisprudencia deduce, con razón, la existencia del acuerdo (real) de la declaración (judicial) de que la cosa (mueble) ha sido vendida y entregada» (de que ha sido transmitida y recibida su posesión).

Claro está que un *tácito* acuerdo real es más bien un *ficticio* acuerdo real, una ficticia diferenciación de un aspecto del contrato latino de venta, primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio.

En este punto hay que reconsiderar una expresión muy común en la doctrina española, según la cual, en el Derecho alemán, la transmisión de la posesión y la inscripción son «*formas constitutivas*» del negocio de transmisión, de cosa mueble y de cosa inmueble, respectivamente. No es una expresión acertada, aunque la he usado en estudios anteriores.

Respecto al negocio jurídico de transmisión de cosa mueble (la Tradición alemana) acabó de recordar que el acuerdo real no necesita forma (esencial); que el acuerdo real tácitamente se da al transmitir la posesión; y que la práctica judicial deduce que existe el acuerdo real cuando se declara que la cosa mueble ha sido vendida y entregada (transmitida la posesión). Pero no dice Wolff que la transmisión de la posesión sea la *forma* del acuerdo real. Porque en defecto de posesión *inmediata* apta para la tradición *real*, la transmisión de la posesión *se suple* mediante pacto de cesión de la acción personal contra el poseedor inmediato cuando el vendedor es el poseedor mediató, y mediante pacto de cesión de la acción reivindicatoria cuando el vendedor está desposeído porque el poseedor en concepto de dueño es un tercero. Soluciones diferentes a las españolas.

2. Respecto al negocio jurídico de transmisión de cosa inmueble (la *Auflassung* en sentido amplio), dice Wolff (28) que el acuerdo real formal (la *Auflassung* en sentido estricto), en principio, «ha de declararse en la oficina del registro inmobiliario, precisamente en la que sea competente. De lo contrario es nula». Con presencia simultánea del enajenante y del adquirente. De lo contrario las declaraciones son nulas.

Pero la mayor parte de los Estados federados han hecho uso de la facultad de disponer, en cuanto a las fincas situadas en su jurisdicción, que

(26) V. libro (2), pág. 140 (199).

(27) V. libro (2), pág. 36, 2.1.

(28) V. libro (2), pág. 35 (11). Ob. cit., tomo III, vol. I, págs. 354 y sigs., y las notas.

la transmisión puede declararse ante notario, y en ciertos casos ante el tribunal, ante otra autoridad o ante otro funcionario. «El consentimiento declarado ante notario se ha generalizado muy rápidamente.» Ante cualquier notario alemán (siempre que haya trato de reciprocidad). Aunque «todo el que está facultado para exigir una transmisión puede imponer que se practique en la oficina del registro».

Ahora bien, «cuando el propietario hubiere sido condenado por sentencia firme a la transmisión», de manera que «el demandante está facultado para *suplir la declaración del propietario mediante la presentación de la sentencia* en la oficina del registro, no será entonces necesaria para la transmisión la presencia del transmitente» (29), lo que difiere de lo dispuesto por el artículo 1.096 CC español, porque en el sistema alemán se suple el *acuerdo real*, sin que se transmita la posesión, mientras que en el sistema español se suple la voluntad de transmitir la posesión en concepto de dueño, la *actuación voluntaria del cambio de poseedor* en cumplimiento de la voluntad traslativa del derecho de propiedad que es el aspecto primordial del contrato de compraventa.

Además, las leyes territoriales pueden prescindir del requisito de la simultánea presencia de ambas partes en el caso de que la finca se subaste por un notario o tribunal y que la transmisión tenga lugar en el término de la subasta».

Por otro lado, aunque la transmisión formal (el acuerdo real de *Auflassung* debe *preceder* a la inscripción, «la infracción de esta disposición (párr. 20 LRI) no es causa de nulidad» (30).

La inscripción sólo debe efectuarse después de haber sido presentado en la oficina del registro un certificado de la autoridad fiscal, en el que ésta indique respecto al impuesto sobre adquisición de inmuebles, que se ha concedido una prórroga o que su cobro está garantizado o que no se exigirá (31).

El negocio obligatorio (compraventa...) en que se basa la transmisión no es de gran importancia para la transmisión. «Donde la oficina del registro, en virtud del Derecho territorial, haga depender la transmisión de la presentación de un documento válido acreditativo del negocio causal, queda impedida la transmisión sin negocio causal; si, a pesar de ello, la transmisión se verifica (mediante acuerdo e inscripción) será válida» (32).

En la realidad, normalmente, la escritura notarial alemana es forma

(29) La demanda judicial para la condena a la transmisión puede anotarse (*Vormerkung*).

(30) V. ob. cit. (28), pág. 359, 5.

(31) V. ob. cit. (28), pág. 359, 6.

(32) V. ob. cit. (28), pág. 359, 7.

documental probatoria del contrato de venta y del acuerdo real, sobre todo cuando el Derecho territorial dispone la presentación en la oficina del registro de «un documento válido acreditativo del negocio causal».

Así resulta que la práctica jurídica del Derecho alemán es bastante similar a la del Derecho español, pese a que la validez y eficacia traslativa del negocio dispositivo de transmisión del dominio no depende de la validez y eficacia del negocio obligatorio de compraventa, sin perjuicio de la obligación de remediar el enriquecimiento sin causa.

También se puede concluir, a mi juicio, que la inscripción alemana *no es forma esencial constitutiva del acuerdo real*, sino que más bien es *condición legal necesaria* para que se consolide el efecto traslativo del acuerdo real, mientras que la inscripción del contrato escriturado notarialmente que propugna el reformador español es condición legal para que se consolide el efecto traslativo del *contrato* traslativo y obligatorio.

II. CONTRATOS E INSCRIPCIÓN

1) *Totum revolutum*.

1. Es muy importante reconocer que nuestra Ley Hipotecaria de 1861 adoptó una técnica legislativa (manifiesta en el art. 2.º, apartados 1.º y 2.º, hoy vigentes, así como en los arts. 1.º y 13 del Reglamento de 1861, hoy arts. 7 y 9 del RH) que se presta a confusiones, al reunir en un *totum revolutum* dos supuestos de hecho muy distintos entre sí:

El primer supuesto es la *transmisión* del derecho de *propiedad* por disposición traslativa, contractual (por compraventa o por otros contratos traslativos mediante tradición o por cesión si el propietario está desposeído), o unilateral aceptada, *inter vivos* (donación) o *mortis causa* (sucesión).

El segundo supuesto es la *constitución* del derecho de *hipoteca* y, en general, de los derechos reales parciales no posesorios; por *contratos típicos* el derecho de hipoteca y los derechos de adquisición.

Supuesto similar al de transmisión del derecho de propiedad es el supuesto de transmisión de los derechos reales parciales; en su caso, por contrato traslativo, sobre todo por compraventa mediante la cuasi tradición respecto a los derechos reales parciales cuasi posesorios, de disfrute, o por contrato de cesión respecto a los derechos incorporales como el derecho de crédito hipotecario. También es similar la constitución de los derechos reales parciales cuasi posesorio.

Asimismo, el Código Civil, artículo 609, párrafo 2.º, reúne como un *totum revolutum*, en tono menor, la adquisición del dominio y la adquisición de los derechos reales parciales, por contrato traslativo o por ley (lo que

analicé detenidamente en el estudio tercero de los comprendidos en el libro citado en la nota 2).

2. Además, la Ley Hipotecaria de 1861 (por ejemplo, en el art. 1.º, como el RH vigente en sus arts. 7 y 9) extremó la abstracción conceptual generalizando sus referencias a la inscripción de *actos* (unilaterales aceptados: donación y sucesión) y de *contratos* (compraventa y otros contratos traslativos o constitutivos), sin llegar a nombrar, nunca, el contrato de compraventa y la tradición, pese a la preocupación del legislador por respetar el requisito de la tradición de la posesión de la cosa. Aunque también es cierto que exigió la escritura notarial como título formal normal (art. 3 LH 1861, vigente) para que las circunstancias de la inscripción quedaran conformadas y probadas, sin olvidar que entonces, en 1861, en las escrituras de compraventa era cláusula de estilo la de cumplimiento de la tradición por pacto expreso de constituto posesorio, un pacto que hoy es innecesario, desde que el Código Civil incluyó el artículo 1.462, 2, para el supuesto normal en que el vendedor es el poseedor, pero no para el supuesto especial en que el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño contra el que ha de ejercitarse la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y evitar que adquiera el derecho de propiedad por usucapión.

2) Doble calificación.

1. En 1986 ya dijo Antonio Pau Pedrón (33) «Si el comparatismo científico no surge, según suele admitirse, hasta el Congreso de París de 1900, algunas obras de hipotecaristas del siglo XIX son pioneras de esa nueva metodología» (pág. 83). «Desde la perspectiva del Derecho registral comparado, deben buscarse soluciones al problema de la seguridad jurídica inmobiliaria. Esta búsqueda de soluciones debe estar presidida por la que Konrad Zweigert llama «Ley básica iuscomparativista»: todos los ordenamientos conducen en última instancia a las mismas soluciones prácticas, y debe ser guiada por un criterio funcional y no estructuralista» (pág. 93). Ya he dicho que Angelo Chianale adopta un método estructuralista centrado en la desmembración del dominio.

Pero la primera exigencia del comparatismo viene impuesta por la equilibrada valoración del propio Derecho... y ha prevenido Tirso Carretero del «excesivo optimismo» respecto del propio Derecho: «Es muy frecuente leer —añade— que nuestro sistema es uno de los mejores del mundo» y añade más adelante que «La doctrina española, tanto la de alto nivel como la de escritores modestos en contacto con la realidad jurídica y social, es de

(33) PAU PEDRÓN (ANTONIO), *La comparación en Derecho Registral*. Revista de Derecho Registral, 1986, núm. 13, págs. 79-97, 83, 93.

excepcional competencia; pero lleva el terrible *handicap* de creerse que el sistema hipotecario español es muy bueno cuando, en realidad, *estamos todos esperando saber cómo es nuestro sistema*, cosa que no podremos saber mientras no conozcamos mejor los otros» (pág. 96 y nota 71).

A lo dicho por Tirso Carretero añado que no podremos saber cómo es nuestro sistema y cómo son los otros sistemas si no conocemos mejor qué es el contrato de compraventa y qué es la tradición, si no damos la prioridad necesaria a los conceptos civiles para poder comprender los «principios hipotecarios», para no quedarnos dormidos en el cielo de los «principios proclamados» un poco desligados de la realidad de las «reglas operativas».

Como ha destacado con agudeza Tirso Carretero y recuerda Pau Pedrón, «la mayor dificultad... radica... en... el encuadramiento de la función registral. Y es en este punto donde nuestro Derecho adopta un criterio original e intermedio, con rasgos judiciales y rasgos administrativos, que puede orientar una futura confluencia de todos los sistemas registrales europeos» (pág. 97).

2. A este último propósito, el Notario José Luis Mezquita del Cacho entiende lo siguiente (34).

En España existe «un *sistema cautelar general* integrado por la llamada jurisdicción judicial voluntaria, el Notariado y los Registros. La función de las tres es la misma, la preservación o protección preventiva de la seguridad jurídica en los actos y negocios de Derecho Privado. Las coyunturas que determinan la intervención de la primera pueden calificarse de estadísticamente marginales; pero esa intervención es requisito habilitante y previo, ineludible. Las otras dos piezas, en cambio, normalmente opcionales aunque muy utilizadas por las ventajas que comporta recurrir a ellas, son los dos ejes en que se sustenta el vehículo de la *Forma de Garantía*. Andar sobre uno solo de esos ejes es exponerse a volcar en cualquier momento la carga negocial transportada hacia la seguridad. Y estibar mal esa carga, haciéndola gravitar con demasiada desproporción sobre uno solo de los dos ejes, es exponerse a romper precisamente ese: el sobrecargado».

Implicar «un control doble, sucesivo y cualificado, de la *legalidad*, uno en el origen vinculante del *negocio*, y otro en su acceso al puerto de la *publicidad*».

En cuanto al primero «los elementos del consentimiento y de la causa en el negocio no son "hechos", son "factores del presupuesto jurídico de la

(34) MEZQUITA DEL CACHO (JOSÉ LUIS), «Sobre Registradores y Notarios», en *La Notaría*, núm. 7, julio 1991. Palabras de presentación del libro *El Registro de la Propiedad en el sistema de seguridad jurídica de España*, de la Registradora PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS. Incluye las ideas de su libro *Seguridad jurídica y sistema cautelar*. Reproducida en *Lunes, cuatro treinta*, núm. 86, 1.^a quincena, octubre 1991.

relación", cuya *calificación* reclama comprobar que la voluntad emitida en forma de consentimiento lo ha sido con espontaneidad, sin violencia o coacción, con libertad civil decisoria merced a un equilibrio en el conocimiento, ya que no en el poder social o económico; y ese conocimiento requiere información e instrucción, que producirá la plena conciencia como base de la voluntad; siendo esta conciencia la que excluirá el error en la causa, y contribuirá al menos a eliminar también el dolo o engaño, salvo en cuanto se refiera al objeto material del negocio, que justamente es aquello que, a diferencia del registrador, no tiene el Notario a mano.

De ese control viene que el instrumento público haga fe del hecho que motiva el otorgamiento formal, que no es sino el otorgamiento sustancial digno de este nombre: consciente, libre y espontáneo. Y dándolo por supuesto la Ley en el instrumento notarial, es por lo que apareja a la fe del notario, no (como durante algún tiempo se creyó erróneamente y fue corregido en la ley procesal) un valor probatorio privilegiado; sino un valor de presunción de Derecho, no de hecho, que por tanto no opera en el plano de las reglas de la prueba; sino directamente en la regla del juicio, requiriendo para su enervación una contradicción plena, y no una simple duda del Juez.

Sin un tal control y un tal efecto, no habría «negocio jurídico jurídicamente presunto», sino sólo fácticamente presunto; y entonces, el solo control jurídico del registrador no bastaría para aparejar al asiento tabular la protección de los Tribunales; y serían los propios Tribunales quienes recaerían para sí ese único control directo, absorbiendo la estructura registral, como ocurre en Inglaterra o en Suiza donde en gran parte el notariado no es «latino», o en Alemania, donde, pese a serlo, la tradición local judicialista de la *Auflassung* en la *Rechte Gewere* histórica pesó en exceso para admitir una sustitución de corte profesionalista. Demasiados antecedentes en el Derecho comparado europeo, en trance armonizador, para un planteamiento tan arriesgado.

La función notarial no es testifical de hechos, como la del notariado anglosajón, sino de control de la regularidad jurídica del acto, según el modelo del notariado latino.

El control registral de la legalidad es un «segundo control *revisor* del primero, porque al fin y al cabo todo lo anteriormente controlado es un presupuesto para el efecto que del Registro se pretende, y porque no hay una responsabilidad conjunta y difusa de los controladores, sino dual y distinta aunque fuera acumulable».

«Lo mejor que nuestro sistema tiene es su equilibrio de calidades, y la ruptura de ese equilibrio llevaría a su desmoronamiento total.»

El equilibrio «deriva del hecho de que tenemos repartidas no dos funciones sino dos actuaciones de una misma función: una en la fuente del negocio y otra en la desembocadura al mar de todos, de partes y de terceros.

Decir «que la primera actuación se centra más en los *sujetos*, que expresan el consentimiento y explican su causa, mientras que la segunda opera más primordialmente sobre el *objeto*, es quizá expresivo, pero es una simplificación relativa en su base ya que ni el notario puede desentenderse del objeto, referencia necesaria del consentimiento y de la causa (y aunque le faltan suficientes datos propios recurrirá al Registro para completar el esquema negocial); ni el registrador puede dejar de considerar la eficacia del vínculo entre las partes, suelo desde el que la relación se proyectará a terceros, por lo que necesitará asegurarse de la firmeza de ese suelo, moviendo si lo fuera la voluntad o la causa. Y uno y otro, en su respectivo ámbito de actuación, y en distinto grado, dan *forma* a la relación. Hasta en los mecanismos respectivos he visto siempre, por todas partes, unidad y no contraposición: ¿no hace el registrador documentos públicos en sus asientos y certificaciones?, ¿no es un registro el protocolo notarial?

He aquí cómo quedan relativizados los argumentos diferenciales, demasiado fáciles, de que el notario opera en el plano de lo subjetivo y lo obligacional; y el registrador en el de lo objetivo y lo real. Si el notario se impregna de subjetivismo es porque tiene a los sujetos delante, mientras el objeto inmobiliario puede hallarse en el otro extremo del país...; y si el registrador es objetivista es porque, al repartirse sus competencias así activa como temáticamente, tiene las fincas en su estantería, mientras los sujetos pueden estar tan lejos como quepa imaginar. Seguramente ese contraste es magnífico, pues el control, efectuado en dos fases, se hará bajo la presión del factor humano, y en la otra a conveniente distancia de esa influencia; pero, sin embargo, la síntesis de esa circunstancia es ideal y a ese ideal está ajustado el sistema español... esa doble perspectiva es comunicable, intercambiable entre notarios y registradores cuando hay una verdadera cooperación de ambos *controladores de la legalidad*; pues el notario celoso de su función no quiere que los factores subjetivos le quiten objetividad de juicio, y el registrador jurista vocacional tampoco gusta de dar la espalda a las motivaciones subjetivas, y sí de abrirles cauce cuando son equitativas, juicio que sólo conociéndolas mediante esa cooperación sistemática y abierta, puede formar».

Me he permitido el copiar, con otro orden, las palabras de Mezquita del Cacho porque son muy ilustrativas para comprender mejor el significado de este estudio crítico terminológico, ante todo colaborador y constructivo.

3) Reforma.

Creo que la Comunidad europea puede imponer el sistema latino italiano del contrato de compraventa, con todas las variaciones convenientes, pero también creo que el sistema notarial-registral español podría ser tenido en cuenta para su aplicación general, con las adaptaciones oportunas, si

notarios y registradores se preparan para afrontar el reto, sin quedar obsesionados por la «teoría» del título y el modo y por el sistema alemán o, mejor dicho, por sus principios proclamados, sin tener en cuenta sus reglas operativas, menospreciando los principios proclamados y las reglas operativas del sistema latino italiano.

Sería interesante conocer la realidad del alcance de la calificación registral en otros ordenamientos europeos para que cuando los organismos supranacionales proyecten normas unificadoras de la economía comunitaria, con criterios liberalizadores, no prejuzguen que en nuestro sistema resulta excesivo el «control» o intervencionismo jurídico-administrativo para llegar a ser propietario por contrato de compra o acreedor con hipoteca. En particular me refiero a la interpretación de la expresión «validez de los *actos dispositivos*», adicionada por el legislador de 1944 al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que inicialmente se refería a la capacidad de los contratantes y a las formas extrínsecas de los documentos (LH 1861) y más tarde, con evidente impropiedad de expresión, también a la «validez de las *obligaciones*» (LH 1909), sin olvidar que tal calificación debe quedar concretada dentro del marco que resulte del contenido documentado en las escrituras notariales y del contenido del Registro.

Por otra parte, la calificación notarial ha de reafirmarse contra la «práctica operativa» cada vez más extendida de redactar las escrituras «según minuta» impuesta por asesorías jurídicas de una de las partes contratantes, lo que puede atentar gravemente contra el «principio proclamado» de la tradicional imparcialidad del notario, latino, jurista asesor y no sólo testigo autorizante (a la vez que traslada al registrador parte de la labor de calificación que normalmente asume el notario latino dentro de unos cauces legales y administrativos generales).

Claro que estos problemas, en la práctica, no se plantean con referencia al contrato de compraventa y a los demás contratos traslativos del dominio, ni en cuanto a la donación o a las herencias, sino respecto al contrato de hipoteca o similares operaciones financieras, algunas sin cauce legal definido, acaso por motivaciones internacionales, y entonces sí que es problemático conocer el alcance de la calificación de la «validez de los *actos dispositivos*», con riesgo de pasarse o de quedarse corto.

Por esto mismo, el principio fundamental proclamado tendrá que quedar muy claro: el contrato de venta es traslativo, condicionalmente, y obligatorio; la inscripción es el acto que condiciona la consolidación de la transmisión del derecho de propiedad de una finca por contrato formalizado y probado necesariamente mediante escritura notarial.

El vendedor de finca inmatriculada debe ser titular registral del dominio (y entregar la posesión en concepto de dueño de la finca que posee).

El comprador de una finca instará la inscripción de su contrato de

compra formalizado y probado mediante escritura notarial (que también formalizará y probará la entrega de la posesión en concepto de dueño, mediante acuerdo de constituto posesorio instrumental, condicionado en su efectividad a la inscripción que consolidará la adquisición del dominio).

La reforma proyectada tendría que ceñirse al tráfico jurídico según Pau Pedrón.

A mi entender, tendrá que modificar la Ley Hipotecaria para referirla a contratos y actos inscribibles, no a títulos inscribibles, es decir, ya no al total fundamento jurídico de la adquisición del derecho de propiedad, porque la adquisición se fundamentará en el contrato y en la inscripción del contrato escriturado notarialmente.

También tendrá que facilitar la inscripción de las adquisiciones hereditarias para evitar las interrupciones del tracto registral, y facilitar la reanudación del tracto interrumpido de las fincas inmatriculadas, pues de otro modo se correrá el riesgo de una grave discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, que ha de ser prevista por el reformador.

1. Después de la reforma es claro que la tradición de la finca inmatriculada vendida, esto es, la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la finca, continuará siendo obligación del vendedor titular registral *poseedor* de la finca (conforme al art. 1.445 CC). Y es claro, si la reforma no lo impide, que la tradición continuará realizándose antes de la inscripción, por simple acuerdo de constituto posesorio, acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor, al que legalmente equivale el otorgamiento de la venta en escritura notarial «si de la misma escritura no resultara o se dedujera claramente otra cosa» (art. 1.462, 2, CC).

Para mí, es claro que la tradición de la finca inmatriculada vendida por el titular registral del dominio que está *desposeído* de la finca continuará siendo ontológicamente imposible al perfeccionarse la venta y por ello no será obligatoria la tradición en este supuesto, cuando la desposesión está considerada por las partes, y manifestada expresa o tácitamente (conforme al artículo 1.526 del CC, por contraposición al artículo 1.445 del mismo Código). La controversia actual acerca de si la cesión del derecho incorporal de propiedad del titular registral desposeído es inscribible (según el criterio del legislador Pedro Gómez de la Serna, que comparto) o no es inscribible (según la opinión común de la doctrina, aplicada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 25 de enero de 1990) parecerá estéril, porque será necesario que se inscriba la cesión para que el derecho quede transmitido, al igual que si el titular registral poseyera la finca. Sin embargo, pese a esta reforma, la cesión del derecho incorporal del propietario desposeído continuará siendo posible e inmediatamente traslativa del dominio del verdadero propietario respecto a las fincas no inmatriculadas todavía y respecto a las cosas muebles reivindicables.

Ahora bien, la reforma tendrá amplio alcance legislativo, civil y registral, notarial, procesal, administrativo...

2. Habrá que reformar preceptos que se refieren al contrato de compraventa como acuerdo de dos voluntades (la del vendedor y la del comprador) recíprocamente traslativas de derechos de propiedad (sobre la cosa y sobre el dinero del precio) (arts. 609, 1.095, 1.096 CC) y, en consecuencia, fuente, constitutiva o del nacimiento, de derechos personales u obligaciones (arts. 1.088, 1.445, 1.526 CC), para que incluyan, claramente, la obligación del vendedor de realizar cuanto sea menester para que el comprador logre que se practique la inscripción registral de su contrato de compra para quedar cumplida la condición legal del efecto traslativo del contrato, sin perjuicio del supletorio cumplimiento forzoso para el vendedor por mediación judicial (nuevos arts. 1.095 y 1.096, una vez reformados los actuales).

En el caso de venta de finca inmatriculada el vendedor estará obligado a tener inscrito previamente su título de pertenencia, acaso reanudando el tracto sucesivo registral interrumpido.

3. En todo caso, el necesario cumplimiento de la condición legal (de la inscripción) hace *necesario* que el contrato quede *probado* con escritura notarial (art. 3 LH).

Según la ley (art. 1.261 y su epígrafe), los requisitos «esenciales», para la «validez», de los contratos, es decir, los elementos «constitutivos», que han de concurrir para que nazca, llegue a ser o existir el contrato, sin los que «no hay contrato», «válido», son «el consentimiento de las partes contratantes», el «objeto cierto» del contrato, y la «causa» del contrato (la causa de que se «celebre» o establezca).

Según la ley (art. 1.278 y su epígrafe), los contratos «perfeccionados» o «constituidos», porque al ser «celebrados» concurren los expresados requisitos esenciales para su «validez», tendrán «eficacia», serán eficaces, serán causa de efectos, «cualquiera que sea la *forma* en que se hayan celebrado», es decir, cualquiera que sea la forma de la declaración del consentimiento o acuerdo de voluntades (que tiene una causa y es causa de unos efectos). El consentimiento ha de ser manifestado o exteriorizado de alguna forma, para que pueda quedar constituido un consentimiento contractual, y según la ley la forma es libre, incluso puede ser verbal expresa, y aún tácita, deducible de actos concluyentes. La ley no impone una determinada forma *constitutiva* del consentimiento, una determinada forma esencial o necesaria.

Así, para la perfección o *constitución* del contrato de compraventa por los contratantes, la *forma* de declaración del consentimiento contractual es y será *libre* (art. 1.261, a contrario, y art. 1.278 CC), por lo que la escritura notarial no es y no será forma esencial del contrato, es decir, no es y no

será forma documental legalmente necesaria para la perfecta constitución, creación o nacimiento del consentimiento contractual.

La escritura notarial resultará forma no esencial pero sí constitutiva del contrato cuando éste quede perfeccionado o constituido en el acto del otorgamiento y autorización de la escritura notarial, y no será forma constitutiva cuando las partes contratantes se limiten a dar forma documental pública notarial a un contrato que, antes, quedó perfeccionado o constituido con forma verbal o con forma de documento privado, es decir, cuando acordadas ambas partes o compelida una por la otra, se «llene» la forma de escritura notarial que sea exigida por la ley para que el contrato surta ciertos y determinados efectos (art. 1.279 CC y R. 5 julio 1991 FD 4).

La escritura notarial, en el primer caso y con el sentido expresado, *constituye* el contrato, y en el segundo caso *conforma* o *formaliza* el contrato antes constituido con otra forma.

Por otra parte, la escritura notarial es forma necesaria para que el contrato y la tradición (es decir, el título, en sentido legal y jurisprudencial) puedan inscribirse conforme a lo que ya dispuso la Ley Hipotecaria en 1861 (art. 3), así como la Instrucción para la redacción de documentos públicos sujetos a inscripción (1861) y según continúa disponiendo la vigente Ley Hipotecaria (1946) y la Ley del Notariado (1862).

En este sentido, la escritura notarial *conforma* o *formaliza* el título adquisitivo (el contrato más la tradición) para que sea inscribible, es decir, la escritura *da forma* adecuada a todas las circunstancias que *deben* constar en la inscripción (art. 9 LH) y a los pactos y condiciones voluntarias de trascendencia real (art. 9, 2.^a LH; art. 51, 6.^a RH).

La escritura notarial, sea forma constitutiva del contrato o no lo sea, ahora, antes de la reforma, es *prueba plena* documental del *título material* documentado (art. 1.218 CC).

Es *prueba* documental *del fundamento jurídico de la adquisición* del derecho de propiedad, de la adquisición contratada y consolidada ante el notario: es prueba documental de la adquisición, a causa o por efecto o por consecuencia del contrato de venta, mediante la tradición por el vendedor poseedor en cumplimiento voluntario de la condición legal del efecto traslativo del contrato (art. 1.462, 2, CC) o sin tradición «mediante» cuando el vendedor está desposeído por un tercero poseedor (art. 1.526 CC).

Es prueba *plena* (o tasada) en cuanto su eficacia probatoria sólo puede quedar desvirtuada en juicio declarativo, por contradicción plenamente probada y sentencia firme que declare su falsedad, su no fehaciencia, por no ser acorde con la realidad la presunción legal de fehaciencia (art. 1.218 CC).

Después de la reforma, tal escritura notarial continuará siendo prueba plena documental del contrato, pero ya no será prueba de la consolidación

de la adquisición contratada. Importará menos que ahora el que la escritura notarial sea prueba del contrato y de la tradición, en la venta normal. Para quienes no han llegado a convencerse de que el contrato de cesión del derecho de propiedad *incorporal* perteneciente al vendedor (verdadero propietario, desposeído) sea causa incondicionada legalmente de la transmisión del derecho que se atribuye el poseedor en concepto de dueño al amparo de la presunción legal de pertenencia al mismo (art. 448 CC), y para quienes sí que están convencidos a efectos civiles pero les preocupan las consecuencias registrales de su convicción, desaparece la necesidad de agarrarse al clavo ardiendo de la fantástica tradición *incorporal* imaginada por el profesor Lacruz, porque tal contrato de cesión (venta del derecho de derecho de propiedad *incorporal* del propietario desposeído) será inscribible, sin necesidad, claro está, de ninguna tradición *incorporal*. La escritura notarial es y será necesaria para que se pueda practicar la inscripción registral, que ahora es inscripción del título que documenta y prueba, como única prueba en el tráfico jurídico inmobiliario a efectos registrales (art. 3 LH), y que después de la reforma será inscripción del contrato que documenta y prueba (nuevo art. 3 LH, referente al contrato solamente y no al título en el sentido legal y jurisprudencial de contrato más tradición).

4. La inscripción del *título* material es una inscripción *declarativa* de una adquisición a causa del contrato de compra, consolidada mediante la tradición por el vendedor poseedor, o bien a causa del contrato de cesión (venta de derecho *incorporal*) por el propietario desposeído, traslativo inmediatamente, sin mediar tradición. En estos supuestos de adquisición titulada (con título material) la escritura notarial prueba una adquisición contratada y consolidada ante el notario, antes de la inscripción, aunque la finca esté inmatriculada, el vendedor sea el titular registral del dominio y el título escriturado no se llegue a inscribir, originando una discordancia entre la titularidad aparente registral y la titularidad verdadera civil.

En cambio, la proyectada inscripción del *contrato* será una inscripción *necesaria* para que una adquisición contratada quede *consolidada*. La escritura notarial no será prueba de una adquisición contratada y consolidada ante el notario, sino que será prueba de un contrato constituido o formalizado en escritura notarial, prueba legal necesaria (art. 3 LH) para que la adquisición contrada pueda quedar consolidada mediante la inscripción, si la finca está inmatriculada o si no estándolo se vende después de la fecha que concretará la ley de reforma. El título de la adquisición será, entonces, el contrato y la inscripción del contrato escritural.

La nota de inscripción, extendida por el registrador al pie de la copia de la escritura de venta, referenciará el cumplimiento de la condición legal de la consolidación de la transmisión del derecho vendido.

La inscripción registral no es y no será forma del *contrato*, sino que la

inscripción registral ahora es forma documental esencial de la *publicidad jurídica* del título contractual y según la reforma será, además, forma documental necesaria para que *consolide* el efecto traslativo del contrato, de manera que contrato e inscripción integrarán el título o fundamento jurídico de la adquisición del derecho, el contrato probado con escritura notarial y la inscripción registral probada con la nota al pie de la copia de la escritura notarial o mediante certificación registral.

En modo alguno se podrá hablar, elípticamente, de «inscripción *constitutiva*» para referirse a una pretendida inscripción constitutiva *del contrato*.

Se podrá hablar, elípticamente, de «inscripción constitutiva» para referirse a la «inscripción *elemento constitutivo* o integrante *del supuesto de hecho del efecto jurídico transmisión y adquisición del derecho de propiedad a causa del contrato traslativo*» o también a la «inscripción constitutiva de la consolidación de la adquisición del derecho contratada», para expresar con pocas palabras que la actuación práctica de la inscripción —que termina con la firma del registrador autorizante del asiento, después de la correspondiente acta de la inscripción (art. 9, 8.º LH y art. 51, 10.º y 14.º RH)— será cumplimiento de la condición legal para la consolidación del efecto traslativo del contrato, forma documental esencial de la *publicidad jurídica necesaria* para la consolidación del efecto traslativo del contrato, para la consolidación de la adquisición del derecho contratada.

Lo importante no es tanto la palabra como su significado, pero la palabra conviene que sea inequívoca, y la palabra «constitutiva» es equívoca en la doctrina jurídica española, porque podría parecer que la inscripción es *tan* constitutiva del efecto (transmisión y adquisición del derecho de propiedad) como el consentimiento o acuerdo de voluntades contractual es constitutivo del efecto, mientras que, en el supuesto de hecho del efecto jurídico transmisión y adquisición del derecho de propiedad, el contrato (integrado por el consentimiento referido a un objeto y a una causa del acuerdo) es la *causa* del efecto traslativo y la tradición (o la inscripción que ha de sustituirla) es *condición legal* del efecto traslativo.

La palabra «constitutivo», como adjetivo, debe referirse a otra palabra sustantiva, de manera que si el sustantivo es «elemento» y el adjetivo «constitutivo», también puede continuar adjetivándose la expresión «elemento constitutivo» para distinguir de entre los hechos integrantes o elementos constitutivos del supuesto de hecho de un efecto jurídico determinado, el que legalmente sea «elemento constitutivo *causa* del efecto», en consideración a ser *voluntad* negocial causante, del que legalmente sea «elemento constitutivo *condición legal (conditio juris)* del efecto», es consideración a no ser voluntad negocial, aunque sea un hecho voluntario, constitutivo del supuesto de hecho y, por tanto, constitutivo del efecto jurídico del supuesto de hecho.

Me parece más acertado y ajustado a la verdad hablar de inscripción *necesaria* como condición legal, que en el momento de la perfección del contrato causa *condiciona* legalmente la adquisición causada (contratada), y que en el momento de la inscripción del contrato causa *consolida* la adquisición causada (contratada).

En este sentido, el contrato es y será *causa constitutiva* del efecto traslativo y la inscripción será, como la tradición sustituida, *condición legal constitutiva* del efecto traslativo, que antes de cumplirse o incumplirse definitivamente *condiciona* la adquisición causada y que al cumplirse *consolida* la adquisición causada.

El período de pendencia del cumplimiento o incumplimiento de la condición legal comienza en el momento (inicial) de la perfección del contrato, que es causa de la adquisición contratada, aunque ésta quede condicionada legalmente, y termina en el momento (final) del cumplimiento (voluntario o forzoso) del hecho condicionante que *consolida* la adquisición causada, o en el momento (final) del incumplimiento definitivo (porque ya no es posible el cumplimiento forzoso) del hecho condicionante que *frustra* la adquisición causada.

En el momento de la perfección del contrato la adquisición queda *causada*, pero queda *condicionada legalmente*, hasta que con el cumplimiento (voluntario o forzoso) de la condición queda *consolidada* (la adquisición) o con el incumplimiento definitivo de la condición queda *frustrada* (la adquisición).

Con la reforma, la inscripción dejará de ser, como ahora es, *declarativa* y *publicitaria* de un título, o sea, de una transmisión realizada antes, contratada y consolidada ante el notario (arts. 1.445 y 1.462, 2, o art. 1.526 CC).

4.1. Escritura notarial e inscripción registral serán requisitos legales formales, documentales, de cumplimiento necesario para que el derecho de propiedad perteneciente al vendedor, por efecto traslativo del contrato de compraventa, quede transmitido del vendedor al comprador, para que el vendedor deje de ser el propietario y el comprador pase a ser el actual propietario, para que el derecho de propiedad perteneciente al vendedor, por disposición traslativa de éste, pase a pertenecer al comprador, por adquisición derivativa.

El título de adquisición y pertenencia del derecho de propiedad, el fundamento jurídico de la adquisición y pertenencia del derecho de propiedad, será el contrato y la inscripción publicitaria del contrato escriturado notarialmente (constituido o formalizado, y probado, con escritura notarial). El propietario será el titular registral del dominio, que adquirió a causa del contrato de compra y mediante la inscripción publicitaria del contrato escriturado notarialmente.

Desde este punto de vista, aunque el contrato continúe siendo latino, la reforma es *germanizante*, en cuanto la transmisión del dominio ya no quedará contratada y consolidada, y probada, según la escritura notarial (lo que, aparentemente, resta importancia a la escritura notarial), sino que quedará contratada y probada según la escritura notarial y quedará consolidada mediante la inscripción publicitaria del contrato, necesariamente conformado y probado mediante la escritura notarial, lo que reforzará la importancia de la escritura notarial, si los contratantes se deciden a escriturar todos sus contratos.

4.2. Después de la reforma la posesión continuará teniendo eficacia legitimadora respecto a las cosas muebles. También tendrá eficacia legitimadora respecto a las fincas, incluso las inmatriculadas (art. 448 CC). Pero no idéntica a la actual, porque el efecto traslativo del contrato consolidado mediante la inscripción quedará desligado del cumplimiento de la tradición (cambio del poseedor en concepto de dueño), aunque hacer tradición de la cosa al comprador continuará siendo obligación del vendedor poseedor (art. 1.445 CC). Habrá que reconsiderar la contradicción entre la posesión y la inscripción a efectos de la usucapión contra *tabulas* (art. 36 LH) y del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (párrafo 6, causa 2.^a de oposición por el contradictor).

La tradición, histórica y actual, por las razones expuestas, es requisito legal *necesario* para que el contrato de venta alcance su plena eficacia dispositiva cuando está acordado para la transmisión y adquisición del derecho de propiedad de cosa específica que pertenece al vendedor poseedor, no para el «nacimiento» o «constitución» del derecho de propiedad como se dice con evidente y grave imprecisión.

También la cuasi tradición es requisito legal *necesario* cuando el contrato de venta está acordado por el vendedor propietario poseedor, para el nacimiento o constitución y la simultánea adquisición, por el comprador, de algún derecho real parcial cuasi posesorio, como el derecho de usufructo, así como para su transmisión, posterior a su constitución y adquisición por el transmitente.

Se exige y es *necesaria* la tradición (o la cuasi tradición) para consolidar la adquisición del derecho de propiedad (o del derecho real parcial cuasi posesorio), *a causa* de contrato de venta, o *a causa* de alguno de los otros «ciertos contratos» traslativos, otorgado por el vendedor propietario transmitente del dominio (o constituyente del derecho real parcial cuasi posesorio, u otorgado por el vendedor al que pertenece el derecho real parcial cuasi posesorio con anterioridad constituido a su favor por el propietario).

Pero la tradición *no* es *causa* «constitutiva del nacimiento del derecho real», como se dice, con evidente imprecisión, para contraponerla al contrato constitutivo del derecho personal, según el modelo alemán. La tradi-

ción no es *causa «constitutiva»* de la *adquisición* (no del «nacimiento») del derecho de propiedad por el comprador. La cuasi tradición no es *causa «constitutiva»* del *nacimiento* y de la simultánea *adquisición* del derecho real parcial cuasi posesorio (usufructo) por el comprador al pleno propietario vendedor constituyente del gravamen.

Por tanto, la inscripción que, según la proyectada reforma, ha de hacer las veces de tradición a efectos traslativos del derecho de propiedad, tampoco será «causa constitutiva» de la transmisión del derecho de propiedad, ni «causa constitutiva» del nacimiento del derecho real parcial cuasi posesorio, ni «causa constitutiva» de la transmisión del derecho ya nacido, sino que sólo será «condición legal constitutiva», requisito legal *necesario* para la consolidación del efecto dispositivo del contrato de venta, será una inscripción *necesaria* y dejará de ser lo que ahora es: una voluntaria aunque conveniente inscripción, una inscripción *declarativa*, que publica un contrato y su efecto civil traslativo cumplido, mediante la tradición (art. 1.445 CC), o sin ésta en el caso del artículo 1.526, sin perjuicio de ser requisito legal necesario para la producción del efecto registral de aseguramiento de la adquisición realizada antes de la inscripción.

4.3. Este es análogo alcance al que hoy tiene la inscripción del contrato constitutivo del derecho de hipoteca, pues decir que la inscripción de este contrato es constitutiva del derecho real resalta el alcance de la reforma prusianizante introducida por el Código Civil (art. 1.875) del Derecho civil vigente en 1861, cuando la inscripción del contrato de hipoteca era sólo requisito necesario del efecto de aseguramiento de la adquisición realizada por contrato constitutivo de la hipoteca, al igual que, desde 1861 hasta ahora, la inscripción del contrato de venta complementado con la tradición por el vendedor poseedor es requisito necesario para asegurar la adquisición del derecho de propiedad por contrato traslativo del derecho.

Ahora bien, el Código Civil fomenta el confusionismo al decir que es requisito esencial del contrato de hipoteca el que «las personas que *constituyen* la prenda o la hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes» (art. 1.857, 3, CC), y al decir que «es indispensable para que la hipoteca quede válidamente *constituida* que el documento en que se *constituya* sea inscrito en el Registro de la Propiedad» (art. 1.875 CC).

El Código Civil, al referirse a las personas que constituyen la hipoteca (art. 1.857, 3) alude al *contrato* de constitución del derecho de hipoteca, es decir, a las declaraciones de voluntad concordadas de las partes contratantes, a la voluntad del propietario hipotecante, dispositiva, constitutiva o de nacimiento del gravamen, y a la voluntad del acreedor, adquisitiva del gravamen.

En este sentido es cierto que la voluntad del propietario es constitutiva del derecho de hipoteca, en cuanto quiere que el derecho sea o exista,

nazca, y que lo adquiriera, simultáneamente, el acreedor; por tanto, es cierto que el *contrato* de hipoteca es «*constitutivo*» del *derecho de hipoteca*.

Análogo sentido tiene la expresión «el *documento* en que se constituya la hipoteca» (art. 1.875), en cuanto alude a la escritura notarial que documenta el contrato constitutivo del derecho de hipoteca, porque la escritura notarial es forma esencial para el ser o nacimiento del contrato de hipoteca, y se denomina *forma «constitutiva» del contrato* en cuanto la forma de documento notarial es uno de los elementos esenciales o constitutivos del contrato, además del objeto y la causa (art. 1.216).

En este sentido, la escritura notarial de hipoteca es forma esencial, «*constitutiva*», del contrato constitutivo del derecho de hipoteca.

En cambio, decir que la inscripción en el Registro «es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida» (en el mismo artículo 1.875) no significa que la inscripción sea forma esencial y constitutiva del contrato «constitutivo» del derecho, ni significa que la inscripción sea forma constitutiva de una voluntad adicional «constitutiva» del derecho (como un acuerdo real posterior a un contrato obligatorio, que obligue a la «constitución» del derecho de hipoteca).

Sólo significa que la inscripción es un requisito formal legalmente *necesario* (indispensable, imprescindible) para que las voluntades del contrato constituyente y adquisitivo del derecho de hipoteca, para que la voluntad dispositiva-constitutiva y la voluntad adquisitiva del derecho de hipoteca, sean legalmente eficaces y llegue a *consolidarse* la constitución (el nacimiento, el ser o existir) y la adquisición del derecho que se quiere constituir y adquirir. Con este sentido se puede decir que la inscripción no es causa pero sí que es condición legal *constitutiva* del derecho de hipoteca.

Estimo muy interesante observar que en el Código Civil italiano vigente de 1942, el Libro VI «De la tutela de los derechos», Capítulo IV «De la hipoteca», Sección V «De la inscripción... de las hipotecas», el artículo 2.839, «Formalidad para la inscripción de la hipoteca “dispone que” para practicar la inscripción debe presentarse el *título constitutivo* junto con una nota suscrita por el peticionario, por duplicado...» y según el artículo siguiente, 2.840, «Certificado de la inscripción», «Practicada la inscripción, el conservador devolverá al peticionario uno de los originales de la nota, certificando al pie del mismo la fecha y el número de orden de la inscripción. Los títulos entregados al conservador serán custodiados según lo dispuesto en el artículo 2.664» para los títulos que se transcriben, conforme al cual «El conservador del registro inmobiliario debe custodiar en los archivos, en los volúmenes adecuados, los títulos que le son entregados y debe transcribir en el registro correspondiente de las transcripciones el contenido de la nota, indicando el día de la entrega del título, el número de orden que se le ha asignado en el registro corriente y el número del volumen en el que

ha colocado el mismo título. El conservador debe restituir al peticionario uno de los originales de la nota, en el cual debe certificar la transcripción practicada con las indicaciones antes expresadas».

A su vez, el artículo primero «De las disposiciones generales de las hipotecas», el número 2808, «Constitución y efectos de la hipoteca» dispone que «La hipoteca atribuye al acreedor el derecho a expropiar, incluso contra tercer adquirente, los bienes vinculados en garantía de su crédito, y a ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido de la expropiación. La hipoteca puede tener por objeto bienes del deudor o de un tercero y se constituye mediante inscripción en el registro inmobiliario...».

Obsérvese que la ley no dice que el derecho de hipoteca se constituye por la inscripción. Sino que debe presentarse el *título constitutivo* de la hipoteca (art. 2.839) y la hipoteca se constituye mediante la inscripción (art. 2.808). Al igual que en Derecho español el derecho de propiedad se transmite a causa o por efecto del contrato traslativo de compraventa mediante la tradición (art. 609, 2, CC) por el propietario poseedor.

III. EL CONTRATO Y LA CONDICIÓN LEGAL

Para destacar con algún detalle ciertos matices de la conferencia he de insistir en cuestiones ya consideradas en estudios anteriores.

El sistema español de tráfico de bienes es necesariamente distinto del sistema alemán (y no solamente del sistema inmobiliario alemán) por ser distinto su principio fundamental o primordial, la configuración legal del contrato de compraventa: el contrato de compraventa español es un consentimiento o acuerdo de dos voluntades, la del vendedor y la del comprador, primordialmente *traslativo* y consecuentemente *obligatorio*.

La venta española, a diferencia de la venta alemana, *no es* un negocio jurídico solamente *obligacional*, no es un consentimiento o acuerdo solamente obligacional u obligatorio, no es un negocio solamente constitutivo de obligaciones o derechos personales, no es solamente fuente o causa creadora o constitutiva de obligaciones (de su nacimiento o existencia).

La tradición española, a diferencia de la tradición alemana, *no es*, nunca es, un negocio jurídico *dispositivo*, un negocio de transmisión del derecho de propiedad con dos elementos integrantes: un consentimiento o acuerdo traslativo del dominio sobre la cosa (denominado acuerdo real) y un acto de transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, por el vendedor al comprador, en cumplimiento voluntario de las obligaciones de transmitir el derecho de propiedad sobre la cosa y de transmitir la posesión de la cosa, al comprador. La tradición española no es un negocio constitutivo de la adquisición del dominio.

1) Las voluntades contractuales.

El llamado *animus transferendi et accipiendi dominii*, es decir, el acuerdo entre el *animus transferendi dominii* del propietario enajenante y el *animus accipiendi dominii* (o *adquirendi dominii*) del adquirente del derecho de propiedad sobre la cosa, es el *aspecto primordial* del elemento volitivo del contrato de compraventa en el sistema latino (romano, italiano, francés y español), sin que ello obste a que el mismo contrato, el mismo consentimiento contractual, en otro aspecto, *consecuente*, sea obligatorio, es decir, constitutivo de obligaciones (y correlativos derechos personales) para el vendedor y para el comprador, orientadas al fin del cumplimiento del *vínculo traslativo recíproco* acordado por ambos, al fin del cambio de la cosa por el dinero del precio.

El contrato de compraventa español es un contrato *dispositivo* y *obligatorio*, es un acuerdo de *dos voluntades recíprocas*, la del vendedor y la del comprador, *ambas* voluntades son recíprocamente *dispositivas* (en el sentido histórico de disposición traslativa del derecho de propiedad, por acuerdo de cambio *inter vivos*), de la cosa (la voluntad del vendedor) y del dinero del precio (la voluntad del comprador) y *ambas* voluntades son recíprocamente *adquisitivas*, del dinero del precio (la voluntad del vendedor) y de la cosa (la voluntad del comprador) de manera que la voluntad de *cada* contratante es, a la vez, voluntad dispositiva del derecho propio y voluntad adquisitiva del derecho ajeno.

Así, el vendedor tiene un *animus transferendi dominii* (de la cosa vendida) *et accipiendi dominii* (del dinero del precio) y el comprador tiene un *animus transferendi dominii* (del dinero del precio) *et accipiendo dominii* (de la cosa).

Aunque la expresión usual se refiera a la transmisión del derecho de propiedad sobre la *cosa* vendida y comprada, por el *animus transferendi dominii* del vendedor y el *animus accipiendi dominii* del comprador, vinculados recíprocamente a la transmisión y adquisición del dinero del precio, que se considera en un segundo plano.

No ha de olvidarse que el contrato de venta *normal* se refiere a la venta de una cosa específica (existente), que pertenece al vendedor y que posee el vendedor, y a una cantidad de dinero, de un género de cosas fungibles que son símbolos de valor en cambio.

No son ventas normales, sino ventas *especiales*, la venta de cosa genérica, la de cosa futura, la de cosa ajena y la de cosa poseída por un tercero en concepto de dueño.

Es erróneo entender que en el contrato de compraventa español hay dos acuerdos, un acuerdo real y un acuerdo obligatorio, acaso tácito el primero; porque en el contrato de venta española sólo hay un acuerdo que tiene dos aspectos, de los cuales resulta primordial, aunque no se exprese, el aspecto

real dispositivo-traslativo, y resulta consecuente, aunque pueda ser aparentemente principal, el aspecto personal, constitutivo de obligaciones con sus correlativos derechos personales (art. 1.445 CC).

El contrato de venta español no obliga al vendedor a transmitir el derecho de propiedad al comprador, como ya advirtió Albaladejo en su conocida tesis doctoral, pero esto no es criticable, pese a lo que opinaran los autores inspirados en el *savignismo* imperante en la doctrina española.

En los ordenamientos que se inspiran en el Derecho romano sin tergiversaciones *savignistas*, en los ordenamientos latinos, la venta obliga a transmitir, pero no el derecho de propiedad sino la *posesión* en concepto de dueño, así como también obliga a realizar todos los actos necesarios para que el derecho y la posesión queden transmitidos efectivamente, dando cumplimiento a las condiciones legales, como la tradición en el Derecho romano y en el Derecho español.

2) La condición legal: dar la prueba de la propiedad (35).

1. El contrato de compraventa español, el contrato normal de venta de cosa específica, existente, propiedad del vendedor y poseída por éste (como el contrato de compraventa latino justiniano según la interpretación común desde los glosadores, que hoy prevalece), es la causa del efecto traslativo del derecho de propiedad de la cosa específica vendida por su propietario, un efecto querido y *contratado* por el vendedor y el comprador, aunque legalmente, por disposición expresa de la ley, a la que necesariamente han de someterse los contratantes, este efecto traslativo no queda *consolidado hasta que* el comprador obtiene la posesión en concepto de dueño de la cosa poseída por el vendedor (arts. 609, 2; 1.095; 1.096 CC), incluso por simple acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor, es decir, por acuerdo de constituto posesorio, que ha de ser expreso en la venta documentada privadamente (art. 1.463 CC) y que es presumido por la ley cuando la venta se otorga en escritura notarial de la que no resulta o se deduce claramente otra cosa (art. 1.462, 2, CC), presuponiendo que el vendedor sea el poseedor de la cosa, que no sea un tercero el poseedor en concepto de dueño.

Esto es así porque el legislador (el legislador romano y el español que sigue sus principios), coordina la *consolidación* de la transmisión del derecho de propiedad causada por contrato de compraventa *consensual* (no formal) con la *prueba* de la pertenencia del derecho de propiedad en el

(35) «Comentarios al Código Civil y compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, tomo XVI, vol. 2.º, arts. 1.214 a 1.253, 1.ª ed. 1981 (confrontada con la 2.ª de 1991). Com. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, *Concepto de prueba*, pág. 11. Carga de la prueba, pág. 61.

proceso reivindicatorio (art. 348, 2, frente al art. 448 CC), que permite al verdadero propietario (quien en la demanda afirma serlo cuando otro es el poseedor en concepto de dueño) recuperar la posesión perdida (de la que está privado o desposeído), si demanda y *prueba* que le pertenece el derecho de propiedad (art. 348, 2), desvirtuando la *presunción legal* de pertenencia del derecho de propiedad al *poseedor* en concepto de dueño (art. 448), demandado en cuanto poseedor que niega la pertenencia del derecho de propiedad al demandante, y *legitimado* por la posesión (reconocida por el demandante) para oponerse a la demanda como presunto propietario, salvo prueba en contra, según la ley.

Es de advertir que el valor de la apariencia posesoria como presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad se refiere en el Código Civil al poseedor en concepto de propietario (art. 448), quien tampoco ha de probar esta posesión en el juicio reivindicatorio porque el demandante le ha de identificar como demandado en cuanto poseedor.

La tradición, en sentido técnico estricto, no es más que la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa (art. 1.462, 1, CC) la actuación traslativa o de traspaso de la situación posesoria de la que se deduce legalmente la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448), antes al vendedor *tradente* y después al comprador *accipiente*.

La posesión por el vendedor (más o menos material y aparente) se transmite o traspasa al comprador por y desde el momento de la tradición (más o menos material y aparente): el comprador pasa a ser el *nuevo* poseedor en concepto de dueño en sustitución del *anterior* poseedor.

Mediante la tradición pasa del vendedor que entrega al comprador que recibe, la posesión en concepto de dueño de la cosa, y con la posesión pasa la presunción de pertenencia del derecho de propiedad (art. 448): pasa del vendedor, anterior presunto propietario, al comprador, nuevo presunto propietario.

Aunque la tradición es la *actuación* del cambio de poseedor en concepto de dueño, «*dar la posesión*» es *dar la prueba* por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, para que el comprador obtenga la prueba de que le pertenece el derecho comprado.

Dar la posesión no es dar la propiedad sino *dar la prueba de la propiedad* (art. 448 CC).

Cuando se dice, por Giménez Arnau según cita del conferenciante, que la tradición *ficticia* no es tradición, la afirmación puede parecer cierta si con los alemanes se entiende que la tradición de la posesión inmediata es una forma publicitaria del acuerdo real, pero la afirmación no es cierta si, con los glosadores, se entiende que la tradición no es más que cumplimiento voluntario de la obligación del vendedor de dar la posesión en concepto de dueño y que puede el comprador considerar cumplida esta obligación si

acuerda con el vendedor el constituto posesorio, la inversión del concepto en que posee, por cuanto, desde entonces, el vendedor deja de ser poseedor en concepto de dueño y pasa a ser mediador posesorio, al menos como precarista, resultando propietario el comprador, aunque los terceros no observen un cambio de apariencia posesoria, si puede probarse la posesión en concepto de dueño.

Lo que prueba, por presunción legal, la pertenencia del derecho de propiedad no es la *tradición*, una actuación acordada de cambio de poseedor en concepto de dueño, sino la *posesión* en concepto de dueño (art. 448 CC), una *situación* personal respecto a la cosa, una vez probada esta situación.

La *apariencia* de pertenencia del derecho de propiedad se predica de la posesión en concepto de dueño, una vez probada; una situación que normalmente comienza con la tradición aunque sea ficticia, incluso por constituto posesorio, pero nunca por una fantástica tradición incorporal.

Esta apariencia probada es determinante de la dispensa de la exhibición del título formal que prueba pertenece el derecho de propiedad al poseedor, es determinante de la dispensa de la inicial prueba del título material opuesto al del reivindicante en su caso (art. 448, al que se opone el art. 348, 2).

Además, extrajudicialmente, la apariencia, probada, es oponible a quienquiera que pueda quedar afectado por la pertenencia del derecho al poseedor.

En este sentido, la posesión tiene una función probatoria-legitimadora.

2. La acción reivindicatoria se dirige contra el demandado poseedor en concepto de dueño que legalmente es el propietario *presunto* por un título material indeterminado y está dispensado de exhibir un título formal (art. 448 CC), y la acción reivindicatoria se actúa por el demandante no poseedor para desvirtuar esta presunción legal alegando y probando un título adquisitivo determinado por el que legalmente es el propietario *verdadero* (art. 348, 2, CC).

Ya en el proceso romano clásico —suponiendo que, antes de la demanda reivindicatoria, hubiera quedado definida en un proceso interdictal la situación estable y no precaria del poseedor en concepto de dueño demandado, o bien que, sin previo proceso interdictal, el demandante designara como injusto poseedor en concepto de dueño al demandado— el demandante como propietario por compra tenía que probar, no ante el magistrado (*in jure*) sino ante el juez (*in iudicio*) su adquisición del derecho de propiedad, bien mediante la prueba testifical de la mancipación, forma solemne del contrato de compra y de la inmediata recepción de la posesión de la cosa (*manu capere*) por entrega del vendedor mancipante (*mancipio dans*), o bien mediante la prueba testifical de la posesión en concepto de dueño de la cosa

como *accipiens* de la *traditio* o entrega no solemne (no por mancipación) del anterior poseedor en concepto de dueño, por causa de contrato de compra (y además, tratándose de cosa *mancipi*, mediante la usucapión, porque mantuvo sin interrupción esta posesión o uso como dueño durante un cierto período de tiempo (*usu capere*), no inferior a dos años tratándose de cosa inmueble, como una casa o un campo, o da un año tratándose de cosa mueble, como un esclavo o un animal de labranza).

Esto demuestra la primordial importancia, histórica y actual, de la *posesión* en concepto de dueño, tanto de la posesión del demandado como de las posesiones anteriores (la del demandante y la del causante contractual de éste).

Porque la posesión implica la apariencia de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, que le legitima como propietario presunto mientras no se pruebe que el verdadero propietario es otro, único a quien corresponde poseer en concepto de dueño.

Esto demuestra la importancia, histórica y actual, de la *tradición* como condición legal complementaria del contrato de compraventa, requisito legal necesario para que se consolide el efecto traslativo del contrato, precisamente porque la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, porque mediante la tradición y desde la tradición el vendedor deja de ser el poseedor actual y el comprador pasa a ser el nuevo poseedor actual, el que actualmente ejerce una posesión que es prueba de la pertenencia del derecho. Así, la actual posesión probada del comprador es prueba de la actual pertenencia del derecho al comprador, como también la anterior posesión probada del vendedor es prueba de la anterior pertenencia del derecho al vendedor.

Frente a esta posición procesal favorable del poseedor demandado, el demandante ha de probar que adquirió el derecho que afirma le pertenece, acaso probando su título de compra, mediante escritura notarial probatoria del contrato y de la tradición cumplida antes de perder la posesión que ostenta el poseedor demandado.

Y si el poseedor no se limita a negar la pertenencia al demandante sino que argumenta probando un concreto título adquisitivo a su favor, el demandante tendrá que probar la nulidad (la ineficacia) de este concreto título frente al título probado por el demandante.

3. De este somero análisis se deduce, con toda claridad, la importancia que la tradición tuvo como forma externa, más o menos aparente y más o menos pública, ante testigos, del cambio de la persona que ostentaba la situación de poseedor en concepto de dueño y, por ello, disfrutaba de la presunción, hoy legal, de pertenencia de derecho, en cuanto al ser demandado por un pretendido propietario le bastaba, en principio, con negar la afirmación de pertenencia del derecho al demandante, quien tenía que car-

gar con la prueba de su adquisición, mediante testigos y muy difícilmente mediante prueba documental.

Hoy, en cambio, la prueba documental, mediante escritura notarial, hace desmerecer el valor probatorio colegitimador de la posesión y con ella la importancia de la tradición y de la subsistencia de la condición legal de la tradición para que se consolide la transmisión del derecho de propiedad vendido.

La escritura notarial no es medio publicitario de la pertenencia del derecho como lo es la posesión probada y, más aún, la inscripción registral probada, pero a efectos probatorios legitima al que exhibe la copia de su escritura notarial de compra y tradición cumplida, mientras no se pruebe en juicio la falsedad de la escritura o la existencia de otro título sustantivo preferente (art. 1.218 y art. 348, 2, CC).

El carácter fundamental del contrato o acuerdo de voluntades traslativas y obligatorias respecto al carácter complementario de la tradición o actuación de la voluntaria (pero necesaria y obligada) transmisión de la posesión en concepto de dueño, resalta claramente cuando un copropietario vende su cuota indivisa del condominio de un solar, por ejemplo, porque en tal caso, a menos que la comunidad de propietarios esté desposeída por un tercero poseedor en concepto de dueño que sería el único propietario presunto por título indeterminado del que no exhibe prueba formal (art. 448 CC), no cabe duda que la mejor prueba del cumplimiento de la obligación de entregar es la escritura notarial de venta, habida cuenta de la presunción legal de estar cumplida la obligación, al menos por acuerdo de constituto posesorio, deducida de la conformación del contrato mediante escritura notarial (art. 1.462, 2, CC), porque la posesión de varios condueños sólo puede ser la posesión plena por cada uno de ellos o por uno en nombre de todos y esta posesión plena es la que ha de ser objeto de tradición, y una tradición no escriturada notarialmente será muy poco significativa de la transmisión de una cuota indivisa del derecho de propiedad, si no concurren todos los condueños poseedores, incluso los no transmitentes de su cuota indivisa en la copropiedad (arts. 445, 450 CC).

3) Adquisición derivativa causal y compra *a non domino*.

Así pues, con el sistema latino, por efecto del contrato, el derecho de propiedad perteneciente al vendedor se transmite y pasa a pertenecer al comprador, y nacen deberes u obligaciones para cada parte contratante, que son correlativas a poderes (facultades) o derechos para la otra parte contratante.

El vendedor (propietario de la cosa que vende) no contrata la *obligación* de transmitir el derecho de propiedad al comprador. El vendedor contrata la *transmisión* al aceptar el comprador su disposición traslativa de un de-

recho que le pertenece y quiere que pase a pertenecer al comprador a cambio de una transmisión de dinero. Desde entonces, queda vinculado y no puede desvincularse unilateralmente, «revocar» su disposición traslativa, aceptada por la otra parte contratante de un contrato recíproco.

En consecuencia, el vendedor queda obligado a hacer cuanto sea menester para que, legalmente, según la ley, el derecho quede transmitido, para que la adquisición por el comprador quede consumada (así, debe entregar la posesión de la cosa en el sistema español), y el vendedor queda obligado a no hacer cuanto se oponga al efecto contratado (así, debe no vender la cosa a un segundo comprador entregándole la posesión que no entregó al primer comprador).

También en consecuencia, el vendedor es responsable de que la transmisión del derecho de propiedad contratada no quede consumada porque no es propietario de la cosa vendida y entregada (responsabilidad por evicción del derecho en juicio petitorio, art. 1.475 CC).

Asimismo, en consecuencia, el vendedor es responsable de que la transmisión de la posesión no quede consumada porque no es poseedor en concepto de dueño, pública y pacíficamente, de la cosa vendida y entregada (responsabilidad por evicción de la posesión en juicio posesorio: art. 1.462, 1, y art. 1.491 CC).

1. En el sistema latino, la transmisión del derecho de propiedad es efecto directo y primario del contrato, aunque no sea un efecto inmediato sino condicionado al cumplimiento de alguna condición legal; no es un efecto indirecto o secundario del contrato, es decir, que no es un efecto del cumplimiento de una intermediaria obligación de transmitir el derecho de propiedad, nacida del contrato como efecto directo y primario de éste.

Por esto, la ineficacia del contrato de venta, la declaración judicial de la nulidad, anulación, resolución o rescisión del contrato, determina la inexistencia de la transmisión contratada ineficazmente. En consecuencia, el vendedor continúa siendo el verdadero propietario de la cosa vendida y entregada. Así que, el vendedor, al ejercitar su acción personal de petición de declaración judicial de la ineficacia del contrato, también pedirá la devolución de la posesión de la cosa de la que continúa siendo propietario. Deberá devolver la posesión el comprador poseedor porque ha claudicado la causa de su aparente adquisición. Es más, el vendedor, al ejercitar la acción personal de ineficacia del contrato también acumulará su petición contra cualquier causahabiente conocido del comprador, para que devuelva la posesión de la cosa, porque el derecho que aparentemente adquirió no pertenecía a su causante (*nemo dat quon non habet, quod nullum est nullum producit efectum...*), conforme al riguroso principio aplicable a las adquisiciones derivativas.

Sin perjuicio de este principio, excepcionalmente, en algunos casos

especiales de *rescisión*, el subcomprador, el que adquirió por reventa, el causahabiente por compra al primer comprador, que de él recibió la posesión de la cosa (a menos que conociera la posibilidad de que su vendedor no fuera propietario por rescisión de su contrato de compra) no está obligado a devolver la cosa al demandante, de manera que éste pierde la propiedad de la cosa específica (*in natura*), como si la hubiera vendido y entregado, como si hubiera sido expropiado, conservando el derecho a recibir su valor o precio en dinero (art. 1.295, 2, CC; caso al que se equipara el supuesto de cuasi rescisión del cuasi contrato del art. 1.897 CC).

Por esto, puede entenderse que el artículo 464 del Código Civil no se refiere a quien es conocido como causahabiente por compra a quien sólo es depositario o comodatario del propietario por contrato, porque entonces procede ejercitar la acción personal nacida del contrato contra el contratante y contra sus causahabientes conocidos, en vez de ejercitar una acción reivindicatoria, que se dirige contra quien no está ligado con el demandante por algún vínculo contractual inmediato o mediato.

2. En cambio, con el sistema alemán, de Savigny y del Código Civil alemán vigente, por efecto del contrato nace para el vendedor la obligación de transmitir el derecho de propiedad al comprador, y en cumplimiento de esta obligación, pero con abstracción de la existencia del contrato y de la obligación, el propietario transmite su derecho de propiedad por efecto de un acuerdo real con el adquirente.

El acuerdo real tiene por causa el contrato que obliga a transmitir el derecho de propiedad, pero la transmisión es efecto del acuerdo real, con abstracción inicial de la causa de éste, aunque sin perjuicio de la acción personal de resarcimiento en dinero, por enriquecimiento sin causa, cuando el acuerdo real resulta que no la tiene y, pese a ello, el derecho de propiedad ha quedado transmitido y ya no pertenece al que dispuso de su derecho por acuerdo real.

El contrato tiene eficacia obligatoria, solamente. El acuerdo real tiene eficacia dispositiva traslativa, por sí solo, aunque tratándose de cosa mueble y del negocio dispositivo Tradición, o tratándose de cosa inmueble y del negocio dispositivo denominado *Auflassung* (con una de las acepciones de la palabra), la consumación del efecto traslativo esté condicionada legalmente —a la obtención de la posesión por el adquirente, incluso por acuerdo de cesión de la acción reivindicatoria del propietario desposeído, tratándose de cosa mueble, a la obtención de la inscripción registral tratándose de cosa inmueble—. Es un «principio proclamado», aunque en parte desvirtuado por las «reglas operativas» de aplicación a la realidad.

Con el sistema alemán, la declaración judicial de ineficacia del contrato no implica la ineficacia traslativa del negocio dispositivo. El disponente por acuerdo real no deja de ser propietario, aunque el contrato se declare inefi-

caz. El adquirente por acuerdo real, el nuevo propietario, continúa siendo el verdadero propietario, aunque el contrato se declare ineficaz. La acción de ineficacia afecta al contrato, es una acción personal, entre las partes contratantes, que en el caso de ser estimada judicialmente obliga al comprador y adquirente a retrotransmitir el derecho de propiedad al vendedor y disponente. Pero no obliga a un tercero subadquirente (por acuerdo real con el comprador y adquirente) a que retrotransmita el derecho de propiedad al vendedor y disponente. Sin perjuicio de que éste pueda ejercitar una acción personal contra el comprador y adquirente, que transmitió el derecho al tercero subadquirente, para que se corrija el enriquecimiento sin causa con un resarcimiento en dinero.

4) Dos teorías.

1. Con el sistema español, el contrato de compraventa es el negocio jurídico *causa* de la adquisición por transmisión del derecho de propiedad vendido (art. 609, 2, CC); pero, según la ley, la entrega por el vendedor (art. 1.095 CC) o, en su defecto, la puesta en posesión por el Juez (art. 1.096) es *condición legal* (*conditio juris*) del efecto traslativo contratado cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño (aunque lo sea con mediador de la posesión) al perfeccionarse en contrato, es decir, *en todo caso de venta excepto* cuando el vendedor está desposeído por un tercer poseedor en concepto de dueño contra quien procede reivindicar para recuperar la posesión de la cosa.

Esta «teoría del contrato y de la condición legal», esta explicación del efecto traslativo del contrato y de su condicionamiento legal complementario, esta teoría de la tradición legalmente *necesaria* (no negocio jurídico constitutivo del efecto traslativo del acuerdo real mobiliario, sino *conditio juris* del efecto traslativo del contrato), tiene un sólido fundamento jurídico doctrinal en la técnica jurídica más general del *supuesto de hecho* (*Tatbestand*) del efecto jurídico (*Rechtsfolge*), según la norma jurídica (36).

Esta teoría distingue, en el supuesto de hecho negocial, el *negocio* jurídico (el contrato en el Derecho español) y las *condiciones legales* de la eficacia del negocio (la tradición en el Derecho español; dejando aparte del supuesto de hecho a los *presupuestos del negocio*, como son la capacidad de los contratantes (art. 38 LH) y la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor (art. 38 LH) o la posesión del que pretende hacer tradición por constituto posesorio (o mediante el otorgamiento del contrato en escritura notarial) (art. 3 LH y art. 1.462, 2, CC).

Esta teoría permite explicar los efectos del contrato antes del cumplimiento de la condición legal (el *jus ad rem* anterior a la tradición y el

(36) V. supra I, 3.2. V. libro (2), pág. 562 «Supuesto de hecho».

derecho del comprador en escritura notarial antes de que se practique la futura inscripción *necesaria*, más bien que «constitutiva»).

Por esto, aunque autores como Enneccerus se refieren a los «grados de desenvolvimiento del derecho», resulta más preciso referirse a los «grados de desenvolvimiento del supuesto de hecho de la adquisición del derecho» o a los «efectos correspondientes al cumplimiento sucesivo (*in itinere*) de los diversos elementos integrantes del supuesto de hecho de la adquisición del derecho», para aludir al efecto que produce el contrato perfeccionado, antes de que se cumplan los requisitos complementarios que según la ley pueden quedar cumplidos con posterioridad a la perfección del contrato, aunque sean presupuestos del contrato normal.

Concretamente, para aludir a la eficacia del contrato de compraventa antes del cumplimiento de la condición legal de la transmisión de la posesión en concepto de dueño o antes del cumplimiento de los que serían presupuestos del contrato normal, como la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, la existencia de la cosa o la determinación de la cosa (en cuanto la compraventa normal se refiere a cosa específica, existente, propia del vendedor, en el momento de la perfección del contrato), y a la posibilidad de cumplimiento de estos presupuestos después de la perfección del contrato o a la necesidad de cumplimiento en el momento de la entrega de la cosa.

2. Desde luego, esta técnica jurídica es más precisa que la escolástica técnica causalista de la «teoría del título y el modo», que intentó explicar los mismos efectos, simplistamente, limitándose a calificar el contrato de venta, que es la causa *única* de la adquisición del dominio por el comprador según el conocido texto romano de Paulo (D. 4, 31, 1, pr.), como causa *mediata* de la transmisión del derecho de propiedad y causa *inmediata* de la transmisión de *la posesión* en concepto de dueño (tradición)... desembocando en la «teoría de Savigny» legalizada en el BGB, de la tradición como causa inmediata de la transmisión del *derecho* de propiedad, negocio dispositivo traslativo o negocio de transmisión del derecho real de propiedad, un negocio inicialmente abstraído de su causa inmediata, es decir, del contrato de venta que obliga a realizar el negocio dispositivo Tradición.

Y la «teoría del contrato y la condición legal» es más precisa que la «teoría del título y el modo», que es confusa y que induce a serias confusiones en el Derecho español, histórico y vigente (37).

2.1. Porque, según la jurisprudencia histórica, como puede verse en la Sentencia de 23 de enero de 1989 que recoge las anteriores, el TÍTULO de pertenencia del derecho de propiedad es el *fundamento de la pertenencia del derecho de propiedad* a una persona, el *completo supuesto de hecho* que

(37) V. libro (2), pág. 373, 1) y pág. 563.

fundamenta la adquisición del derecho, que será el contrato de compraventa complementado con la tradición por el vendedor poseedor (art. 1.445 CC) o el contrato de compraventa (cesión) por el vendedor desposeído (art. 1.526 CC). A este sentido histórico jurisprudencial alude la Ley Hipotecaria en su artículo 2.º, párrafos 1 y 2.

2.2. Y porque, legalmente, un MODO o manera de adquirir el derecho de propiedad del TITULAR es el *contrato de compraventa complementado mediante la tradición por el vendedor poseedor*, y no lo es la tradición por sí sola, según el citado texto romano de Paulo (D. 4, 31, 1, pr) y según el epígrafe y la letra del artículo 609 del Código Civil.

Así resulta que *significan lo mismo*, y en este sentido son equivalentes, según la jurisprudencia y la ley, la palabra TITULO (en sentido jurisprudencial y en sentido legal) y la palabra MODO (en el sentido legal del epígrafe del art. 609 CC).

En cambio, según la «teoría del título y el modo», la palabra «título» se *contrapone* a la palabra «modo».

Sin olvidar, además, que en sentido formal «título» (*formal*) es el documento que formaliza el «título» en sentido material o sustantivo, según la jurisprudencia y la ley.

3. Por todo ello, estimo más sencillo y menos expuesto a equívocos el hablar de contrato de compraventa (o de contrato de venta traslativo y obligatorio, o de contrato de venta, o de venta, simplemente) y el hablar de tradición, o, por abreviar, el hablar de «venta y tradición», sin sustituir las palabras «venta» y «tradición» por las palabras «título» y «modo».

Sobre todo porque la doctrina española germanizante acaba por asimilar el concepto de «título» al concepto del contrato alemán (solamente obligatorio) —olvidando el amplio sentido legal y jurisprudencial de la palabra título— a la vez que acaba por asimilar el concepto de «modo» al concepto de la Tradición alemana (negocio dispositivo traslativo) —olvidando el amplio sentido legal y jurisprudencial de la palabra modo—. Aunque la doctrina española germanizante configure la tradición española como un negocio causal, no abstraído de su causa contractual (el contrato solamente obligatorio según los savignistas). Sin contar con los que creen que la tradición española es negocio abstracto, o al menos lo es en algunos supuestos (art. 1.897 CC).

Este confusionismo es el origen del cúmulo de imprecisiones que implican muchas expresiones, usuales pero equívocas, portadoras de inseguridad, en la técnica jurídica española.

5) Doctrina española usual: Amorós, García García, Pau Pedrón.

1. Y no se diga que se trata de una cuestión terminológica sin trascendencia práctica. Para demostrarlo estimo que puede ser suficiente traer a

colación un párrafo muy reciente del eminente catedrático de Derecho civil y registrador de la propiedad, Manuel Amorós Guardiola, al que me refiero porque sintetiza algunas secuelas del germanismo dicotómico infiltrado (38).

Literalmente, aunque yo destaque unas pocas palabras con mayúsculas, opina «Debe recordarse que en nuestro Derecho y con carácter general, los derechos reales de carácter convencional o voluntario se adquieren MEDIANTE contrato y tradición (art. 609). Cualquiera que sea la forma en que pueda estimarse cumplido ese requisito traslativo de posesión (cf. arts. 1.462 a 1.464... CC), los derechos reales NACEN civilmente MEDIANTE la concurrencia de esos dos elementos, a diferencia de los derechos de crédito u obligación que —en principio, al menos— NACEN del solo contrato. Una vez NACIDOS válidamente, los derechos reales inmobiliarios llegan al Registro para ser objeto de publicidad y obtener plena eficacia oponible. En el Registro de la Propiedad se inscribe el derecho en unión con su título originador, no EL MERO CONTRATO QUE PRODUCE EFECTOS SIMPLEMENTE OBLIGATORIOS. Una vez formalizada la inscripción, se publica el derecho inscrito con esas circunstancias que resultan de su título contractual en cuanto sean susceptibles de eficacia frente a terceros. La inscripción registral es instrumento de publicidad y oponibilidad, pero normalmente no tiene carácter CONSTITUTIVO por no ser NECESARIA PARA EL NACIMIENTO DEL DERECHO. Dicho sea en términos muy generales y dejando a salvo las excepciones que en la realidad práctica puedan surgir frente a ese principio».

«Pues bien —sigue diciendo Amorós—, en el contrato de préstamo hipotecario y en el nacimiento de la garantía real inmobiliaria estos criterios generales no están vigentes...»

Concluye, más adelante (39): «Al publicarse el Código Civil... la inscripción es requisito necesario para que nazca el derecho de hipoteca y adquiere en este caso valor constitutivo. Desde entonces esa regulación, que pasó a la LH de 1909 y luego a la de 1946, es la que está vigente en nuestro ordenamiento jurídico.»

«La INMENSA MAYORÍA de los autores que se han ocupado del tema, tanto los antiguos como los más modernos, han defendido la tesis de la inscripción constitutiva de la HIPOTECA. En esta línea de opinión hay que señalar los nombres de Morell, Jerónimo González, Castán, Pérez y Alguer, Roca Sastre, La Rica, Díaz Moreno, Bailarín, Hermida, De Casso, Francisco

(38) «Publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de la finca hipotecada». Conferencia en el Seminario sobre «Hipotecas y seguridad jurídica». Edición del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pág. 21.

(39) Conf. cit., pág. 26.

Hernández Gil, Díez Picazo y Gullón, Peña, Lacruz, Camy, Pau y J. M. García.»

«Como excepción a esa doctrina generalizada podemos recordar las opiniones de tres autores, formuladas hace ya bastante años. Según Rafael Núñez Lagos, la inscripción constitutiva sólo es posible en Derecho alemán; en nuestro Derecho, la inscripción funciona como forma del acto, es el último evento y *conditio sine qua non* de una determinada efectividad del mismo.»

Sigue Núñez Lagos diciendo, según nota al pie de Amorós, que «No es posible que el asiento del registro tenga naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final de la formación del derecho. Una cosa es que se exija un algo más que el mero contrato para producir efectos y otra muy distinta es que este algo sea un acto o negocio constitutivo. La escritura notarial, incluso en materia de derechos reales, es en España un negocio jurídico autónomo (?) (el interrogante lo añade Amorós) y constitutivo. Cierra y completa un ciclo de efectividad. El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento y, por tanto, en España al instante de la firma de la escritura pública. La publicidad es una forma solemne del negocio jurídico transmisivo» ('El Registro de la Propiedad español'. Separata de RCDI, núms. 250 y 251. Madrid, 1949, págs. 15, 17 y 26).

Contrapone Amorós, en la misma nota al pie, que «A pesar de tan dogmáticas e injustificadas afirmaciones, el propio autor no tiene más remedio que reconocer que en el caso del derecho de hipoteca la inscripción es NECESARIA (pág. 40)», pero yo advierto que Núñez Lagos no dice que en el caso del derecho de hipoteca la inscripción sea CONSTITUTIVA, porque para él la palabra «constitutiva» y la palabra «necesaria» no son sinónimas, en cuanto considera al *contrato* (de hipoteca) como *acto constitutivo* «negocio jurídico autónomo» escriturado (lo que aclara el signo de interrogación puesto por Amorós), y a la *inscripción* como *conditio sine qua non* de una determinada efectividad del contrato escriturado.

«Para Sanz Fernández —sigue diciendo Amorós—, la inscripción en el Registro del derecho real de hipoteca adquiere el máximo valor posible en nuestro sistema y se hace NECESARIA para que tal derecho real desenvuelva su EFICACIA. Pero, en su opinión —de Sanz, según Amorós— esto no quiere decir que se desplace a la inscripción la fuerza CONSTITUTIVA del derecho; en este caso la inscripción es declarativa y tiene simplemente el carácter de una forma de publicidad NECESARIA e indispensable para el ejercicio y EFECTIVIDAD del derecho (Instituciones de Derecho Hipotecario, Tomo I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, págs. 242 y 243).

«A su vez Ramos Folqués entiende, en relación con esta cuestión —según Amorós—, que si la Ley repetidamente alude a una constitución

consensual de hipoteca, ello quiere decir que utiliza a veces las palabras constitución e inscripción como expresivas de diferentes momentos o valores. El artículo 1.875 del Código seguramente lo que quiso decir es que la hipoteca configurada o establecida por el contrato no queda eficazmente establecida hasta que se opere la inscripción. En definitiva la inscripción es requisito no para la CONSTITUCIÓN sino para la EFICACIA del derecho ("La hipoteca y la inscripción después del Código Civil", RCDI, 1949, págs. 32, 38 y 39. En apoyo de su tesis afirma este autor que la palabra validez del artículo 1.875 del Código no puede tener como contrapartida la de invalidez o nulidad, sino la de *ineficaz*, que quiere decir falta de actividad o de potencia, pág. 39).»

Concluye diciendo Amorós: «Aparte de su carácter extremadamente minoritario, esas opiniones no resisten en la actualidad una revisión crítica, porque se apoyan en errores fácilmente superables. Entender que la inscripción constitutiva sólo actúa en Derecho alemán es una afirmación que debe ser demostrada a la luz del concepto que la doctrina más autorizada formula de esta clase de inscripción registral. Estimar que en la hipoteca sólo tiene valor constitutivo el contrato o negocio originador supone desconocer el significado que a la inscripción atribuyen los artículos 1.875 CC y 145 LH. Por lo demás, afirmar que la inscripción de hipoteca es forma del acto constitutivo, o forma de publicidad del mismo, implica confundir los requisitos de forma y publicidad. Aunque durante algún tiempo esa confusión estuvo presente en no pocos de nuestros autores, la doctrina más reciente ha formulado con nitidez la distinción entre esos dos conceptos radicalmente diferentes (José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, págs. 41 y 42). En fin, NI SIQUIERA CABE PENSAR QUE LA INSCRIPCIÓN JUEGA AQUÍ COMO REQUISITO DE EFICACIA (¿qué tipo de eficacia? También la inscripción meramente declarativa es requisito de oponibilidad o eficacia frente a terceros) cuando el artículo 145 LH le atribuye el carácter de requisito de validez o constitutivo.»

La conclusión de Amorós se apoya en la siguiente nota al pie: «José Manuel García ha criticado con acierto y abundancia de razones esas opiniones disidentes. Estima que la interpretación de Núñez Lagos y Sanz Fernández carece de fundamento por no adaptarse a los preceptos legales vigentes (1.875 CC y 145 LH). Afirma —a mi juicio con plena razón (40)— que la escritura pública es el "*presupuesto*" o "*requisito previo*" para que tenga lugar el *requisito definitivo y final determinante de la existencia del derecho*. La inscripción no es, como creen estos autores, una

(40) Dice AMORÓS, del que transcribo lo que dice José Manuel García. Las comillas y las bastardillas están en el texto que copio.

mera forma de publicidad posterior a la "constitución del derecho", sino que, por el contrario, la escritura pública es una mera forma negocial anterior a la constitución y existencia del derecho de hipoteca. Lo que ocurre es que *la inscripción no es el único elemento constitutivo* del derecho de hipoteca. De entre los varios elementos que confluyen, *es el elemento característico y final del derecho*, pues hasta entonces no existe el derecho. La escritura pública y la inscripción son dos elementos o requisitos constitutivos de la hipoteca. La escritura es el requisito de la inscripción. *Es un requisito del requisito constitutivo. Hay, pues, dos elementos, escritura pública (o documento público) e inscripción.* Pero mientras la inscripción es el elemento característico de la hipoteca que se explica y tiene su fundamento en la falta de contacto posesorio con la cosa, la escritura pública es el elemento formal del negocio que posibilita la ulterior inscripción y, con ello, la ulterior existencia del derecho (loc. cit. págs. 572 y 573).» Hasta aquí la nota de Amorós citando a J. M. García.

Poco más adelante (41), insiste Amorós: «Como ejemplo de la doctrina más reciente y autorizada sobre esta cuestión, recordemos las siguientes palabras de José Manuel García: ... Sólo queda cerrado el ciclo de existencia o constitución cuando la inscripción se ha producido. Antes no existe derecho real de hipoteca. Antes de la inscripción LO ÚNICO que existe son unas declaraciones de voluntad de acreedor y deudor tendentes a la constitución de una garantía, es decir, un "acto jurídico", pero en el que *los derechos que pueda generar ese "acto jurídico"* no se producen hasta la inscripción. Existen las "declaraciones de voluntad" pero no existen *los derechos* resultantes de las mismas. LA EXISTENCIA DEL DERECHO QUEDA EN SUSPENSO (loc. cit., pág. 567).»

Sinceramente, toda esta fraseología contra los «disidentes» opuestos a «la inmensa mayoría», acusados democráticamente, pero también dogmáticamente y *ex cathedra*, de manifestar afirmaciones «tan dogmáticas e injustificadas», que «no resisten en la actualidad una revisión crítica porque se apoyan en errores fácilmente superables», que suponen «desconocer el significado que a la inscripción atribuyen los artículos 1.875 CC y 147 LH», e implican «confundir los requisitos de forma y publicidad... que la doctrina más reciente ha formulado con nitidez», «con acierto y abundancia de razones», toda esta fraseología me parece peligrosa en cuanto pueda llegar a desequilibrar el prestigio público de un conjunto de actividades profesionales y se minimice a una para magnificar la otra, a costa de menospreciar, si no ignorar, toda la doctrina científica acerca del supuesto de hecho (Tatbestand) de un efecto jurídico determinado (Rechtsfolge) y en particular la referente al supuesto de hecho que tiene como requisito o

(41) Conf. cit. pág. 28.

elemento singular *primordial* un *negocio jurídico* contractual que la ley considera *causa jurídica* del efecto jurídico querido por los contratantes, aunque el ordenamiento jurídico imponga que, al menos, algún otro requisito o elemento integrante del supuesto de hecho sea *condición legal* del efecto querido por los contratantes, que incluso puede ser requisito de necesario cumplimiento para que *exista* el efecto jurídico contractualmente querido y causado, de tal manera que el momento de la *perfección* del negocio jurídico puede no coincidir con el momento del «*nacimiento*» o de la «*producción*» del efecto querido, sin perjuicio de que durante el período intermedio se produzca algún efecto jurídico, que puede ser parte del efecto jurídico final.

Claro que, en ocasiones, respecto a algún supuesto de hecho concreto, se discute si algún requisito legal es elemento integrante o constitutivo del negocio jurídico, es decir, necesario para la perfección y existencia del negocio, o, más bien, es elemento integrante o constitutivo del supuesto de hecho del efecto jurídico querido, pero no como elemento integrante o constitutivo del negocio jurídico sino como condición legal del efecto jurídico querido y causado por el negocio.

En el Derecho español que ordena el tráfico jurídico inmobiliario es muy importante diferenciar, de una parte, la *transmisión del derecho de propiedad* sobre una cosa específica, existente, propiedad del transmitente y poseída por el transmitente, de otra parte la *constitución del derecho de hipoteca* por el propietario de la cosa hipotecada.

1.1. Respecto a la aludida *transmisión del derecho de propiedad* estimo desacertada, aunque pudiera ser mayoritaria, la terminología de Amorós cuando dice que el derecho de propiedad se adquiere «*MEDIANTE* contrato y tradición (art. 609 CC)», al igual que la terminología de la teoría del título y el modo cuando concluye que el derecho de propiedad se adquiere «*A CAUSA* del contrato y de la tradición». Las estimo desacertadas porque, según la ley, el derecho de propiedad se adquiere *A CAUSA* o *POR EFECTO* o «*POR CONSECUENCIA*» del contrato traslativo de compraventa, aunque «*MEDIANTE* la tradición» (art. 609, 2, al final, CC).

Amorós opina que, en general, los derechos reales *NACEN MEDIANTE* la concurrencia de esos dos elementos, mientras que los derechos de crédito *NACEN* del solo contrato.

La generalización resulta excesiva. El derecho de propiedad que existe y pertenece al vendedor poseedor de la cosa no *NACE* para el comprador sino que lo transmite el vendedor y lo adquiere el comprador *A CAUSA* del contrato de compraventa, si se transmite la posesión en concepto de dueño, voluntaria o forzosamente, es decir, *MEDIANTE* la tradición por el vendedor o, supletoriamente, mediante la puesta en posesión por el Juez. En cambio, un derecho real cuasi posesorio, como el usufructo, ciertamente se

constituye y NACE y lo adquiere el comprador, a causa del contrato de compraventa, si se transmite la cuasi posesión correspondiente al contenido del derecho de usufructo, mediante la cuasi tradición por el vendedor propietario y poseedor constituyente.

Amorós, como se ha visto, entiende que el «mero contrato» de compraventa PRODUCE EFECTOS SIMPLEMENTE OBLIGATORIOS», y entiende que el derecho de propiedad del vendedor poseedor lo adquiere el comprador MEDIANTE la concurrencia de dos elementos, el contrato y la tradición, que, al parecer siguiendo la teoría del título y el modo, configura como DOS CAUSAS de la adquisición, *igualmente* necesarias ambas, aunque una sea «causa próxima o inmediata» del efecto (la tradición) y la otra sea «causa remota o mediata» del efecto (el contrato de compraventa).

En cambio, yo entiendo que el contrato de compraventa es primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio, y por esto entiendo, además, que, según la ley, el contrato de compraventa es la *causa jurídica contractual* del efecto traslativo, de la transmisión del derecho de propiedad, si se realiza la transmisión de la posesión del vendedor poseedor al comprador, una transmisión de la posesión en concepto de dueño que no es causa legal de la transmisión del derecho sino que es *condición legal* de la consolidación del efecto traslativo contratado. Así, el contrato y la tradición son requisitos o elementos integrantes o constitutivos del supuesto de hecho del efecto traslativo del derecho de propiedad, pero no son requisitos *igualmente* necesarios, en cuanto, según la ley, el *contrato* es la *causa jurídica* y la *transmisión de la posesión* en concepto de dueño por el vendedor poseedor es la *condición legal* del efecto jurídico querido y contratado, de la transmisión del derecho de propiedad.

1.2. Respecto a la *constitución del derecho de hipoteca* la cuestión terminológica es similar, aunque no sea idéntica.

La clave de la solución consiste en aclarar, según la ley española, si la inscripción es elemento integrante del contrato, necesario para la perfección del contrato, negocio causa de la constitución del derecho de hipoteca, o si la inscripción es elemento integrante del supuesto de hecho de la constitución del derecho de hipoteca pero no es elemento integrante del contrato causa de la constitución del derecho de hipoteca.

Estimo que en el Derecho español la inscripción registral del contrato de hipoteca escriturado notarialmente no es elemento formal o elemento probatorio y publicitario integrante del contrato de hipoteca, sino que es elemento formal, probatorio y publicitario, integrante del supuesto de hecho del nacimiento del derecho de hipoteca, como elemento complementario o adicional al contrato, que se perfeccionó en el momento del otorgamiento y autorización de la escritura, que es forma esencial del contrato, forma

constitutiva del contrato, que conforma y prueba. Antes de la inscripción del contrato de hipoteca escriturado lo que existe es NADA MENOS que un contrato perfeccionado (conformado y probado mediante escritura notarial) que es la causa legal y contractual de un efecto querido, aunque este efecto querido sólo nace si media la inscripción, por lo que, entretanto, el nacimiento del derecho «queda en suspenso».

El contrato es la *causa acordada* de la constitución o nacimiento del derecho de hipoteca, y la escritura notarial es la forma esencial constitutiva del contrato que conforma y prueba. Pero la actuación de la inscripción del contrato que la escritura notarial conforma y prueba, y que la inscripción publicará, es *condición legal* necesaria para que se consume el efecto contratado, para que el derecho de hipoteca nazca y sea adquirido en la fecha de la inscripción, que no es la fecha del acta de inscripción sino que es la fecha de la presentación de la escritura en el Diario de Operaciones del Registro de la Propiedad.

En este sentido, el contrato es «*causa*» *constitutiva* del derecho de hipoteca y la necesaria inscripción posterior es «*condición legal*» *constitutiva* del derecho de hipoteca.

En cambio, la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa vendida, mediante tradición del vendedor poseedor al comprador, es condición legal, en cuanto transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, para que se consolide el efecto traslativo que, según la ley, queda causado, y existe, desde el momento de la perfección del contrato, SI desaparece el riesgo de frustración de la querida y acordada transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato no seguido inmediatamente de la transmisión de la posesión porque entretanto podría adquirir la propiedad un segundo comprador de buena fe que recibiera la posesión entregada por el vendedor.

Obsérvese que según el Derecho alemán se inscribe el abstracto acuerdo real de transmisión del derecho de propiedad, un acuerdo que puede ser manifestado ante el registrador, pero que también puede ser manifestado ante el notario y probado ante el Registrador mediante la escritura notarial, de manera que la inscripción, en el primer caso será la inscripción que Núñez Lagos califica como forma constitutiva *del acuerdo real*, mientras que en el segundo caso será forma publicitaria declarativa de un acuerdo real pero constitutiva *del efecto traslativo acordado*, similar a la inscripción española del contrato de hipoteca escriturado notarialmente, pero no idéntica por cuanto el Derecho español no se refiere a un acuerdo real abstracto sino a un contrato primordialmente dispositivo-constitutivo de un derecho real y, consecuentemente, obligatorio.

2. He de insistir en que las secuelas del germanismo infiltrado en nuestra doctrina se manifiestan por doquier y no sólo esporádicamente. Del

mismo autor, Manuel Amorós Guardiola, son otros párrafos que entresaco de su estudio sobre «La causa del crédito hipotecario» (42).

«En los contratos traslativos de derechos reales con posesión (por ejemplo, compraventa de una cosa, en que se pretende la transmisión del derecho de propiedad sobre la misma), del contrato surge, entre otras, una obligación: la obligación de entrega; y sólo como consecuencia de su cumplimiento, es decir, de la tradición o entrega de la cosa vendida, adquiere su dominio el comprador, cualquiera que sea la forma en que la tradición se realice. En todo caso, el contrato es creador de obligaciones.

En el contrato de préstamo hipotecario —sigue diciendo Amorós—, en cambio, no hay obligación de entrega, ya que ésta no se lleva a cabo por no haber contacto posesorio. ¿Cuál es la obligación que resulta entonces del contrato? A mi juicio —dice Amorós— la obligación de inscribir en el Registro ese negocio contractual. Sólo cuando esté inscrito el contrato habrá nacido la hipoteca como derecho real. Antes sólo habrá una obligación de constituir o de completar el proceso constitutivo, que se ha iniciado mediante la celebración del contrato, pero que aún no se ha concluido. A través de dicho contrato las partes pretenden la creación de un préstamo garantizado... El propósito práctico querido por las partes es el nacimiento de ese crédito garantizado, y esa finalidad contractual sólo se consigue cuando el contrato queda inscrito, por eso, aquéllas resultan obligadas como consecuencia del contrato celebrado, a solicitar y conseguir esa inscripción...

Más adelante (43) Amorós dice que «hoy parece que la doctrina mejor se inclina a proclamar la incompatibilidad radical del sistema jurídico español respecto del negocio abstracto (Roca Sastre, Albaladejo, Terraza, Vallet, López Vilas, Escrivá de Romaní y De los Mozos)». Y concluye, más adelante (44), «coincido plenamente con la tesis de García García» acerca del que éste llama «principio de negocio causal», «*nuestro sistema es causal y no abstracto*, en el doble sentido de que es necesario la existencia de un negocio obligacional, cuyos vicios repercuten en el título inscribible, y en el de que es necesario que conste en el título inscribible cuál es la causa jurídica del cambio real... Que nuestro sistema es causal ya no ofrece duda en la doctrina actual». Y aquí termina la cita de la opinión de García García a la que se adhiere.

Poco después, insiste Amorós (45) en «recordar» que «en el Registro de

(42) Libro que obtuvo el «Premio de Estudios Hipotecarios» de 1989, convocado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Edición del Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, pág. 24.

(43) Ob. cit. (42), pág. 76, núm. 51.

(44) Ob. cit. (42), pág. 79.

(45) Ob. cit. (42), pág. 87.

la Propiedad español se inscribe el derecho (nacido extrarregistralmente) en unión con su título, inseparablemente unido a él, de manera que ambos forman una unidad inescindible desde el punto de vista de la relación jurídica registral y de la titularidad correspondiente. Sin embargo, en los casos de inscripción constitutiva (como es el de la hipoteca), en que el derecho sólo nace cuando está inscrito, se inscribe únicamente el título originador, título de atribución del derecho de garantía, contrato o negocio jurídico unilateral (a reserva, en este último caso, de su posterior aceptación). Pero esa inscripción del título no excluye, sino que postula, la existencia y licitud de la causa que le sirve de justificación jurídica...».

En los párrafos citados, manifiesta Amorós que coincide su criterio con el de José Manuel García García, y este mismo criterio es el que subyace en la conferencia de Antonio Pau Pedrón a que se refiere el presente estudio en su introducción.

Al germanismo dicotómico infiltrado en este criterio me he opuesto en anteriores estudios, y continúo oponiéndome en el presente.

Ahora, en primer lugar, destaco que con tal criterio el contrato de compraventa y el contrato de hipoteca se configuran por Amorós como contratos creadores solamente de obligaciones, como contratos solamente obligatorios, como contratos solamente obligacionales. El germanismo ciega la visión del contrato latino español de compraventa como contrato primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio, e incluso, lo que es peor, ciega la visión del contrato latino español de hipoteca como contrato primordialmente constitutivo del derecho de hipoteca; es decir, ciega la visión del aspecto *real* de dichos contratos.

Así resulta que, según Amorós, «sólo como consecuencia del cumplimiento de la obligación de entregar, es decir, de la tradición o entrega de la cosa vendida, adquiere su dominio el comprador», y sólo como consecuencia del cumplimiento de la «obligación de inscribir en el Registro» el negocio contractual de préstamo hipotecario «habrá nacido la hipoteca como derecho real».

Es cierto que nuestro sistema, a diferencia del alemán, *no es abstracto*, pero la diferencia entre nuestro sistema y el alemán es aún más profunda, porque las voluntades contractuales españolas no son solamente obligatorias cuando son de finalidad traslativa del dominio o de finalidad constitutiva del derecho de hipoteca, porque el contrato es entonces, primordialmente, causa del efecto, traslativo o constitutivo del derecho, aunque se requiera el posterior cumplimiento de una condición legal, tradición o inscripción, para que el efecto querido y contratado se consolide (caso de la venta y tradición) o nazca (caso del contrato de hipoteca escriturado y de la inscripción).

Además, en nuestro Registro, como ya he dicho reiteradamente e insistiré más adelante, el Registrador inscribe títulos traslativos del derecho de propiedad, adquirido extrarregistralmente, no derechos inescindibles del título, y el Registrador inscribe contratos de préstamo hipotecario, no títulos constitutivos del derecho de hipoteca, porque el título constitutivo del derecho de hipoteca está integrado por el contrato que es causa constitutiva y por la inscripción que es condición legal constitutiva del efecto querido y contratado.

3. Para terminar de exponer este intento de conciliación de opiniones sólo aparentemente contradictorias, creo conveniente insistir en cuestiones ya consideradas pero que merecen ser traídas a colación resumida.

Hay que distinguir: por una parte los supuestos de hecho de los efectos de transmisión del derecho de propiedad a causa del contrato de compra-venta y de constitución del derecho de hipoteca a causa del contrato típico; por otra parte los supuestos de hecho de los efectos de inoponibilidad de lo no registrado (arts. 32 y 34 LH) y de oponibilidad de lo registrado (art. 38 LH).

En los primeros supuestos de hecho, que imprecisamente podríamos denominar «civiles», según la ley, el efecto jurídico querido se produce *a causa del* contrato o, lo que es lo mismo, *por efecto del* contrato, o *por el* contrato, si se abrevia la expresión, o «*por consecuencia del* contrato» si se utiliza la expresión legal (art. 609, 2, CC). Aunque el efecto jurídico querido se produzca «*mediante*», es decir SI «*media*» el cumplimiento de alguna *condición legal* incluida como elemento integrante o elemento constitutivo del supuesto de hecho del efecto jurídico que la ley considera querido.

Pero la contraposición técnica entre la *causa contractual* del efecto y la *condición legal* del mismo efecto no equivale a la contraposición alemana entre el *contrato* con efecto obligatorio y el diferenciado *acuerdo real* con efecto dispositivo real del que el contrato se considera causa abstraída.

Por esto, para evitar confusiones, estimo que en el Derecho español es más conveniente la contraposición técnica entre *contrato*, sinónimo de *voluntades* contractuales, y *condición legal*, que la contraposición técnica entre contrato causa, sinónimo de causa contractual, y condición legal. Porque permite centrar la atención en la *voluntad*, que es causa del efecto, dejando en segundo plano que el efecto no sea inmediato al contrato sino posterior y *mediato*, ya que ha de mediar el cumplimiento de una condición legal.

IV. ACCIÓN PERSONAL Y ACCIÓN REAL. EFICACIA
ERGA OMNES, DEL DERECHO REAL Y DE LA PRUEBA
DEL CONTRATO ESCRITURADO

1) *Actio*.

Los romanos distinguieron la *actio in personam* de la *actio in rem*.

1. *Actio in personam*.

La expresión *actio in personam*, fundada en un *contractus*, como la *actio ex empto* del comprador, significa que la acción y el procedimiento se dirigen por el actor o demandante contra una persona (*in personam*) que es la otra parte contratante, para que cumpla la obligación contratada, para que haga lo que acordó hacer.

La persona demandada queda determinada por el vínculo personal (*obligatio*) por ser la persona que contrató y asumió la obligación correlativa a la acción del actor.

Son acciones personales, entre otras, la acción para exigir la entrega de la posesión de la cosa comprada al demandado, y la acción para exigir al demandado la devolución de la posesión de la cosa propia del actor cuando no precisa probar la pertenencia del derecho de propiedad reivindicando contra el poseedor en concepto de dueño.

La acción personal por incumplimiento de la obligación se ejecuta sobre la cosa específica que el demandado posee y debe entregar o devolver, que le será tomada. Desde que dejó de ser posible la *litis aestimatio* que implicaba la compra, por el poseedor, de la cosa que debía devolver al actor, que ejercitaba una acción personal o una acción reivindicatoria.

Pero, desde que dejó de ser posible la primitiva ejecución personal por deudas (esclavitud o prisión), si la deuda es dineraria y en el patrimonio del deudor no hay dinero para entregarlo o devolverlo, el obligado responde con sus bienes patrimoniales, que serán vendidos en la medida necesaria para permitir que, con el dinero obtenido como precio de las cosas o derechos vendidos forzosamente, en ejecución de la responsabilidad patrimonial universal, el acreedor cobre el dinero que el deudor le debió pagar y no le pagó porque no lo tenía, o el dinero que representa el valor económico de un derecho personal cuando no se puede imponer su cumplimiento directo.

Todo esto se refiere directamente a la acción personal para exigir el cumplimiento de un deber nacido de un contrato, para exigir el cumplimiento de una obligación contractual (*obligatio ex contractu*).

Pero también puede aplicarse la acción personal para exigir el cumplimiento de un deber que no nace de un contrato, para exigir un *debitum* correlativo a un *creditum* del actor o *creditor*, del acreedor.

En el Derecho romano evolucionado, los deberes que no nacen de un

contrato se considera que nacen de un cuasi contrato si su causa es un acto lícito, de un delito si su causa es un acto ilícito doloso y de un cuasi delito si su causa es un acto ilícito culposo o negligente.

Los glosadores primero y los comentaristas después entendieron que cualquier acción deriva de un *ius* y contrapusieron el *ius in personam*, el derecho personal tutelado por una *actio in personam*, al *ius in re*, el derecho real tutelado por una *actio in rem*.

Finalmente, *todo derecho personal se denomina derecho de crédito*, incluso el nacido de un contrato, y tanto el derecho del vendedor a exigir la entrega del dinero del precio como el derecho del comprador a exigir la entrega de la cosa comprada.

2. La expresión *actio in rem* o *actio reivindicatoria in rem*, fundada en que la cosa es propiedad del actor, significa que éste pretende se declare judicialmente que le pertenece el derecho de propiedad sobre la cosa específica identificada que otra persona posee en concepto de dueño, como propietario aparente o presunto, para que le restituya la posesión, porque sólo el propietario verdadero tiene derecho a poseer la cosa como dueño, para disfrutarla y disponer de ella.

La persona demandada queda determinada por el hecho de ser el poseedor en concepto de dueño de la cosa, *ob rem*, abstracción hecha de cualquier relación contractual o de débito que acaso pudiera existir entre el demandante y el demandado.

El que pretende ser declarado verdadero propietario demanda a la persona que aparece como poseedor en concepto de dueño, como propietario aparente o presunto.

El actor ha de probar que adquirió el derecho de propiedad que dice le pertenece, para desvirtuar la apariencia o presunción de propiedad que ampara al poseedor en concepto de dueño.

Originariamente, aunque el poseedor resultara vencido por el reivindicante y debiera restituirle la cosa, podía evitar la devolución pagando el dinero de la *litis aestimatio*, es decir, comprando la cosa por el precio fijado ante el Juez como estimación dineraria de lo controvertido, privando al verdadero propietario de la cosa de su propiedad, como si se la expropiara.

Pero finalmente la acción reivindicatoria triunfante se ejecuta procesalmente sobre la cosa vindicada, *manu militan, in natura*, de manera que el actor recupera la posesión de la cosa de su propiedad aunque a ello se oponga el poseedor vencido (art. 1.096, 1, CC).

Así pues, la acción real por antonomasia, la acción reivindicatoria, que deriva del derecho de propiedad para defender la pertenencia del derecho, con todas sus facultades integrantes y sus consecuencias, incluidas la facultad de poseer y la realidad de la posesión, se actúa contra el que se atribuye la propiedad y posee en concepto de dueño, quienquiera que sea. En este

sentido, la acción real reivindicatoria se dirige *erga omnes possidentes* (poseedores en concepto de dueño), es decir, se dirige contra una persona determinada o identificada en la demanda por el *hecho* de ser el poseedor en concepto de dueño de la cosa, quienquiera que sea, con independencia de la existencia o inexistencia de alguna relación jurídica personal entre el reivindicante y el poseedor demandado por aparecer como propietario presunto, contra una persona determinada, pero no por un *contractus* o por un *debitum* sino por una situación posesoria, *ob rem*.

Erga omnes, contra todos, pero no contra todos los demás que no sean el reivindicante, sino contra aquel de entre todos los demás a quien el demandante identifica como poseedor en concepto de dueño de la cosa en el momento de la demanda, cualquiera que sea, quienquiera que sea, contra el *propietario aparente o presunto* en cuanto poseedor en concepto de dueño.

Esto es así porque el derecho de propiedad se tiene sobre la cosa sin que nadie deba hacer o no hacer algo para que el derecho pertenezca al dueño de la cosa y éste la posea y disfrute (inmediatividad), porque si alguien, atribuyéndose la pertenencia del derecho de propiedad, le priva de la posesión en concepto de dueño, el propietario puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el despojante, mientras no pierda el derecho de propiedad por la usucapión alcanzada por el poseedor, quienquiera que sea (ergaomnicidad).

En este sentido y no en otro puede hablarse de la inmediatividad y de la ergaomnicidad del derecho de propiedad, por contraposición al derecho personal, que no tiene estas características.

Del derecho de propiedad deriva, para defender la pertenencia del derecho, la acción reivindicatoria, *erga omnes possidentes* en concepto de dueño, *erga omnes propietarios aparentes o presuntos*, la acción del propietario no poseedor (desposeído) contra el poseedor no propietario (pero propietario aparente o presunto). Para lograr la declaración de la pertenencia del derecho de propiedad y, en consecuencia, la recuperación de la posesión, contra quien se atribuye la propiedad y posee como dueño.

Ahora bien, desde el punto de vista opuesto, el poseedor en concepto de dueño que estima es el verdadero propietario y resulta inquietado en el ejercicio de su derecho por otra persona que también estima es el verdadero propietario, aunque puede esperar hasta ser demandado reivindicatoriamente también puede no esperar y ejercitar contra esa otra persona una acción meramente declaratoria del dominio (de la pertenencia del derecho) que no implica recuperar la posesión a diferencia de lo que ocurre con la acción reivindicatoria, que presupone la desposesión del actor e implica la recuperación de la posesión.

Del derecho de propiedad derivan acciones para defender su pertenencia. Se ejercitan por quien afirma ser el propietario, contra cualquier otra

persona que lo niega y se atribuye la propiedad. Con la acción reivindicatoria *erga omnes possidentes*, el propietario *despojado* de la posesión pretende recuperar la posesión de la cosa después y a consecuencia de la declaración de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa, frente al propietario aparente en cuanto es el poseedor en concepto de dueño. Con la acción declaratoria del dominio *erga omnes non possidentes*, el propietario aparente, *inquietado* en la posesión, pretende obtener la declaración judicial de la pertenencia del derecho de propiedad sobre la cosa para que acabe la inquietación de la posesión de la cosa para retener la posesión pacífica, acallando a quien se jacta de ser el propietario, que intenta o *aspira a ser* el poseedor en concepto de dueño. Son acciones petitorias, paralelas a las acciones interdictales, posesorias, de recobrar y de retener.

Del derecho real parcial deriva una acción *confesoria erga omnes dominis* para defender su pertenencia. Se ejercita por quien afirma que el derecho existe y que le pertenece, contra quienquiera que afirme ser el propietario de la cosa y niegue la existencia del derecho o la pertenencia a quien se la atribuye. Sin perjuicio de que quien afirma ser el propietario pueda ejercitar una acción *negatoria* contra quienquiera que se atribuye la pertenencia de un derecho real parcial aunque no ejercite una acción confesoria.

Es claro que los derechos reales no se puede definir, simplemente, por su *ergaomnicidad*, como derechos *erga omnes*, sin más, porque la pertenencia de cualquier derecho ha de ser respetada por cualquier otra persona, tanto si la niega como si, además, se la atribuye.

Lo primordial de un derecho *real*, como su mismo nombre latino indica (derivado de *res-rei*, la cosa), es la *inmediatividad* de su ejercicio sobre una cosa. Evidente si se trata del derecho de propiedad cuyo contenido de poderes o facultades es pleno, en el sentido del más amplio posible sobre la cosa (absolutividad) de manera que excluye a cualquier poder o facultad de otra persona determinada *ob rem*, por referencia a la cosa, de manera que es *oponible* y excluye a quienquiera que posea o intente poseer la cosa, como dueño o en concepto distinto al de dueño (*erga omnes possidentes* en sentido amplio y no sólo en concepto de dueño). Claro que no excluye la posible existencia de algún derecho real parcial sobre la misma cosa, con un contenido de poderes o facultades limitado y parcial, que puede gravar la facultad de disfrute o la facultad de disposición de la cosa, y que es *oponible* a quienquiera que sea el propietario o posea en concepto de dueño (*erga omnes dominis*).

2) Tutela jurídica del propietario.

1. El ordenamiento jurídico, para salvaguardar la paz jurídica y evitar actos de fuerza, para tutelar al propietario, protege al poseedor en concepto

de dueño, que es quien parece ser el propietario, con una tutela del *hecho de la posesión* y con una tutela del *aparente derecho a poseer*.

1.1. Si alguien, *de hecho*, le inquieta en su posesión o, más aún, se la arrebatara, le priva de ella, le despoja y pierde la posesión, podrá ejercitar una acción interdictal, de carácter posesorio, fundada en el hecho de su posesión probada, que ha sido inquietada o perdida, acción con la que logrará, respectivamente, retener o recobrar la posesión de hecho, si actúa dentro del año siguiente al momento de la inquietación o despojo (art. 1.968, 1.º, CC). En este sentido, «la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores el más antiguo (normalmente, el anterior y no el actual); si las fechas de las posesiones fueran las mismas (o no pudieran precisarse), el que presente título; y si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes» (art. 445 CC).

Así, la anterior posesión *probada*, si no ha transcurrido un año desde su pérdida (art. 1.968, 1, CC), es oponible al actual poseedor demandado en proceso interdictal de recobrar, y para la prueba de la posesión anterior puede argumentarse exhibiendo el título formal probatorio de la pertenencia del derecho de propiedad.

1.2. La prueba de la posesión en concepto de dueño, aunque sea por reconocimiento de la contraparte procesal, es muy importante porque del hecho probado de la posesión en concepto de dueño deduce la ley la pertenencia de derecho de propiedad al poseedor (art. 448), lo que determina la favorable posición procesal del demandado, que corresponde al poseedor en concepto de dueño y presunto propietario, frente al reivindicante que ante el Juez afirma ser el verdadero propietario y pretende que así lo declare el Juez para recuperar la posesión en concepto de dueño.

Se aprecia con esto la importancia práctica del interdicto de recobrar la posesión y del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para dificultar una temida reivindicación.

El Código Civil configura como *medios* de prueba a las presunciones (art. 1.215 CC), aunque, más técnicamente, son *elementos* de la prueba (46).

«Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho (básico) de que han de deducirse esté completamente acreditado (probado)» (art. 1.249 CC).

(46) V. ob. cit. (35). Com. MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ, *Presunciones*, págs. 557, 571, 575, 592, 596.

«Las presunciones que la ley establece *dispensan* de toda prueba a los favorecidos por ella» (art. 1.250 CC), aunque, más técnicamente, *facilitan* la prueba (47).

«Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba» (art. 1.251, 1, CC).

«El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título (de adquisición del derecho de propiedad) y no se le puede obligar a exhibirlo» (art. 448 CC).

Pero «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor (en concepto de dueño) de la cosa para reivindicarla» (art. 348, 2, CC), desvirtuando la presunción de pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño.

Así pues, si alguien pretende ser el verdadero propietario y discute, según Derecho, la presunción legal de que el poseedor en concepto de dueño posee con justo título (es decir, si discute la presunción que, del hecho básico probado de la posesión en concepto de dueño, deduce la ley para amparar al que parece ser el propietario, el presunto propietario por título material no determinado y dispensado de exhibir un título formal) tendrá que actuar como demandante, en juicio reivindicatorio, petitorio de derecho, reconociendo que el demandado es el poseedor en concepto de dueño, manifestando expresamente el título adquisitivo determinado por el que le pertenece el derecho de propiedad y tendrá que probarlo, sobre todo documentalmente, y acaso exhibiendo la copia de la escritura notarial, del título formal que conforma el título material o sustantivo de adquisición.

El presunto propietario en cuanto poseedor en concepto de dueño, reconocido como tal en la demanda, no tendrá que oponer un título sustantivo determinado por el que le pertenece el derecho de propiedad y no tendrá que probarlo exhibiendo un título formal (art. 448 CC). Pero, en su contestación, podrá alegar que el derecho de propiedad le pertenece por un título sustantivo determinado, que tendrá que probar.

En tal caso, el reivindicante tendrá que replicar a la contestación argumentando que respecto a su propio título «válido» el opuesto por el demandado es «nulo», que su propio título legalmente prevalece contra el título opuesto por el demandado, y tendrá que probarlo.

Según la terminología jurisprudencial, el poseedor que opone un título determinado se denomina «poseedor titulado», aunque su título no prevalezca, y el título que no prevalece frente al opuesto por la contraparte se denomina «título nulo». El «título» es el «fundamento de hecho y de De-

(47) V. ob. cit. (35) (38). *Presunciones*, págs. 597, 599, 602, 604.

recho, de la adquisición del derecho de propiedad» que se alega por el demandante o por el demandado. Se considera o califica como «título nulo», o «título de nula validez», el «título» del vencido, sea el demandado poseedor o sea el demandante no poseedor evicto, acaso porque adquirió el derecho de propiedad pero lo perdió en el momento en que el poseedor en concepto de dueño lo adquirió por usucapión. El título del vencedor es el «título válido». Claro que, más bien, vence el que prueba su título válido respecto al adversario con título nulo.

2. A la eficacia legitimadora de la posesión en concepto de dueño reconocida por el reivindicante, éste puede oponer, para desvirtuarla, la eficacia probatoria del documento público (art. 1.218 CC) o privado (arts. 1.225 y 1.227 CC) que formaliza la adquisición del derecho de propiedad, documento que ha de ser probado por exhibición, de su copia si se trata de escritura notarial o del original si se trata de documento privado fehaciente por su firma reconocida (art. 1.225 CC) desde su fecha cierta (art. 1.227 CC).

Esta eficacia probatoria u *oponibilidad erga omnes* de la prueba consiste en que el contenido documentado y sus efectos sustantivos son oponibles a la otra parte contratante según el documento (o sus sucesores), y a cualquier tercero a quien pudiera afectar de algún modo, favorable o perjudicial, la existencia del contrato y la realidad de los hechos probados documentalmente, así como sus efectos correspondientes, que no pueden ser eficazmente negados mientras no se desvirtúe judicialmente la fehaciencia, el valor probatorio del documento y del contenido documentado, probando su falsedad.

La escritura notarial del contrato de compraventa normal u ordinario es prueba *erga omnes* del contrato de compra (art. 1.218 CC) y de la transmisión de la posesión de la cosa poseída por el vendedor (art. 1.462, 2, CC) y, en consecuencia, es prueba de la efectiva transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa vendida y de la consolidación de la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa comprada y recibida, antes de que el comprador poseedor perdiera la posesión por haberle despojado el actual poseedor en concepto de dueño que es el demandado en juicio reivindicatorio. También prueba el pago por el comprador del dinero del precio no aplazado contractualmente.

La escritura notarial del contrato de cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído es prueba *erga omnes* del contrato (art. 1.526 CC), oponible ante todo al tercero poseedor en concepto de dueño.

El propietario titulado formalmente con escritura notarial prueba con ella las manifestaciones de verdad, las declaraciones de voluntad, los actos realizados y los hechos acaecidos ante el fedatario autor de su relato escrito, incluida la autenticidad de las firmas y la certeza de la fecha.

Así, la escritura notarial probada por exhibición de su copia es prueba oponible *erga omnes* de su existencia y de su contenido, de un contenido que puede ser el contrato de compraventa a causa o por consecuencia del cual el comprador adquirió el derecho de propiedad, mediante la tradición por el vendedor poseedor (art. 1.462, 2, CC) o sin mediar tradición cuando el vendedor está desposeído (art. 1.526 CC).

Implica la legitimación como propietario del comprador que exhibe la copia de la prueba fehaciente *erga omnes*. Mientras no sea desvirtuada su fehaciencia o veracidad (art. 1.218 CC) (48).

Cuando la copia de la escritura notarial se presenta en el Registro de la Propiedad y se inscribe el título sustantivo contenido, la prueba documental, pública por razón de su autor pero secreta como el protocolo notarial, queda *publicada*. La publicidad registral es una publicidad jurídica de la prueba documental aportada y del contenido publicado por la inscripción registral.

La publicidad registral implica una eficacia legitimadora, la legitimación como propietario del comprador según prueba fehaciente, calificada y extractada en la inscripción, como acredita el acta de la inscripción firmada por el Registrador (art. 38, 1, LH). Mientras no se declare judicialmente la inexactitud del Registro (art. 38, 2, LH).

La transmisión del derecho de propiedad que publica y prueba la inscripción registral (del título adquisitivo probado mediante la copia de la escritura notarial que lo documenta y prueba) se puede oponer frente a otros porque la inscripción registral es prueba de su contenido, fehaciente mientras no se declare judicialmente su inexactitud, en cuanto el Registrador, en el acta de la inscripción, afirma su concordancia con la prueba documental presentada.

Esta oponibilidad de la fe pública registral, de la inscripción registral probatoria, de la prueba registral, *legítima* al titular registral (incluso al inmatriculante) que la opone a otro, una vez que el legitimado practica su prueba, exhibiendo la certificación registral de la inscripción, que es pública. Esta es la legitimación registral resultante de la prueba por presunción legal deducida de la inscripción registral probada (art. 38 LH).

En este sentido son sinónimas las expresiones fe pública registral y legitimación registral.

Pero la expresión fe pública registral se usa con un sentido estricto para significar la inoponibilidad de lo no inscrito (de lo que no consta registrado con exactitud) a quien adquiere un derecho que transmite su titular registral o que constituye el titular registral del dominio, e inscribe su título adquisitivo, a menos que sea un adquirente a título gratuito o de mala fe, según la Ley Hipotecaria (arts. 23 y 34 LH 1861; arts. 32 y 40, ap. final LH

(48) V. ob. cit. (35). Com. FAUSTINO CORDÓN MORENO, págs. 119; 138, 150.

vigente). Principalmente se trata del comprador del derecho de propiedad o del acreedor hipotecario.

La Ley Hipotecaria de 1861, en su artículo 23 (que es el art. 32 de la Ley vigente) dispuso que «Los títulos... (inscribibles) que no estén inscritos en el registro no podrán perjudicar a tercero», y concretó que «para los efectos de esta Ley, se considerará como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato *inscrito*» (artículo 27, sin equivalencia en la Ley vigente), a favor de su causante según el tracto sucesivo registral (art. 20).

Desde entonces, siempre se ha de denominar tercero *inscrito* (o tercero registral o tercero hipotecario) al *segundo* de dos titulares registrales sucesivos según el tracto registral (art. 20), al que no ha intervenido en el acto o contrato *inscrito* a favor de su causante, cuando se *inscribe* su propio título adquisitivo. Nunca se refiere al inmatriculante la denominación legal de tercero. Sobre esto insistiré más adelante.

Obsérvese que el ser *inoponible a tercero la prueba* de un título de pertenencia de un derecho se debe a que el título es ineficaz frente al tercero, de nula validez, porque *el derecho se atribuye por la ley al tercero* y lo pierde aquel a quien antes pertenecía.

3. En resumen:

3.1. La posesión en concepto de dueño, una vez probada, por reconocimiento o confesión del afectado o documentalmente (art. 1.462, 2, CC) o por testigos, es prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, por título adquisitivo no determinado, en cuanto queda dispensado de la exhibición de un título formal (art. 448 CC). Es prueba oponible a otros, *erga omnes*, pero «puede destruirse por la prueba en contrario» (art. 1.251, 1, CC), adecuada al caso en cuestión.

La apariencia de propiedad que implica la situación pública de posesión en concepto de dueño, por presunción legal legítima al poseedor en concepto de dueño como propietario presunto.

3.2. Si otro pretende ser el propietario verdadero y recobrar la posesión como dueño, la prueba en contrario ha de ser practicada en juicio declarativo reivindicatorio y estimada en sentencia firme (art. 348, 2, CC). Sin perjuicio del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que luego se considerará.

Pero a otros efectos, a la legitimación del poseedor, alegada por éste o por otros, puede oponerse la legitimación resultante de la prueba documental fehaciente, como por ejemplo si se trata de oponer a los acreedores del vendedor o del comprador la venta otorgada por el poseedor actual, probada con copia exhibida de la escritura notarial (art. 1.218 CC) o con el documento original privado (arts. 1.225 y 1.227 CC). Sin perjuicio de la controversia judicial correspondiente si no se quiere reconocer la eficacia probatoria del documento, su fehaciencia.

La escritura notarial, probada por exhibición de su copia, es oponible a otros, *erga omnes*, como prueba de su existencia y de su contenido, mientras no sea desvirtuada su fehaciencia y veracidad. Si su contenido es un título traslativo del derecho de propiedad el adquirente queda legitimado como propietario ante terceros.

La inscripción registral, probada con certificación registral exhibida, es oponible a otros, *erga omnes*, como prueba de su contenido y de sus efectos propios, mientras no sea desvirtuada su fehaciencia o exactitud. Si su contenido es un título traslativo del derecho de propiedad el adquirente queda legitimado como propietario ante terceros (arts. 38 y 41 LH).

3) La expresión *oponibilidad erga omnes* se suele usar con mucha imprecisión y conviene distinguir la oponibilidad del *derecho real* frente a otros (*erga omnes*) de la oponibilidad de la *prueba* frente a otros (*erga omnes*).

El derecho real de *propiedad* es oponible a quienquiera que posea o intente poseer la cosa, en concepto de dueño o en concepto distinto al de dueño, es oponible *erga omnes possidentes* en este sentido amplio, que incluye a quien es poseedor o intenta ser poseedor en concepto de dueño y al que es poseedor o intenta serlo en concepto de titular de un derecho real parcial.

El *derecho real parcial* es oponible a quienquiera que sea el propietario de la cosa, es oponible *erga omnes dominis*, y, desde luego, al poseedor en concepto de dueño aunque no sea propietario.

La *posesión en concepto de dueño es prueba erga omnes* de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor, por presunción legal, mientras no se pruebe que el derecho no le pertenece (art. 448 CC).

La *escritura notarial es prueba erga omnes* de su contenido, mientras no se demuestre su falsedad (art. 1.218 CC).

La *inscripción registral es prueba erga omnes* de la existencia y pertenencia del derecho (art. 38, 1, LH), mientras no se rectifique la inexactitud registral (art. 38, 2, LH).

4) Relación jurídica y derecho.

Conforme al Derecho alemán, desde que así lo concibieron Savigny y su escuela de los pandectistas germánicos, se puede hablar de las acciones personales, derivadas de los derechos personales, nacidos y adquiridos a causa o por consecuencia de negocios personales u obligacionales (contratos), incluidos los de finalidad traslativa del dominio, que producen derechos con efectos *inter partes*, entre los contratantes, relativos; contrapuestas a las acciones reales, derivadas de los derechos reales, adquiridos a causa o por consecuencia de negocios dispositivos reales (acuer-

do real, no contrato), que producen derechos con efectos *erga omnes*, absolutos.

Pero tan absoluta contraposición dicotómica no puede trasladarse al Derecho español, en el que la compraventa es un contrato primordialmente dispositivo y consecuentemente obligatorio, sea dispositivo transmisivo del derecho de propiedad, sea dispositivo constitutivo o dispositivo transmisivo de un derecho real parcial cuasi posesorio, sea dispositivo transmisivo de un derecho incorporal (art. 1.526 CC).

1. Ahora bien, es conveniente distinguir:

La *relación personal*, o relación entre dos personas por causa de un contrato (*ob ligatio*) o de un acto del que nace una vinculación interpersonal (*debitum*).

La *relación real* o relación entre dos personas por razón de una cosa (*ob rem*).

Bien porque se trata de un propietario enfrentado a un poseedor en concepto de dueño, pero no propietario (art. 348, 2, contra art. 448 CC), en una relación de hecho, con un contenido regulado en el título normativo de la posesión (arts. 451-458 CC).

Bien porque se trata del titular de un derecho real parcial enfrentado a quienquiera que sea el propietario de la cosa gravada (*erga omnes dominis*), en una relación muy «objetivada» tratándose de servidumbres prediales «reales» (art. 530 CC), pero también objetiva tratándose de gravámenes de la facultad dispositiva del propietario, por un derecho de ejecución específica, un derecho a enajenar en subasta la cosa ajena (hipoteca, prenda), o por un derecho a adquirir la cosa ajena (tanteo, retracto, reales). Sin olvidar la relación contractual entre el propietario constituyente del derecho real parcial y el primer adquirente de éste.

Sin olvidar que el propietario que ejercita su acción reivindicatoria ha de probar la pertenencia del derecho frente al poseedor (*erga omnes possidentes*) y que el titular del derecho real parcial que ejercita su acción confesoria tendrá que probar su título de constitución y de adquisición frente al propietario gravado (*erga omnes dominis*), quien tendrá contra aquél una acción negatoria de la existencia del derecho real parcial.

La relación personal y la relación real implican poderes y deberes para las partes de la relación, de manera que, en principio, a un poder de una parte corresponde un deber de la otra parte, y se denomina *derecho* de una de las partes al conjunto de poderes jurídicos o derechos concretos o facultades inherentes a su situación como parte en la relación jurídica, respecto a la actividad de la otra parte (derecho personal) o respecto a una cosa poseída por la otra parte como dueño (derecho de propiedad del que ha derivado la acción reivindicatoria) o perteneciente a la otra parte (derecho real parcial).

La pertenencia del derecho real de propiedad sobre una cosa puede considerarse jurídicamente publicada en cuanto resulta probada, públicamente, mediante la prueba de la posesión de la cosa en concepto de dueño, porque la ley presume que el dominio pertenece al poseedor en concepto de dueño, salvo prueba en contrario (art. 448 CC).

La pertenencia de los derechos reales parciales de disfrute inmediato de la cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbres prediales continuas y aparentes) también puede considerarse jurídicamente publicada en cuanto pueda probarse por presunción deducida de la prueba de la correspondiente cuasi posesión de la cosa (una posesión en nombre propio pero en concepto distinto al de dueño), aunque no amparada por la presunción legal del artículo 448 del Código Civil.

En cambio, la existencia y pertenencia de un derecho real no posesorio (no cuasi posesorio) que limita las facultades del propietario, la de disfrute (servidumbres personales y servidumbres prediales no usucapibles) o la de disposición (hipoteca, tanteo-retracto), no resulta publicada por una posesión o una cuasi posesión, y en este sentido es *clandestina* para el tercero adquirente de la propiedad gravada por un anterior propietario (constituyente del gravamen). De aquí la necesidad social de dar publicidad jurídica registral a la prueba documental de la existencia y pertenencia de estos derechos reales para que resulte inseparable jurídicamente la eficacia *erga omnes dominis* del derecho y la eficacia *erga omnes* de la prueba pública de su existencia y pertenencia resultante del correspondiente título formal probatorio de un título material constitutivo o adquisitivo, lo que exige, principalmente, la inscripción de un contrato constitutivo del derecho o traslativo del derecho constituido anteriormente.

Por contra, los derechos personales, en cuanto sólo son eficaces y oponibles *inter partes*, a la otra parte contratante y a sus sucesores, pero no a personas determinadas *ob rem*, aunque puedan beneficiar o perjudicar a tercero, no requieren una publicidad jurídica registral (*erga omnes*) de la prueba (*erga omnes*) de su existencia y pertenencia. Si acaso consta inscrito el contrato que «constituye» un derecho personal, la inscripción no lo «constituye» como derecho real, a menos que así lo disponga alguna norma del ordenamiento.

2. Ahora bien, en el Derecho español, tratándose de la relación nacida del contrato de compraventa (que es el contrato modelo de los contratos traslativos, del dominio y de otros derechos, reales o de crédito, así como modelo de los demás contratos, no traslativos) los poderes y los deberes correspondientes están orientados a lograr la efectividad de las contratadas recíprocas transmisiones de la cosa y del dinero, la efectividad del cambio de cosa por dinero acordado por las partes.

Es decir, que en cada una de las dos voluntades acordadas, la del

vendedor y la del comprador, lo primordial es el aspecto traslativo (dispositivo por parte de uno y adquisitivo por parte del otro) del derecho de propiedad, sobre la cosa que se transmite al comprador y sobre el dinero del precio que se transmite al vendedor, es decir, el aspecto «*real*» de cada una de las dos voluntades acordadas, y es consecuente el aspecto constitutivo de deberes u obligaciones, con sus correspondientes poderes, facultades o derechos, es decir, el aspecto «*obligacional*» o «*personal*» de cada una de las dos voluntades acordadas.

En este sentido, el contrato de compraventa constituye una relación, primordialmente real, con dos transmisiones recíprocas de derechos de propiedad, del vendedor y del comprador, y consecuentemente obligatoria o personal, con recíprocos deberes, y con sus correlativos poderes, referidos a cada una de las dos recíprocas transmisiones de derechos.

Lo que se dice de la compraventa de cosa puede referirse a la compraventa-cesión de un crédito considerado objeto de tráfico jurídico.

El contrato de compraventa, en el Derecho español, no es el alemán contrato de venta, solamente obligatorio, de finalidad traslativa, que por su finalidad obliga a transmitir el derecho de propiedad de la cosa vendida y el derecho de propiedad del dinero del precio de la compra, sino que es, primordialmente, un contrato *traslativo, directamente*, sin una obligación intermediaria de transmitir (el derecho vendido) por acuerdo real (cumplimiento de un acuerdo obligacional, de un acuerdo que obliga a concertar un acuerdo real). Aunque legalmente es un contrato traslativo *no inmediatamente* cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa específica (no genérica), existente (no futura), que le pertenece (que no es cosa ajena, propiedad de otro), pues en tal caso, que es el caso normal, según la ley, la contratada transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa con el cambio de propietario queda *consolidada mediatamente*, al mismo tiempo que se consuma la transmisión de la posesión con el cambio de poseedor en concepto de dueño, es decir, que, según la ley, está condicionada la transmisión del derecho de propiedad del vendedor a la transmisión de la posesión del vendedor (está condicionado legalmente el cambio de propietario al cambio de poseedor) a la misma persona. Pero es un contrato traslativo inmediatamente, sin mediar tradición, cuando el vendedor está desposeído y vende su derecho *incorporal*.

Las «obligaciones» que nacen del contrato de compraventa tienen por finalidad o están orientadas a que llegue a ser efectivo el intercambio de transmisiones de derechos. El vendedor poseedor está obligado a transmitir su posesión de la cosa al comprador, a darle posesión de la cosa, a entregarle o hacerle tradición de la cosa. El comprador está obligado a transmitir su posesión del dinero del precio al vendedor, a entregarle el dinero, a pagarle el precio, una cantidad de dinero, de cosas fungibles, que se espe-

cifican, y le pertenecen, en el momento de la entrega, que realiza con dinero efectivo o mediante una orden de pago al depositario de su dinero efectivo (acaso de él recibido en préstamo).

3. Pero la adquisición de la cosa por el comprador y la adquisición del dinero del precio por el vendedor tienen por *causa* el contrato en su aspecto *traslativo*, no en su aspecto obligatorio.

El comprador, antes de la tradición de la cosa por el vendedor poseedor, no tiene un derecho de crédito para adquirir la cosa, sino un derecho de propiedad, condicionado legalmente en cuanto al vendedor poseedor aún es el propietario presunto según la ley (art. 448 CC).

El vendedor, antes del cobro del dinero del precio, no tiene un derecho de crédito, para adquirir el dinero, igual que el derecho del vendedor del sistema alemán. El comprador español está obligado a pagar *entregando la posesión* del dinero para que su *propiedad* se transmita al vendedor *a causa* del contrato de compraventa en el que radica el consentimiento traslativo del derecho de propiedad. Mientras que el comprador alemán está obligado a pagar entregando la posesión del dinero para que su propiedad se transmita al vendedor por efecto de un negocio dispositivo traslativo (Tradición), por efecto de un acuerdo real abstraído del contrato de compraventa que es su causa en cuanto es fuente de la obligación de realizar el negocio Tradición.

4. Claro que el contrato de compraventa se refiere a la venta *traslativa* del derecho de propiedad sobre una cosa, más también a la venta *constitutiva* de un derecho real parcial cuasi posesorio (de disfrute) sobre el derecho de propiedad del vendedor, y a la venta traslativa de un derecho real parcial cuasi posesorio anteriormente constituido, y a la *cesión traslativa* de un derecho incorporal o acción, sea un derecho real incorporal como el derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, sea un derecho de crédito hipotecario (art. 1.526 CC), o sea, un derecho de adquisición.

Desde luego, el contrato de compraventa no es el único contrato traslativo, pues también lo son, al menos, el contrato de permuta, el de obra y el de sociedad.

Aparte, existen los contratos típicos de *constitución* de los derechos reales de *garantía* —de prenda (derecho real corporal, posesorio) y de hipoteca (derecho real incorporal, no posesorio), accesorios del crédito garantizado. Contratos que son fuente de obligaciones consecuentes.

Los considerados contratos de *constitución* de los derechos reales de *adquisición* (tanteo, retracto, opción) también son fuente de obligaciones consecuentes.

5. Considerar el aspecto procesal de la contradicción entre la posesión y la inscripción registral resulta muy ilustrativo.

En el juicio declarativo ordinario, si el demandante ejercita la acción

reivindicatoria el demandado es el poseedor en concepto de dueño en cuanto es el propietario *presunto*, por título material no determinado, dispensado de exhibir el título formal, según la ley civil (art. 448 CC), de manera que la carga de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad que desvirtúa esta presunción corresponde al demandante, que pretende ser declarado judicialmente propietario *verdadero* para recuperar la posesión perdida y evitar que el poseedor durante cierto tiempo, por usucapión, pase a ser el propietario verdadero y pierda la propiedad el actual propietario desposeído.

En cambio, en el llamado procedimiento de ejecución registral posesoria que regula el artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1947, vigente, el ejecutante es el titular registral del dominio, el propietario *presunto*, por título material determinado y concreto, probado mediante copia de la escritura notarial conformadora calificada por el Registrador, y publicado mediante la inscripción, según la ley registral (art. 38, 1, LH), y el ejecutado es el poseedor en concepto de dueño propietario presunto, por título material indeterminado, dispensado de exhibir el título formal, según la ley civil (art. 448 CC). Y en este procedimiento se invierte la normal carga procesal de la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad de manera que prevalece la legitimación del titular registral por la inscripción registral (art. 38, 1, LH), contra la legitimación del poseedor, por la posesión (art. 448 CC), porque el poseedor será judicialmente desposeído a menos que, como demandante, formule «demanda de contradicción» contra el titular registral ejecutante fundada necesariamente en alguna de la causas tipificadas por la ley registral (art. 41, 6, LH), de las que es primordial el «poseer el contradictor la finca... por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular, o con titulares anteriores, o en virtud de prescripción, siempre que ésta deba perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36» de la Ley Hipotecaria (art. 41, 6, 2.^a causa de oposición, LH).

Si el demandado contesta a la demanda (art. 41, 8, LH), el procedimiento se tramita como un incidente (art. 41, 6, LH) y la carga de la prueba corresponde al demandante poseedor que formula demanda de contradicción contra la presunción registral que ha de desvirtuar (art. 38, 1, 2, LH) sin poder fundarse exclusivamente en la presunción posesoria (art. 448 CC).

La sentencia desestimatoria de la demanda de contradicción implica que el titular registral será puesto en posesión judicialmente, aunque esta sentencia no produce excepción de cosa juzgada y queda a salvo el derecho del que fue poseedor para promover juicio declarativo sobre la misma cuestión (art. 41, 9, LH) en el que tendrá que actuar como demandante, con la correspondiente carga procesal de la prueba.

El poseedor contra quien se interponga el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria también podrá oponerse a la pretensión del titular registral fundándose en alguna otra alegación distinta de las tipificadas por dicho artículo (art. 41, 7, LH) pero tendrá que actuar como demandante (a menos que sea demandado por el titular registral) en juicio declarativo ordinario, y no podrá ampararse solamente en su situación posesoria (art. 448 CC), sino que tendrá que probar sus alegaciones.

Así pues, en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el propietario *presunto* según el registro, amparado en la legitimación registral (art. 38 LH) *prevalece* contra el propietario *presunto* en cuanto poseedor en concepto de dueño, amparado en la legitimación posesoria (art. 448 CC), excepto cuando éste es un poseedor *titulado suficientemente*: que alega y prueba un título adquisitivo determinado y considerado suficiente por la ley registral (art. 41, 6, 2.^a causa de contradicción, LH). Es decir, que contra el titular registral ya no le basta oponer la presunción de título adquisitivo material, indeterminado, que le dispensa de exhibir un título formal, sino que, por el contrario, ha de alegar y probar un título adquisitivo determinado, y suficiente según la ley registral.

En este sentido, el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria cumple una función similar a la del desahucio, fundado en un título adquisitivo probado y publicado registralmente.

6. La pretensión de tutela de un derecho se actúa como acción personal o como acción real.

La acción personal se actúa contra una persona obligada por contrato o por débito, vinculada con el actor, probando la relación sustantiva con el demandado y su causa.

La acción real se actúa contra una persona no vinculada con el actor, para que se declare la pertenencia al actor de un derecho real, probando la adquisición del derecho de propiedad, normalmente por título traslativo, o la adquisición del derecho real parcial, normalmente por título constitutivo o traslativo.

De aquí resulta la práctica incompatibilidad de ejercicio entre la acción personal y la acción real, y la práctica prioridad de la primera en cuanto requiere una prueba más simple.

En el Derecho italiano, en el que la venta normal es inmediatamente traslativa del derecho de propiedad aunque no se haya hecho entrega de la cosa, para que el comprador obtenga la posesión de la cosa que el vendedor posee, en principio, puede ejercitar contra el vendedor poseedor la acción personal contractual o bien la acción reivindicatoria, aunque esta alternativa es más bien teórica porque para reivindicar hay que probar la condición de propietario y al invocar el comprador su título de adquisición se expone a la excepción de incumplimiento de su obligación de pagar el precio, opuesta

por el vendedor demandado que aún no ha entregado la cosa y quiere retenerla, si bien tal excepción no se refiere a la ineficacia del contrato sino al incumplimiento de una obligación de entregar dinero nacida del contrato que ya ha producido su efecto traslativo (49).

En el Derecho francés, el comprador, calificado como propietario, puede ejercitar la acción contractual y la reivindicatoria; ambas acciones le permiten obtener la cosa *in natura*. Sin embargo, una regla preterlegal prohíbe la acumulación de la acción personal y la acción real e impone al comprador ejercitar la acción contractual (50).

Según el Derecho romano (arg. D. 6.1.63) (51), el comprador que recibió la posesión entregada por el vendedor y que *luego* es despojado por el vendedor, también podrá ejercitar contra éste la acción reivindicatoria, al igual que si le hubiera despojado un tercero, porque la venta ya surtió todos sus efectos, incluso el de la entrega.

Esto mismo puede predicarse del sistema español actual.

Pero después de la reforma proyectada, antes de que se practique la inscripción del contrato de venta, el comprador no podrá ejercitar la acción reivindicatoria contra el vendedor que contractualmente le hizo entrega (acaso la entrega instrumental del art. 1.462, 2, CC), pero que, después de hacerla, extracontractualmente, le despojó de la posesión (acaso por inversión injusta de su situación posesoria como precarista resultante de la tradición instrumental), se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad, niega que pertenezca al comprador y se opone a que sea poseedor en concepto de dueño.

Hay que advertir que si el vendedor tradente ejercita una acción personal de ineficacia del contrato de venta, actúa como parte contratante respecto al comprador, pero puede actuar la acción personal de ineficacia, por acumulación subjetiva, contra el tercero causahabiente del comprador, si es conocido como tal, porque declarada la ineficacia del contrato de venta queda declarado que el vendedor continúa siendo el propietario, habida cuenta del carácter rigurosamente derivativo de las transmisiones del dominio.

Puede parecer que dicho vendedor, como por la ineficacia del contrato de venta continúa siendo el propietario, tendrá que ejercitar la acción reivindicatoria contra cualquier poseedor en concepto de dueño de la cosa que no sea el comprador, y así será cuando se desconozca qué relación jurídica existe entre el comprador y el tercero poseedor actual, pero no cuando el tercero poseedor actual sea conocido como causahabiente del comprador,

(49) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 149.

(50) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 145 (4).

(51) V. libro (2), pág. 276, com. D. 6.1.63.

acaso por reventa de éste, porque, lógicamente, no procede actuar reivindicando cuando puede actuarse una acción personal, incluso contra tercero, probando el título en que se fundamenta, sin tener que recurrir a probar la propiedad del actor.

7. Se presta a equívocos la denominación de acciones declarativas de la ineficacia de los contratos, por lo que conviene exponer algunas precisiones.

7.1. Teniendo en cuenta el histórico y vigente carácter derivativo de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad, porque nadie puede adquirir un derecho que no pertenece al transmitente salvo excepción legal, la declaración de nulidad de un contrato de compraventa, al que siguió la tradición a favor del comprador, implica que se declara la ineficacia total del contrato y, por tanto, primordialmente, la ineficacia traslativa del derecho de propiedad sobre la cosa vendida y entregada, que, en consecuencia, continuó y continúa perteneciendo al vendedor, aunque la posea en concepto de dueño el comprador o un tercero causahabiente (del comprador) por compra y tradición, denominado tercero adquirente o tercero poseedor en concepto de dueño.

Sólo en este sentido se puede decir que la acción de nulidad del contrato de compraventa es una acción *real*, en cuanto el derecho de propiedad, que pertenece al vendedor según la sentencia que declara la nulidad del contrato, es un derecho oponible a cualquier tercero adquirente poseedor en concepto de dueño.

Por esto, cuando la cosa esta en posesión del comprador que la recibió del vendedor, la acción de nulidad se actuará por el vendedor contra este único poseedor.

Pero cuando la cosa está poseída en concepto de dueño por un tercero causahabiente del comprador, a quien la compró y de quien recibió la tradición, hay que distinguir dos supuestos.

Si el vendedor que hizo tradición *conoce* que el poseedor en concepto de dueño es causahabiente del comprador, por acumulación subjetiva, podrá actuar simultáneamente contra el comprador y contra el subcomprador para que se declare que la propiedad pertenece al vendedor por ser nulo el contrato de venta y haberse revendido la cosa que no pertenecía al revendedor, que era cosa ajena, propia del demandante.

En cambio, si el vendedor que hizo tradición *desconoce* que el poseedor en concepto de dueño es causahabiente del comprador podrá demandar al poseedor en concepto de dueño ejercitando la acción reivindicatoria, fundándola en su título de adquisición, no en la nulidad de la venta. Pero si el poseedor contesta oponiéndose por ser propietario a causa de un determinado título de adquisición, que en el caso analizado sería el contrato de reventa seguida de tradición, el demandante tendrá que replicar pidiendo la

declaración de «nulidad» del «título» de pertenencia del poseedor por haber comprado una cosa no perteneciente al revendedor sino al demandante, para lo que tendrá que probar la «nulidad» del «título» de pertenencia al revendedor, por ser nulo su título de compra al demandante.

Según la jurisprudencia española histórica, cuando el «título» de la aparente adquisición por el comprador es declarado «nulo» también el alegado «título» de pertenencia al subcomprador es declarado «nulo». Esto significa que el «título», es decir, el «fundamento de la pertenencia del derecho» (no el simple título de la teoría del título y el modo), es de «nula validez», es «nulo», no es «válido», cuando la cosa no pertenece a quien la vende y entrega, cuando el derecho de propiedad revendido no pertenecía al revendedor, que resulta ser un vendedor de cosa ajena. Es decir, que el calificativo «nulidad» no se refiere sólo al contrato, o al contrato y a la tradición, sino también a la falta del presupuesto objetivo del contrato traslativo que es la pertenencia del derecho al transmitente.

Lo que se ha dicho de la acción de nulidad del contrato se ha de referir a la acción declaratoria de la nulidad de pleno derecho, pero también a la acción de anulación del contrato anulable, y a la acción de resolución del contrato resoluble.

7.2. Se suele decir que la acción para la declaración de rescisión del contrato rescindible es una acción *personal* para significar que la rescisión del contrato de venta, que obliga al comprador a devolver la posesión de la cosa al vendedor propietario, no perjudica por derivación al subcomprador, a menos que se pruebe que subcompró de mala fe (art. 1.295, 2, CC), porque conocía la causa de la posible rescisión declaratoria de la no pertenencia del derecho al revendedor (subvendedor).

Excepción al principio rigurosa de la adquisición derivativa (nadie da lo que no tiene) que implica una «expropiación» de la cosa *in natura* sustituida por el precio de la reventa al que tiene derecho el propietario «expropiado», sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios. Esta solución no implica que sea abstracta la tradición del vendedor al revendedor. Como tampoco es abstracta la tradición de un cuasi contratante al otro cuasi contratante de un «cuasi contrato de pago y cobro de lo indebido, por error» (art. 1.897, punto segundo, CC). Quedó analizado detenidamente en el estudio tercero de los recopilados en el libro citado en la nota al pie núm. 2.

Obsérvese que la situación del subcomprador que ignoraba la causa de la posible rescisión (art. 1.295, 2, CC) es similar a la del subcomprador de buena fe porque ignoraba la causa de la posible declaración de nulidad, anulación o resolución del título adquisitivo inscrito del revendedor (titular registral del dominio) cuando el subcomprador inscribe su título de compra y entrega (art. 34 LH).

8. En relación con la venta y entrega de cosa ajena procede considerar algunos supuestos específicos, que pueden implicar irreivindicabilidad por el propietario de la cosa vendida por otro como cosa propia.

8.1. El artículo 464 del Código Civil regula la venta y entrega de cosa mueble por el poseedor no propietario que se atribuye la propiedad.

En cuanto a la venta mercantil (reventa por el comerciante) el Código Civil deja subsistente lo ordenado por el Código de Comercio (art. 85 C. de C. y art. 464, p. final CC). El supuesto se configura legalmente como «prescripción de derecho», como si se tratara de una usucapión adquisitiva a favor del comprador, pero instantánea, sin plazo de uso. Se trata, más bien, de una «norma», una «prescripción del Derecho», oponible como excepción a la reivindicación en el caso de compraventa «de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público» con entrega del dinero del precio y de la cosa (compra al contado, cumplida).

Respecto a la venta civil, el principio general, reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es la reivindicabilidad de la cosa, *in natura* (art. 464, 1, CC).

Sólo que cuando el propietario perdió la posesión por extravío o por sustracción (robo o hurto) de la cosa que otro posee por entrega del vendedor que la halló o sustrajo, el propietario tendrá que reembolsarle «el precio dado por ella» si quiere que el comprador poseedor se la restituya, anticipándole así la restitución del dinero del precio por el que se la vendió (art. 464, 2, CC).

El Código Civil no condiciona la restitución al propietario cuando el poseedor en concepto de dueño es un causahabiente de quien contrató con el propietario una mediación posesoria, por causa de comodato, depósito, o prenda, por ejemplo, e ilícitamente vendió y entregó como propia la cosa ajena. Antes apunté que el Código Civil no se refiere a este caso porque más bien se trata del ejercicio por el propietario de una acción personal dirigida contra quien contrató con él y, además, contra su causahabiente conocido, para que sea éste quien restituya la posesión. Puesto que sólo cuando sea desconocida la relación jurídica contractual existente entre el poseedor actual de la cosa y quien se la apropió indebidamente al venderla y entregarla, es cuando el propietario prácticamente no tendrá otra solución que ejercitar la acción reivindicatoria.

8.2. El artículo 1.473, párrafo segundo, del Código Civil, que se limita a aplicar lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (o sea, por el art. 32 de la Ley Hipotecaria vigente), se refiere a la venta en escritura notarial de la finca que el titular registral del dominio ya ha vendido a un primer comprador mediante escritura notarial de venta y entrega, cuando el segundo comprador, que no compra con mala fe, se anticipa al primer comprador en la presentación de su título formal en el

Registro de la Propiedad. Implica la pérdida del derecho de propiedad por el primer comprador, que lo adquirió por compra y entrega de la finca, porque no aseguró su adquisición inscribiendo el título adquisitivo, dando lugar a que el derecho de propiedad pasara a pertenecer al segundo comprador. Se trata de otro supuesto de venta de cosa ajena que resulta irreivindicable por el que civilmente fue el verdadero propietario y perdió la propiedad.

8.3. También son supuestos de venta de cosa ajena y de pérdida del derecho de propiedad por irreivindicabilidad aquellos en que el poseedor en concepto de dueño es un comprador de buena fe cuyo vendedor tradente parecía haber adquirido por contrato que judicialmente se declara rescindido (art. 1.295, 2, CC) o por cuasi contrato que judicialmente se declara cuasi rescindido (art. 1.897, 2, CC).

8.4. Otros supuestos de venta de cosa ajena con irreivindicabilidad pueden resultar de la aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, que se considerarán más adelante.

9. El Código Civil italiano no incluye un precepto en el que se deduzca, sin perjuicio de la prueba en contra, que el poseedor en concepto de dueño posee con título adquisitivo del derecho de propiedad, similar al artículo 448 del Código español.

9.1. En el Capítulo que trata «De las acciones en defensa de la propiedad», el artículo primero, número 948, sobre la «Acción reivindicatoria», dispone que «El propietario puede reivindicar la cosa de quienquiera que la posea o detente...».

En el libro sexto «De la tutela de los derechos», después del Título I, «De la transcripción», el Título II «De las pruebas», en la «primera» de las disposiciones generales, el artículo 2.697, sobre «La carga de la prueba», dispone que «Quien quiere hacer valer un derecho *en juicio* debe probar los hechos que constituyen el fundamento. Quien excepciona la ineficacia de tales hechos o bien excepciona que el derecho se ha modificado o extinguido debe probar los hechos sobre los que se funda la excepción».

«De la prueba documental» (C. II) y «Del *acta pública*» (S.I.), el artículo primero, núm. 2699, «Acta pública», define que «El acta pública es el documento redactado, con las formalidades requeridas, por un *notario* o por otro oficial público autorizado con la atribución de pública en el lugar donde el acta se ha formado». Se refiere a la que nosotros llamados *escritura pública*.

A continuación, el artículo 2.700, «Eficacia del acta pública», dispone que «El acta pública hace prueba plena, hasta la querella de falsedad, de la procedencia del documento del oficial público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de los otros hechos que el oficial público atestigua ocurridos en su presencia o realizados por él».

Seguidamente trata «De la escritura privada», de su eficacia (art. 2.702), de la firma autenticada (art. 2.703) y de la fecha contra tercero (art. 2.704).

9.2. Por otra parte, en el Capítulo «De los modos de adquirir la propiedad», el artículo primero, número 922, epigrafiado «Modos de adquisición» dispone que «La propiedad se adquiere por ocupación, por hallazgo... por efecto de los contratos... y por otros modos establecidos por la ley». Se parece mucho a nuestro artículo 609, 2, CC.

En la Sección «De la ocupación y del hallazgo», el artículo 931 «Equiparación del poseedor o detentador al propietario» dispone que «... se equiparan al propietario, según las circunstancias, el poseedor y el detentador «en cuanto a la restitución al propietario de la cosa encontrada (art. 927), a la publicación del hallazgo (art. 928), a la adquisición de la propiedad por el que encuentra la cosa después de transcurrido un año (art. 929) o al premio debido al que la encontró por el propietario que la recupera (art. 930). Puede considerarse un aspecto efectivo de la posesión como apariencia de la propiedad a la que responde el artículo 448 CC.

En el Título «De la posesión», Capítulo I «Disposiciones generales», el artículo 1.142, «Posesión de buena fe» dispone que «Es poseedor de buena fe el que posee ignorando que lesiona el derecho de otro. La buena fe no se estima si la ignorancia depende de culpa grave. La buena fe se presume y basta que existiera en el momento de la adquisición».

En la regulación «De los efectos de la posesión» se incluye la «De los derechos y obligaciones del poseedor en la restitución de la cosa» (S. I), la «De la posesión de buena fe de bienes muebles» (S. II), «De la usucapión» (S. III) y «De las acciones en defensa de la posesión».

En la Sección «De la posesión de buena fe de bienes muebles», el artículo primero, número 1153, «Efectos de la adquisición de la posesión», dispone que «Aquel a favor de quien se enajena un bien mueble por quien no es el propietario adquiere la propiedad mediante la posesión siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y subsista su título idóneo para la transmisión de la propiedad» (con lo que adquiere *a non domino*). La propiedad se adquiere libre de derechos de otros sobre la cosa, si éstos no resultan del título y el adquirente es de buena fe. Del mismo modo se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda».

Si bien, según el artículo siguiente, número 1.154, «Conocimiento de la ilegítima procedencia de la cosa», «El que ha adquirido conociendo la ilegítima procedencia de la cosa no puede alegar la errónea creencia de que su transmitente (autore) o un precedente poseedor haya devenido propietario».

La misma Sección incluye el artículo 1.155, «Adquisición de buena fe y precedente enajenación a otro», por el que «Si alguno con sucesivos

contratos enajena a varias personas un bien mueble, aquella que ha adquirido de buena fe la posesión es preferente a las otras, aunque su título sea de fecha posterior». La solución prácticamente coincide con la del artículo 1.473, 1, CC español.

V. PERIODO DE PENDENCIA DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN LEGAL

1) Supuesto examinado.

1. En el Derecho español vigente, cuando la venta y la tradición quedan probadas mediante la misma escritura notarial (art. 1.218 y art. 1.462, 2, CC), NO EXISTE un período intermedio entre la perfección del contrato de venta de una finca y la tradición que consolida la adquisición contratada del derecho de propiedad, es decir, no existe un período de pendencia del cumplimiento de la condición legal del efecto traslativo del contrato.

Este caso es, prácticamente, el *único* caso para los notarios que autorizan las llamadas escrituras de compraventa y para los registradores de la propiedad que inscriben los títulos traslativos escriturados.

En tal caso, lo que importa considerar es el período intermedio entre la autorización de la escritura notarial, que prueba la adquisición del derecho de propiedad por compra a un titular registral, y la presentación de la copia de la escritura en el Registro de la Propiedad, para que la adquisición, consolidada a favor del comprador en el momento de la autorización de la escritura, quede registralmente asegurada contra el riesgo de que llegue a producirse el efecto registral atributivo del dominio a quien se le anticipe a presentar un título formal de *aparente* adquisición a causa de venta mediante entrega (art. 1.462, 2, CC) realizadas por el que, después de haber dejado de ser propietario y poseedor en concepto de dueño, continúa figurando en el Registro como propietario (art. 32 LH y art. 1.473, 2, CC).

2. En el Derecho español vigente, cuando la venta se contrata en documento privado o verbalmente, y no queda inmediatamente seguida de la tradición, existe un período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de venta, de una finca o de una cosa mueble, y el momento en que la tradición consolida la adquisición contratada.

La consideración de este caso es importante actualmente, y más aún lo será después de la reforma, cuando la inscripción de la compra de una finca pase a ser necesaria, como ahora lo es la tradición a efectos de la transmisión del dominio, si se demora la presentación en el Registro de la escritura notarial de compra (como a veces ocurre con la actual escritura de consti-

tución de hipoteca), suponiendo que llegue a otorgarse la compra en escritura notarial.

Para concretar el supuesto de hecho y no complicar el análisis preciso, me voy a referir, como caso muy posible en algunas regiones españolas, a la venta de un campo no inmatriculado, que se dice propiedad del vendedor quien es el poseedor en concepto de dueño, mediante documento privado sin cláusula de constituto posesorio (art. 1.463 CC), cuando el contrato no va seguido inmediatamente de la tradición de manera que ante tercero el vendedor conocido como poseedor en concepto de dueño continúa siendo presunto propietario con libertad de disposición (art. 448 CC), aunque el documento haya pasado a ser de fecha fehaciente porque el vendedor ha fallecido antes de hacer la entrega (art. 1.227 CC).

También habrá que aludir al caso de la venta por un comerciante mayorista a un comerciante minorista según contrato privado concertado en firme entre el representante del vendedor y el comprador, cuando la mercancía genérica vendida aún continúa en el almacén del vendedor y el precio se ha de cobrar después de entregar la mercancía.

En cualquier caso, el comprador no puede exigir la entrega de la cosa si no ha pagado el precio no aplazado contractualmente (art. 1.466 CC), más aún en caso de venta de *cosa mueble*, para la que no suele autorizarse escritura notarial.

2) Derecho vigente.

1. Pedro Gómez de la Serna, en su Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, explica la reforma que la Ley introduce: El contrato de compraventa, por sí solo, no transmite el dominio al comprador y (si el comprador ha pagado el precio no aplazado contractualmente) la tradición posterior *consume* la transmisión; pero no «respecto a todos» (*erga omnes*), cuando el vendedor sea el titular registral del dominio, a menos que el comprador presente a inscripción la copia de la escritura notarial que conforma y prueba su título traslativo adquisitivo (art. 3 LH) antes de que un eventual segundo comprador presente a inscripción su escritura de compra, porque la nueva ley atribuye la propiedad a este presentante segundo comprador, excepto si, en el momento de comprar, *conocía* la existencia del primer *contrato* de compraventa. La ley protege al comprador que confía en que el derecho de propiedad pertenece al titular registral del dominio, si es diligente en la presentación de su escritura en el Registro. La ley perjudica al comprador que confía en que el derecho de propiedad pertenece al titular registral del dominio si, por su negligencia, resulta que un eventual segundo comprador se le anticipa en la presentación registral. Prácticamente, el título de adquisición a causa de compra no surte efecto «respecto a todos» (*erga omnes*) en cuan-

to es inoponible al tercero comprador protegido por el artículo 23 (hoy 32) de la Ley.

2. Sin embargo, según Angelo Chianale (52), al publicarse al Código Civil prusiano de 1794 y el Código Civil austriaco de 1811, la doctrina alemana entendía que, conforme a la teoría del título y el modo y del *jus ad rem*, por efecto del contrato de venta de cosa específica no seguido inmediatamente de su tradición, *respecto a tercero* el vendedor es el presunto propietario en cuanto aparentemente continúe siendo poseedor en concepto de dueño, pero *inter partes* el comprador es el propietario desde el momento de la perfección del contrato.

3. Se puede intentar conciliar la exposición de Pedro Gómez de la Serna y la exposición «alemana» y superar sus diferencias aparentes considerando atentamente la concepción de la *actio* en el Derecho romano, que fundamenta la teoría del título y el modo.

Según el Derecho romano común europeo, el comprador, antes de recibir la entrega de la cosa, puede actuar contra el vendedor *poseedor* ejercitando la acción personal contractual *ex empto* para que le transmita la posesión de la cosa, pero no puede actuar contra el vendedor *poseedor* ejercitando la acción real, reivindicatoria, porque ésta deriva del derecho de propiedad para que el propietario desposeído pueda recuperar la posesión, y porque no cabe ejercitar una acción real, que exige probar la pertenencia del derecho de propiedad para obtener la posesión, cuando se puede ejercitar una acción personal, que sólo exige probar el derecho contractual a recibir la posesión.

Sin olvidar que el comprador puede ejercitar la acción reivindicatoria en los casos siguientes:

Contra el tercero poseedor, cuando el vendedor está desposeído en el momento de la perfección del contrato de venta, denominado contrato de cesión de la acción reivindicatoria (C. 4.39.9; D. 6.1.63).

Contra el que le vendió la cosa y se la entregó, cuando el comprador perdió la posesión de la cosa recibida y el que le vendió pasó a ser el nuevo poseedor en concepto de dueño, atribuyéndose la propiedad (D. 6.1.63).

Desde este punto de vista puede decirse que durante el período de pendencia del posible cumplimiento, voluntario o forzoso, de la obligación de transmitir la posesión en concepto de dueño de la cosa, que es también el período del cumplimiento de la condición legal de la transmisión de la *prueba* por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño, el vendedor, ante tercero conserva la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad y es el propietario presunto según una ley (art. 448 CC), mientras que el vende-

(52) CHIANALE (ANGELO), *ob. cit.* (4), pág. 3.

dor, ante el comprador, ya no es el propietario, según el contrato y las «reglas operativas» legales aplicables.

3.1. El vendedor, ante tercero, parece ser el propietario, es el propietario aparente, es el propietario presunto según una ley (art. 448 CC).

Antes de vender fue el propietario y el poseedor en concepto de dueño.

Pero en el momento de la perfección del contrato dispuso traslativamente de su derecho de propiedad y quedó vinculado irrevocablemente.

Desde entonces, ya no es un poseedor en concepto de dueño con libertad para disponer del derecho de propiedad sobre la cosa y para responder con la cosa de sus deudas a terceros. Ya no lo es aunque objetivamente parezca serlo, en cuanto tiene la cosa bajo su poder físico, de hecho, inmediatamente. Ya no lo es aunque maliciosamente procure ocultar la venta contratada pero no seguida de tradición. Ya no lo es aunque ilícitamente vuelva a disponer del derecho de propiedad, transmitiéndolo o gravándolo, como si le perteneciera y tuviera la libre disposición del mismo.

El tercero no tiene posibilidad de saber si el que tiene la cosa bajo su poder físico, de hecho, inmediatamente, es un poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño, como mediador posesorio del propietario, que es otra persona, el comprador, según resulta de una prueba documental de la pertenencia del derecho de propiedad conforme a otra ley (art. 1.462, 2, CC), una prueba que es precisa pero que no es de posible conocimiento público, a diferencia de la prueba por presunción legal deducida de la posesión, que no es precisa pero se considera que es públicamente conocida (art. 448 CC).

3.2. La situación del vendedor ante el comprador no es la de un aparente propietario, porque el comprador (antes de recibir la posesión), respecto al vendedor es el propietario según el contrato y según las «reglas operativas» legales aplicables.

3.2.1. Por una parte, sufre la pérdida fortuita de la cosa sin por ello quedar exonerado de pagar el precio contratado (*periculum*) (art. 1.185 CC), aunque se subrogue en los derechos del vendedor contra tercero obligado a indemnizar por la pérdida (*commodum*).

También le corresponden al comprador las eventuales minusvalías o plusvalías de la cosa que sean posteriores al momento de la perfección del contrato.

3.2.2. Por otra parte, tiene derecho a los frutos de la cosa desde el momento de la perfección del contrato (art. 1.468, 2, CC), incluso a los frutos pendientes al tiempo de la perfección del contrato (art. 1.095 CC).

3.3. Pero el comprador, por sí solo, no puede tomar posesión de la cosa, ni de los frutos (art. 1.096 CC), de manera que, por sí solo, no puede desvirtuar esta apariencia de pertenencia del derecho al vendedor poseedor.

Además, aunque el vendedor está obligado a entregar la cosa, y los

frutos, desde el momento de la perfección del contrato (arts. 1.445 y 1.468, 2, CC), esta obligación sólo es *exigible* sinalagmáticamente, de manera que el vendedor tiene derecho a *retener* la cosa, aunque como vendedor y no como propietario con libertad de disposición, mientras el comprador no le entregue el dinero del precio, a menos que el pago de éste haya quedado aplazado contractualmente (art. 1.466 CC). Y ambas entregas sólo son exigibles por dicho orden, primero la entrega del dinero y después la entrega de la cosa, salvo acuerdo, contractual o posterior al contrato.

3.4. En consecuencia, si el vendedor no realiza la entrega inmediatamente después de la perfección del contrato, debe conservar la cosa que ha de entregar al comprador, para que no perezca o se deteriore físicamente.

Debe conservar la cosa con la diligencia propia de un buen padre de familia y responde con su patrimonio si incumple su deber (arts. 1.094 y 1.104 CC).

Es más, si la cosa se pierde, se presume que la pérdida ocurrió por su culpa y no por causa fortuita, salvo prueba en contrario (art. 1.183).

Si se prueba que tiene la culpa o él no prueba que la pérdida fue fortuita, deberá indemnizar al comprador los daños y perjuicios, incluso teniendo en cuenta el valor de la cosa en el momento de la pérdida, siempre dentro de los límites marcados por la facultad moderadora del Juez (art. 1.103).

Y la misma solución se aplica, aunque pruebe que la pérdida fue fortuita, cuando retrasó la entrega (*mora debitoris* del artículo 1.100, 2, CC) o cuando volvió a vender la misma cosa a otra persona (art. 1.096, 3, CC).

La obligación de conservar incluye la de oponerse a que un tercero le despoje de la posesión de la cosa.

La obligación de conservar incluye también la de no someterse, unilateralmente (sin contar con el comprador) a la acción ejecutiva de sus acreedores que intenten hacer efectiva sobre la cosa su responsabilidad patrimonial universal, subastándola.

3.5. El período de pendencia puede terminar por la imposibilidad del cumplimiento forzoso, cuando la ley atribuye la propiedad a un tercero que es un segundo comprador de buena fe y así se *frustra* la consolidación de la adquisición condicionada del derecho por el comprador (art. 1.473, 1 y 3 pr CC).

3.6. Pero, normalmente, el período de pendencia termina por el cumplimiento, voluntario o forzoso (puesta en posesión por el Juez), de la obligación de entregar asumida por el vendedor, que es el cumplimiento de la condición legal (art. 609, 2, y art. 1.095 CC) que *consolida* la adquisición condicionada del derecho por el comprador.

Por todo esto, ni es acertado entender que el cumplimiento realizado de la condición legal, que la transmisión de la posesión en concepto de dueño,

consume el efecto contratado, retroactivamente, como si se hubiera realizado el cumplimiento de una voluntaria condición suspensiva, ni es acertado entender que *consolida* el efecto contratado y producido en el momento de la perfección del contrato, como si se hubiera realizado el incumplimiento de una voluntaria condición resolutoria.

Más bien puede decirse que el cumplimiento realizado de la condición legal, de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, *consolida* la adquisición condicionada, desde el momento de la perfección del contrato, adquisición que estuvo sometida al riesgo de frustración por imposibilidad del cumplimiento forzoso resultante de la apariencia legitimadora del poseedor como propietario (art. 448 CC) y de la atribución legal del dominio a un eventual segundo comprador de buena fe (según documento privado o según escritura notarial) que recibiera la posesión (en su caso, mediante tradición instrumental conforme al artículo 1.462, 2, CC) entregada por el vendedor (aparentemente poseedor en concepto de dueño con libertad de disposición) (art. 1.473, 1, y 3, pr. CC). Con este sentido puede decirse que la condición legal *suspensiva* no es análoga a la condición voluntaria suspensiva, si se quiere utilizar la expresión condición legal suspensiva.

3.7. «Principio proclamado» por el Código Civil, principio teórico legal, es que el derecho de propiedad se transmite y adquiere *a causa* o por efecto («por consecuencia» dice la ley) de un contrato traslativo como el contrato de compraventa, pero «*mediante* la tradición» (art. 609 CC), en el momento de la *transmisión de la posesión* en concepto de dueño de la cosa (art. 1.095 CC).

Sin embargo, las expresadas «reglas operativas» legales aplicables al caso matizan el principio proclamado, de tal manera que, legal y prácticamente, el derecho de propiedad se transmite del vendedor al comprador y lo adquiere el comprador en el momento de la *perfección del contrato* de compraventa, pero *condicionalmente*.

La adquisición condicionada legalmente *se consolidará* si se realiza y en el momento en que se realice la transmisión de la posesión en concepto de dueño al comprador, voluntariamente, mediante la tradición por el vendedor poseedor (art. 1.095 CC), o forzosamente, mediante la supletoria puesta en posesión por el Juez pese a la oposición del vendedor poseedor (art. 1.096 CC).

Pero la adquisición condicionada legalmente *se frustrará*, porque no será posible la supletoria puesta en posesión por el Juez, si el vendedor poseedor, que no hizo tradición al comprador, vuelve a vender la misma cosa a un tercero (segundo comprador), que desconoce la existencia de la primera venta, y le entrega la cosa, ya que éste deviene propietario.

Según el principio fundamental que resulta de aplicar el principio proclamado conforme a las reglas operativas, el comprador adquiere el derecho

de propiedad sobre la cosa comprada, a causa del contrato y en el momento de su perfección, SI se cumple la condición legal, si se le transmite y adquiere la posesión en concepto de dueño que tiene el vendedor propietario poseedor.

El artículo 1.095 del Código Civil, al decir que el comprador, acreedor a la entrega de la cosa, «no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada», de acuerdo con la usual exposición española, tanto de la teoría del título y el modo como del concepto del derecho real y de la acción reivindicatoria considerados derecho y acción oponibles *erga omnes*, significa que, hasta el momento de la entrega, el comprador tan sólo puede ejercitar contra el vendedor poseedor una acción personal de entrega y no una acción reivindicatoria, es decir, que no puede ejercitar contra el vendedor una acción que deriva del derecho real de propiedad para recuperar la posesión por lo que, en este sentido, no puede considerarse que sea propietario. Esta «explicación» usual, como ya dije antes, se aclara al considerar la concepción de la *actio* en el Derecho romano, en el que se fundamenta la teoría del título y el modo.

He de insistir en que el contrato de compraventa español es primordialmente *traslativo* y consecuentemente *obligatorio*; en que su aspecto *obligatorio* se manifiesta en la constitución de facultades y acciones personales, entre vendedor y comprador, que integran el mal llamado «derecho de crédito» del comprador contra el vendedor; y en que su aspecto *traslativo* se manifiesta en la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa vendida, que pertenece al vendedor y se quiere pase a pertenecer al comprador, aunque la efectividad plena de la adquisición causada contractualmente, en el momento de la perfección del contrato, queda *condicionada legalmente* a la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa, que es la transmisión de la prueba *erga omnes*, por presunción legal (art. 448 CC), de la pertenencia del derecho de propiedad, antes al vendedor y después al comprador, y que *consolida* la adquisición del derecho, de manera que la adquisición por el comprador, hasta el momento de la actuación de la transmisión de la posesión, es una adquisición *condicionada* por el riesgo de *frustración* en caso de segunda venta de la misma cosa por el vendedor.

Hay que tener en cuenta, por otra parte, que la condición legal, de transmisión de la posesión en concepto de dueño del vendedor al comprador, se fundamenta en la apariencia o presunción de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño como prueba oponible a otros (*erga omnes*), una apariencia y presunción que hoy está expresamente configurada como presunción legal (art. 448 CC).

También hay que tener en cuenta que el *conocimiento* de la existencia del contrato de compraventa aún no seguido de tradición —en cuanto se

trata de un contrato que transmite la propiedad al comprador, aunque sea mediante la tradición— excluye la necesidad de una nueva prueba de la existencia del contrato que sea prueba oponible a otro (*erga omnes*), como un documento privado de fecha fehaciente (art. 1.225 CC), oponible a otro (en particular a un segundo comprador en el caso de doble venta).

Desde este punto de vista, la tradición no es requisito *sine qua non* para la prueba de la transmisión contratada por compraventa. La prueba deducida legalmente de la posesión consecuenta a la tradición de la cosa (art. 448 CC) no excluye la prueba directa del contrato causa de la transmisión, por exhibición del documento privado de fecha fehaciente que conforma y prueba el contrato, o por confesión (u otra prueba) del conocimiento de la existencia del contrato.

Obsérvese, además, que la posibilidad del conocimiento del contrato de compraventa de una finca que se ha publicado mediante su inscripción es el fundamento de la denominada inscripción constitutiva que se preconiza, y que el conocimiento extrarregistral (probado) del contrato determina la *oponibilidad* a tercero de lo no registrado (arts. 32 y 34 LH).

3.8. Obsérvese que según el Derecho italiano (art. 1.155 del CC de 1942), en caso de doble venta de cosa mueble con entrega de la posesión al segundo comprador, de buena fe presunta, resulta que el primer comprador *pierde* la propiedad que adquirió en el momento de la perfección del contrato de compraventa, porque la adquiere el segundo comprador.

La solución del caso, la «regla operativa», *prácticamente* es la misma que en el Derecho español (art. 1.473, 1, CC).

Obsérvese, además, que según el Derecho italiano (art. 1.460 CC, 1942) el vendedor que aún no ha entregado la cosa tiene derecho a *retener* la cosa vendida mientras no se le pague el precio, pero con la obligación de *conservar* la cosa (que ya es propiedad del comprador) hasta que la entregue.

La solución del caso, la «regla operativa», *prácticamente* es la misma que en el Derecho español (art. 1.466 y art. 1.094 demás referentes a la obligación de conservar, la cosa y los frutos, así como el art. 1.185 y demás referentes al sometimiento a los riesgos de pérdida de la cosa).

3.9. Para precisar las ideas conviene considerar con algún detenimiento los supuestos de doble venta, de pérdida de la posesión que conservaba el vendedor, de la quiebra del vendedor y del embargo de la cosa vendida.

En este análisis hay que huir de la tentación de pensar con ideas propias del sistema alemán, en el que se configuran como compartimentos diferenciados, y en cierto modo estancos, el ámbito de los derechos personales o derechos *Ínter partes*, que nacen de acuerdos obligatorios exclusivamente, por contratos como el de la venta alemana, y el ámbito de los derechos reales o derechos *erga omnes*, que se adquieren por acuerdos reales inte-

grantes de negocios dispositivos de transmisión del dominio, dicotomía extremada que conduce a deducciones desorbitadas para el Derecho español en el que sólo incorrectamente se puede decir que la tradición produce el paso de un derecho *inter partes* a un derecho *erga omnes*, o el paso de un *jus ad rem* a un *jus in re*, porque el contrato de venta, latino, no obliga a transmitir el derecho de propiedad (como entendió Savigny) sino que transmite el derecho de propiedad, sin obligación intermediaria, aunque se transmita con algún condicionamiento legal. Domat indujo el confusionismo al referirse a los «efectos de las *obligaciones*» para aludir a los efectos de las *vinculaciones* contractuales, es decir, a los «efectos de los contratos».

4. Si el vendedor en documento privado (no en escritura notarial), antes de entregar la cosa al comprador, la vuelve a vender, a un tercero, que será un segundo comprador, y le hace entrega de la cosa, hay que considerar el tratamiento legal específico de la doble venta (art. 1.473 CC), que he estudiado detenidamente con anterioridad (53).

La atribución del dominio al comprador segundo si es el primero que toma posesión se funda en que es el primero en quien se cumple la condición legal adicional al contrato (art. 1.473, 1, respecto a cosa mueble, y art. 1.473, 3, parte 1.^a respecto a finca no inmatriculada) en cuanto el vendedor por segunda vez que aparenta poseer en concepto de dueño (ilícitamente porque ya ha vendido y dispuesto de su derecho) es el propietario *presunto* (art. 448 CC).

Pero esta atribución queda excluida si se prueba que el segundo comprador conocía la existencia de la primera venta y disposición del derecho de propiedad, si se prueba que era un tercero de mala fe porque compró lo que sabía que ya estaba vendido a otro (art. 1.473, 1, y 1.473, 3, 1, CC), de manera que para él su vendedor ya no era un propietario *presunto*, puesto que la presunción legal del artículo 448 queda desvirtuada por el conocimiento de la realidad de la existencia de un contrato de compraventa, *dispositivo-traslativo* y consecuentemente obligatorio, que es oponible a tercero no contratante cuando conoce su existencia así como cuando se le prueba su existencia mediante documento fehaciente, notarial (art. 1.218 CC) o privado (arts. 1.225 y 1.227 CC).

Hay que insistir en la expresada regla operativa y en su excepción.

4.1. La atribución del dominio al segundo comprador exige quede probado que es poseedor en concepto de dueño.

Pero la prueba no se refiere, exclusivamente, como algunos opinan, a que sea primero en la posesión *real*, entendida como posesión *inmediata*. La posesión puede probarse con la prueba del momento de la tradición que es el momento en que se transmite la posesión en concepto de dueño, sea la

(53) V. libro (2), pág. 556; 168, 5; 395, 5; 460, V.

tradición real de la posesión inmediata, sea la tradición «ficticia» de la posesión mediata, sea el pacto de constituto posesorio si éste se puede probar, con documento privado que incluya una cláusula de pacto expreso (art. 1.463 CC) o acaso con testigos, aunque este medio de prueba resulte de difícil apreciación. Porque en España no rige el Derecho alemán que exige la tradición *real* de la posesión inmediata o un sucedáneo sustitutivo que es un acuerdo de *cesión* de la acción personal contra el mediador posesorio.

4.2. Hasta aquí lo que se refiere a la regla operativa. Pero, sobre todo, hay que considerar la excepción a la misma, el supuesto de mala fe del comprador, una mala fe que consiste en el conocimiento de la existencia de un primer contrato de venta en el momento de la perfección del segundo contrato de venta.

No se trata del conocimiento de un simple derecho de crédito dinerario, ni del conocimiento de un derecho a recibir la posesión en cumplimiento de una obligación de dar la posesión en concepto distinto al de dueño de la cosa.

Se trata del conocimiento de un contrato de venta por el que el vendedor de cosa específica ha dispuesto de su derecho de propiedad para que lo adquiera el comprador, a quien está obligado a transmitir la posesión en concepto de dueño que es la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al aparente y presunto propietario. Un contrato a causa del cual el comprador pasa a ser el nuevo propietario, aunque ante tercero el vendedor, que continúe como poseedor, aparente ser el propietario, presunto (art. 448 CC). Un contrato que puede ser opuesto a tercero (no contratante) cuando el contrato se prueba con documento de fecha fehaciente (arts. 1.225 y 1.227, CC, porque estamos hablando de documento privado de la primera venta). Un contrato oponible, en particular, a un tercero concreto y determinado que es un segundo comprador de la misma cosa que conoce la existencia del primer contrato de venta (porque se le ha exhibido el documento que lo formaliza o, simplemente, porque ha oído hablar de él), si su conocimiento queda probado, porque la buena fe se presume salvo prueba en contra.

Esta consideración de la mala fe suele pasar desapercibida porque el análisis doctrinal casi siempre se limita a considerar el supuesto de buena fe del segundo comprador, su confianza en la legitimación a favor del poseedor, sin contraponerla a la legitimación a favor del primer comprador resultante del efecto probatorio contra terceros del documento fehaciente exhibido o conocido de otro modo.

Aún más frecuente es olvidar la legitimación documental a favor del primer comprador y tener en cuenta, solamente, la legitimación registral, resultante de la publicidad registral a favor del vendedor, cuando se trata

de un tercero comprador al titular registral del dominio que ya vendió en documento privado no seguido de tradición, si el tercero inscribe su título material documentado en escritura notarial de compra y tradición (art. 1.462, 2, CC).

4.3. Dijo el conferenciante (54) que en el caso de doble contrato de venta (o de doble «contrato de finalidad traslativa oneroso», según la sentencia de 17 de diciembre de 1984) «nuestro Derecho contempla un supuesto muy amplio en que se atribuye a la publicidad registral... una función... constitutiva», al atribuir la propiedad al segundo comprador si inscribe su contrato antes de que lo solicite el primero, según el párrafo 2.º del artículo 1.472, que es aplicable —según el conferenciante— al comprador inmatriculante, porque —según el conferenciante— el artículo 1.473 se refiere a un segundo comprador que contrata y realiza una adquisición *a vero domino*, cuando el vendedor no ha hecho tradición *real* al primer comprador, aunque le haya hecho tradición instrumental conforme al artículo 1.462, 2 CC, de manera que el artículo 1.473 «antepone los medios de publicidad —Registro y posesión— respecto del documento —título de fecha más antigua— como criterio preferencial para atribuir la propiedad a uno de los compradores que ha contratado con el mismo vendedor».

El artículo 1.473 —sigue diciendo— «da preferencia al comprador que primero inscribe en el Registro de la Propiedad; si no hay inscripción al primero que adquiera la posesión real, y si no hay posesión real al primero que documenta su título de adquisición», lo que implica «una relegación de la tradición instrumental», porque el artículo 1.473 «no niega a la escritura pública su eficacia traditoria —el artículo 1.473 (sigue diciendo) no deroga, siquiera circunstancialmente, el artículo 1.462— sino que niega su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad en el caso de doble venta», «porque si el primer comprador hubiese adquirido mediante escritura se habría convertido por ello en propietario» y «entonces no estaríamos en el caso de la doble venta sino en el caso de la doble *disposición* de cosa originariamente propia».

A mi juicio, esta opinión es una manifestación más del germanismo imperante en nuestra doctrina porque no tiene en cuenta que según el Derecho alemán sí que puede distinguirse la doble venta (el doble contrato *obligatorio*) de la doble disposición (del doble acuerdo *real* traslativo por sí solo), mientras que según el Derecho español el contrato de compraventa es un contrato primordialmente dispositivo traslativo y consecuentemente obligatorio, aunque la consolidación de la transmisión de la propiedad requiera la transmisión de la posesión en concepto de dueño para que el

(54) V. conf. (1), pág. 18. *La función de la publicidad registral en el Derecho vigente*.

vendedor deje de ser el propietario *aparente* y pase a serlo el comprador, en cuanto la posesión en concepto de dueño es la prueba por presunción legal de la propiedad (art. 448 CC).

En el Derecho español la venta es una *disposición* sometida a la condición legal de la transmisión de la posesión, y la segunda venta es una segunda *disposición*, tanto si se otorga antes de hacer tradición al primer comprador como si se otorga después, cuando ya se ha consolidado la transmisión del dominio por venta y entrega al primer comprador, incluso mediante escritura notarial porque el artículo 1.473 no deroga el artículo 1.462, 2 como reconoce el conferenciante.

4.3.1. Según el Código Civil (art. 1.473, párrafo tercero, primera parte), si la finca no está inmatriculada, cuando el propietario poseedor de la finca ha dispuesto traslativamente de su derecho por contrato de venta, verbal o en documento privado, no seguido de tradición, real o ficticia, y atribuyéndose injustamente la libre y plena pertenencia del dominio, aparentando poseer como propietario con libertad de disposición, vende la misma finca a un segundo comprador y se la entrega en concepto de dueño con libertad de disposición, al Derecho no sólo le importa la apariencia de pertenencia del derecho de propiedad deducida legalmente de la posesión (art. 448 CC) —que el vendedor continúa siendo el propietario *presunto* en cuanto es el poseedor en concepto de dueño, según manifiesta— sino que también le importa la existencia de la primera venta que es un contrato dispositivo traslativo del derecho de propiedad, aunque el vendedor continúe apareciendo como propietario *presunto* después de haber vendido, de manera que si un tercero *conoce* esta compraventa dispositiva queda afectado por ella, como si se le hubiere probado por exhibición de una escritura notarial de compraventa (art. 1.218 CC) que desvirtúa la presunción de pertenencia al vendedor, desde su fecha fehaciente, y ya no puede aducir confianza en la apariencia posesoria, en la presunción legal, es decir, que si compra la misma finca al que la vendió no compra de buena fe sino de mala fe, acaso cómplice del fraude al primer comprador, por lo que no adquiere la propiedad aunque obtenga la posesión y pase a ser el propietario *presunto* mientras no se impugne esta apariencia probando la mala fe del poseedor (segundo comprador).

Ahora bien, si la venta primera se otorga en escritura notarial y no se pacta contra lo dispuesto por la ley en el artículo 1.462, 2, el primer comprador adquiere la propiedad por compra y tradición instrumental, mediante el cambio del *animus* de la posesión, pero sin el cambio del *corpus* de la posesión, es decir, sin haber obtenido la posesión inmediata, por lo que le conviene obtenerla lo más pronto posible si el vendedor era el poseedor inmediato (sin mediador posesorio) y pasó a ser mediador posesorio (poseedor en concepto distinto al de dueño, incluso en precario),

en cuanto que si el vendedor, *ilícitamente*, aparentando ser propietario y poseedor *en concepto de dueño* (no simple mediador posesorio) vende la finca a un segundo comprador de buena fe y le hace entrega de la posesión *inmediata en concepto de dueño*, este segundo comprador y accipiente por tradición *real* adquiere la propiedad y, en el mismo momento, la pierde el primer comprador.

4.3.2. La Ley Hipotecaria de 1861, según resulta de la Exposición de Motivos, se refiere al caso en que el vendedor es el titular registral del dominio y el primer comprador es el nuevo propietario de la finca, por compra y entrega probadas mediante escritura notarial (art. 3 LH, cuando era cláusula de estilo en las escrituras de venta la cláusula expresa de constituto posesorio), cuya copia no ha sido presentada en el Registro, por lo que es propietario presunto, según el Registro, quien ya no es propietario y vende a un tercero (segundo comprador), cuando éste presenta en el Registro su copia de la escritura notarial de venta y entrega *aparente* (porque el vendedor ya no es propietario ni poseedor en concepto de dueño) antes de que el primer comprador presente su propia escritura de compra y entrega verdadera.

En este caso, el segundo comprador adquiere la propiedad que pierde el primer comprador negligente, a menos que pruebe que el segundo comprador actuó de mala fe porque conocía la primera venta, conforme a lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente.

El tercero a que se refiere dicho artículo no es un inmatriculante sino un tercero respecto a un título inscrito (respecto a una finca inmatriculada), «el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito» a favor de su causahabiente (art. 27 LH 1861), un tercero que, a su vez, inscribe su título de compra sin mala fe, confiado en la apariencia y en la presunción de exactitud del Registro.

Como veremos más adelante, en este sentido abundan las muchas páginas que el ilustre valenciano don Bienvenido Oliver dedica a la llamada «implantación del Registro».

El Código Civil de 1889, que no sigue el sistema del Proyecto de 1851 (anterior a la Ley Hipotecaria de 1861), se limitó a recoger la solución de la Ley Hipotecaria vigente, sin modificarla, en el artículo 1.473, párrafo segundo, que, por tanto, ni se refiere al inmatriculante ni se refiere a una inscripción «constitutiva», contra lo que opina el conferenciante.

La proyectada reforma tendría que modificar el párrafo segundo del artículo 1.473 para referirlo al inmatriculante, con independencia de la Ley Hipotecaria.

El comprador de una cosa mueble que no recibe la posesión del vendedor, quien continúa siendo el propietario *presunto* (art. 448 CC), corre el

riesgo de que se frustré su adquisición si el vendedor vuelve a vender la misma cosa y la entrega a un tercero al que ampara la ley si no es de mala fe, en cuanto confía en la apariencia posesoria y en la legitimación del poseedor (art. 1.473, 1, CC), de manera que el comprador en el momento en que recibe la posesión en concepto de dueño consolida su adquisición contratada.

La tradición, que no es un negocio de disposición sino que es la transmisión de la prueba por presunción legal de la propiedad (art. 1.462, 1, y art. 448 CC), (la transmisión de la situación posesoria base de la presunción legal de propiedad, la transmisión de la apariencia posesoria que legitima como propietario presunto al poseedor en concepto de dueño) *consolida* la adquisición por compra frente al tercero civil comprador.

Sin olvidar el «principio proclamado» de la adquisición por contrato de compraventa mediante la tradición, resulta, de la «regla operativa» para la doble venta, que el derecho de propiedad *se adquiere* a causa o por efecto del contrato de compra, *pero el comprador se ha de asegurar* lo más pronto posible contra el *riesgo* de la frustración de la adquisición, un riesgo que subsiste mientras el vendedor continúa siendo el propietario presunto en cuanto aparece ante tercero como poseedor en concepto de dueño.

El comprador de una finca inmatriculada que recibe la posesión mediante tradición probada con escritura notarial (art. 1.462, 2 CC) de una finca vendida por el titular registral de la propiedad corre el riesgo de perder la propiedad, adquirida por compra mediante tradición, si el vendedor que aún es titular registral vuelve a vender y aparentemente entrega la misma finca a un tercero al que ampara la ley si no es de mala fe, en cuanto confía en la apariencia registral y en la legitimación del titular registral (art. 1.473, 2, y art. 606 CC; art. 38, 1, y art. 32 LH), de manera que el propietario en el momento en que presenta a inscripción la copia de la escritura notarial de compra y entrega queda asegurado contra la pérdida de la propiedad frente a un tercero registral que se anticipa a presentar la copia de su escritura notarial de compra.

4.4. Finalmente, el párrafo tercero del artículo 1.473 decide la controversia entre los dos compradores con el vendedor, «faltando la posesión», a favor del que «presenta título de fecha más antigua» y no sea de mala fe.

El conferenciante, al parecer, interpreta el precepto refiriéndolo al supuesto en que el vendedor continúa poseyendo, de manera que ninguno de los dos compradores ha llegado a poseer.

Pero, a mi juicio, el precepto no se refiere a este supuesto porque si los dos compradores piden la entrega es evidente que por aplicación del artículo 1.096 y de los artículos 1.218 y 1.227 se llegaría al mismo resultado.

Creo que este párrafo se refiere al supuesto en que el vendedor está desposeído porque el poseedor en concepto de dueño es un tercero, de

manera que no puede hacer entrega a ninguno de los dos compradores, según expuse en un estudio anterior con bastante detenimiento (55).

5. Si el vendedor, después de la perfección del contrato y antes de la entrega, queda desposeído de la cosa vendida, según opinión común, él y solo él, podrá ejercitar el interdicto de recobrar o reivindicar contra el tercero poseedor.

Sin embargo, a mi juicio, ha de aplicarse el mismo criterio que estimo aplicable cuando el vendedor estaba desposeído desde antes del momento de la perfección del contrato y el comprador no conoció la desposesión hasta después de la perfección del contrato (dando por supuesto que la desposesión no se manifestó en el contrato).

Así, en caso de desposesión posterior al momento de la perfección del contrato, el comprador (que no opte por pedir la rescisión del contrato por incumplimiento de la obligación de entregar) prácticamente será cesionario del derecho incorporal del propietario desposeído, de manera que podrá, en nombre propio, ejercitar la acción interdictal de recobrar la posesión actuando contra el poseedor despojante o ejercitar la acción reivindicatoria, por aplicación del artículo 1.460, 2 del Código Civil (56).

Para esto tendrá que probar, contra el poseedor, su contrato de compra (cesión de derecho incorporal) y tratándose de contrato formalizado en documento privado éste habrá de ser fehaciente contra tercero, conforme a los artículos 1.225 y 1.227 del Código Civil, porque el poseedor es un tercero relacionado *ob rem* con el vendedor. También se podrá recurrir a la prueba testifical, dejando aparte la confesión o reconocimiento por el poseedor.

Desde luego, el comprador tendrá derecho a pedir la adecuada reducción del precio (art. 1.460, 2, CC), suponiendo que venza en el procedimiento contra el poseedor.

Esta es la misma solución del Derecho francés y del Derecho italiano (57).

Opino, pues, que el comprador no puede exigir que el vendedor ejercite el interdicto o la reivindicación, pese a la obligación del vendedor de conservar la posesión y pese a que el vendedor fue el poseedor despojado.

Tampoco el vendedor puede exigir que el comprador ejercite el interdicto o la reivindicación.

Si acaso el vendedor quisiera ejercitar la acción interdictal o la acción reivindicatoria debe actuar de acuerdo con el comprador que aún no ha llegado a ser poseedor en concepto de dueño.

(55) V. libro (2), págs. 566; 460-472.

(56) V. libro (2), págs. 472, 5, 566.

(57) CHIANALE (ANGELO), ob. cit. (4), pág. 17.

Todo ello sin perjuicio de la indemnización procedente a favor del comprador en caso de evicción, si no logra probar que el vendedor era el propietario al vender, supuesto que pidiera la oportuna cooperación procesal del vendedor.

5.1. Para fundamentar lo que acabo de exponer conviene recordar que cuando el vendedor *manifiesta* que le pertenece la cosa pero que la posee un tercero en concepto de dueño por lo que no puede hacer entrega de la posesión y el comprador acepta comprar sin que el vendedor quede obligado a entregar la posesión de la cosa, no se contrata una venta ordinaria o normal a la que se refiere el artículo 1.445 del Código Civil sino que se contrata una cesión del derecho incorporal de propiedad perteneciente al propietario desposeído a la que se refiere el artículo 1.526 del Código Civil. En tal caso, será el comprador quien podrá ejercitar la acción reivindicatoria para obtener la posesión de la cosa que el tercero injustamente posee en concepto de dueño, y será el comprador quien actuará en nombre propio, como cesionario del derecho de propiedad que pertenecía al vendedor o cedente.

Sin perjuicio de esto, cuando el comprador *conoce* la situación de desposesión del vendedor y ambos no quieren contratar una cesión de derecho incorporal sino una venta de cosa, es decir, del derecho de propiedad y de la posesión de la cosa, el vendedor se obliga a recuperar la posesión de la cosa para entregarla al comprador, aunque puede autorizar a éste para que ejercite la acción reivindicatoria del vendedor (cesión impropia). Este supuesto lo expuse detenidamente en los estudios citados en el libro referenciado en la nota 2.

La cuestión se complica cuando el comprador *desconoce* que compra una cosa poseída en concepto de dueño por un tercero y parece que compra una cosa poseída por el vendedor; sobre todo cuando el contrato se formaliza en escritura notarial, supuesto en el que «la generalidad de los autores», según Pau Padrón, cree que existe una tradición instrumental incorporal. Este supuesto, que es el objeto principal de los estudios citados en el libro referenciado en la nota 2, al que me remito, aquí se considera más adelante (v. 5.2.5).

Para explicar estas soluciones procede recordar que cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño de la cosa vendida, el acto o la actuación de la tradición puede ser ciertamente inmaterial, incluso muy inmaterial, hasta el punto que puede consistir en un acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor por pacto de constituto posesorio expreso (art. 1.463 CC) y, aún más, la ley presume que el acuerdo existe, o que la tradición se ha cumplido de otra manera cuando el contrato de venta se otorga en forma de escritura notarial, a menos que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente otra cosa, es decir, que no ha

quedado cumplida la obligación de entregar (art. 1.462, 2 CC), con cuyo cumplimiento queda consolidada la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa (art. 1.095, y art. 609, 2 CC), salvo pacto de reserva del dominio, por ejemplo, hasta que se realice el pago del precio aplazado contractualmente.

Pero siempre, *en todo caso*, la tradición ha de referirse a un *vendedor* que es poseedor en concepto de dueño y quiere transmitir su posesión, más o menos aparente, porque puede ser un poseedor en concepto de dueño aunque exista un mediador de la posesión, quien será un poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño, incluso un precarista. Y, *en todo caso*, la tradición ha de referirse a un *comprador* que quiere, mediante la tradición, adquirir la posesión en concepto de dueño y dar por cumplida la obligación del vendedor de entregarle la posesión de la cosa, que es la *prueba*, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad del vendedor (art. 1.445 y art. 448 CC). En *ningún caso* cabe hablar de tradición cuando es ontológicamente imposible porque el poseedor en concepto de dueño no es el vendedor sino un tercero al que, como poseedor, corresponde la prueba, por presunción legal, de ser el propietario: el poseedor es el *presunto* propietario (art. 448 CC, frente al art. 348, 2 CC).

El verdadero propietario, cuando ha de reivindicar para recuperar la posesión en concepto de dueño que ha perdido porque otro es quien posee y se atribuye injustamente la pertenencia del derecho de propiedad, puede decidirse a vender su derecho de propiedad si el comprador quiere adquirir el dominio perteneciente al vendedor como éste lo tiene, sin la posesión.

Es totalmente ilógico pensar que, en tal caso, si la venta se otorga en forma de escritura notarial existe una tradición ficticia instrumental *incorporal*, una tradición que no transmite la posesión, porque un tercero es quien, entonces, posee la cosa, atribuyéndose la pertenencia del derecho de propiedad, y quien continúa poseyéndola después de la venta. Por definición ontológica la tradición es, en todo caso, transmisión de la posesión de la cosa.

En el supuesto considerado, el propietario desposeído vende su derecho de propiedad que ocasionalmente no está acompañado con la posesión de la cosa, es decir, vende su *derecho incorporal* y lo transmite y queda transmitido inmediatamente, sin mediar una imaginaria o fantástica tradición incorporal o transmisión de *posesión incorporal*, porque desde tiempos remotos tal contrato de venta se conoce como contrato de cesión de la acción reivindicatoria o contrato de cesión del *derecho incorporal* del propietario desposeído, al que se refiere el artículo 1.526 del Código Civil, que no obliga a dar posesión de una cosa, porque es ontológicamente imposible en el momento de la perfección del contrato, por contraposición al artículo 1.445 que obliga al vendedor poseedor a dar posesión de la cosa que posee.

Claro que la sentencia recaída en el juicio reivindicatorio declarará si el vendedor dispuso de cosa propia que no poseía o vendió cosa ajena poseída por su propietario.

Pero la sentencia estimatoria de la reivindicación por el cesionario ni es *constitutiva* de la adquisición por el cesionario, ni es *condición legal* de la adquisición por el cesionario con una eficacia consolidadora análoga a la del cumplimiento de la obligación de hacer tradición, porque sólo es una sentencia *declarativa* de la adquisición por el cesionario a causa o por efecto del contrato y desde el momento de su perfección.

Es necesario recordar que la tradición es la actuación de la voluntaria transmisión de la posesión en concepto de dueño, de la situación posesoria de la que se deduce por la ley la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC), y la ley (art. 609, 2, al final, art. 1.095, art. 1.445 CC) ordena que la pertenencia del derecho de propiedad y la posesión en concepto de dueño no se disocien al vender, a efectos probatorios de la pertenencia del derecho, no sólo a efectos del ejercicio del derecho, porque dar la posesión es dar la prueba de la propiedad, para que el comprador tenga su propia prueba de la pertenencia del derecho de propiedad cuando le resulte difícil probar su concreto título de compra.

Así se comprende que cuando la propiedad y la posesión ya están disociadas al perfeccionarse la venta, porque la prueba de la propiedad mediante la prueba de la posesión corresponde a un tercero, el legislador no impone al vendedor el que transmita la posesión para que resulte transmitida la propiedad, forzándole a reivindicar para recuperar la posesión y luego hacer tradición, sino que, por el contrario, estima normal que la venta no seguida de la tradición imposible para el vendedor desposeído transmita el derecho inmediatamente (como la venta normal en el Derecho francés e italiano) de manera que sea el comprador quien reivindique y obtenga la posesión, actuando en nombre propio, como cesionario del derecho de propiedad del que deriva la acción reivindicatoria (en vez de actuar en nombre ajeno, como simple autorizado para ejercitar la acción reivindicatoria de un derecho de propiedad que continúa perteneciendo al vendedor), para desvirtuar la presunción de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor (art. 348, 2, contra art. 448 CC).

Claro que el cesionario, frente al poseedor en concepto de dueño, ha de probar la anterior pertenencia del derecho al cedente y la actual pertenencia del derecho al demandante cesionario, sobre todo mediante documento de fecha fehaciente contra tercero (el poseedor) (art. 1.526, 1 CC), en especial mediante escritura notarial formalizadora del contrato de cesión.

Es decir, que cuando el vendedor es el poseedor, aunque la venta sea verbal, la posesión en concepto de dueño por el comprador —consecuente a la entrega por el vendedor— permite al comprador probar su propiedad

en cuanto propietario presunto (art. 448 CC), pero si el vendedor está desposeído y es un tercero el que posee en concepto de dueño como propietario presunto (art. 448), para que el contrato de venta pueda ser probado contra el tercero poseedor, conviene que se formalice en escritura notarial (art. 1.526, 1 CC).

Esta es una cuestión puramente *civil*, pero choca con erróneos prejuicios registrales, según vengo insistiendo desde hace años sin que se oponga una argumentación seria y fundada (58).

Y sigo insistiendo porque el análisis histórico y lógico de esta cuestión sirve para comprender mejor otros conceptos cuestionados.

Por una parte, ayuda a comprender la naturaleza jurídica del contrato latino de venta, que primordialmente es traslativo y sólo consecuentemente es obligatorio, un contrato que vincula a las partes contratantes a todos los efectos, traslativos y obligatorios, en el que lo primordial es el acuerdo de voluntades dispositivas y adquisitivas, más que la obligación de entregar cuando el vendedor no está desposeído.

Por otra parte, ayuda a comprender la naturaleza jurídica de la tradición como transmisión voluntaria, aunque obligada, de la posesión en concepto de dueño, que no sólo permite ejercitar el derecho sino que es la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad según presunción legal que admite la prueba en contrario (art. 448 CC), por lo que cuando el vendedor es el poseedor la transmisión de la posesión es condición o requisito legal adicional al contrato, necesario para que se consolide la transmisión del derecho que se ha contratado, del vendedor propietario presunto en cuanto poseedor al vender, al comprador propietario presunto en cuanto poseedor después de la tradición.

Además, ayuda a comprender que si el titular registral cedente del derecho de propiedad incorporal podía ejercitar su acción reivindicatoria en juicio declarativo ordinario y actuar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para *recuperar* la posesión, también el titular registral cesionario podrá ejercitar la acción reivindicatoria y actuar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria para *obtener* la posesión en concepto de dueño y poder ejercitar el uso y disfrute normal de la cosa frustrando su usucapión por el poseedor no propietario.

5.2. Cuando el conferenciante dice que «el Código Civil exige para el nacimiento de los derechos *reales* la tradición, *en todo caso* —aunque sea de forma ficticia», al parecer, quiere significar que un contrato de venta por el propietario desposeído no transmite el dominio, por sí solo, antes de que el vendedor recupere la posesión y se la entregue al comprador, pero si tal

(58) V. libro (2), pág. 555. Contrato de cesión del derecho de propiedad incorporal: contrato de cesión de la acción reivindicatoria.

venta se otorga en escritura notarial y el vendedor es el propietario, formalizar la escritura equivale a cumplir una tradición ficticia o, más bien, equivale a una tradición *incorporal* según la fantástica teoría del Profesor Lacruz y la resolución de 25 de enero de 1990 a las que me he opuesto con razonamientos que estimo suficientes y no desvirtuados con argumentación coherente (59).

El conferenciante, al parecer, quiere resaltar su idea al decir que «están expresamente excluidos del Registro por el artículo 9 del Reglamento Hipotecario los títulos no seguidos de la tradición —la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble»—. «Mejor dicho, la obligación de transmitir el dominio —si tal obligación incumbiera al vendedor— o la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir un derecho real parcial.»

Si se admitiera este argumento, quedaría relegado a un segundo plano lo dispuesto por el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, la de 1861 y la vigente, cuando dice que «En los Registros... se inscribirán: 1.º Los *títulos* traslativos... del dominio..., significando que se inscriben *Títulos*. Pero es claro que la ley *no* alude a los títulos en el sentido usual de «título» (contrato de venta, sólo) contrapuesto a «modo» (tradición), sino en el sentido histórico, legal y jurisprudencial de «título» *como fundamento de la pertenencia del derecho* de propiedad, adquirido por la venta y mediante tradición cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño, pero adquirido sólo por el contrato de venta, sin mediar tradición, cuando se trata del derecho de propiedad perteneciente al vendedor que está *desposeído* (art. 1.526 CC) (60).

Además, admitir tal argumento significaría hacer caso omiso, sin ningún comentario expreso, de una afirmación del legislador Pedro Gómez de la Serna que es clara, terminante y reiterada, con fundamento histórico y ontológico (61).

Téngase en cuenta que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario es de rango normativo inferior al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que es el precepto interpretado por su legislador Pedro Gómez de la Serna y en el que fundamenta su afirmación de la posibilidad de inscribir la que denomina cesión de la acción reivindicatoria (62).

No creo que la necesidad del cumplimiento de la tradición se pueda deducir solamente de un precepto del Reglamento (art. 9) sino que ha de

(59) V. libro (2), pág. 559. Interpretación expuesta del contrato de cesión de la acción reivindicatoria.

(60) V. libro (2), pág. 563. Título. Sentido jurisprudencial... Título traslativo inscribible.

(61) V. libro (2), págs. 122-129.

(62) V. libro (2), pág. 123.

fundamentarse en algún artículo de la Ley. Acaso podría entenderse que el artículo 2.º de la Ley, al hablar de *título*, se refiere al *contrato*, y que el artículo 3.º de la Ley se refiere a la escritura que prueba el contrato y el acto de *tradición*. Pero la interpretación de Gómez de la Serna es clara en el sentido de que título es el fundamento de la adquisición del derecho y que éste es el título inscribible, incluso el contrato solamente cuando el vendedor está desposeído y ontológicamente es imposible la tradición, que la ley civil no exige. Además, en 1861 no existía el artículo 1.462, 2 del CC de 1889, pero eran cláusulas de estilo notarial la de constituto posesorio cuando el vendedor era el poseedor y la de cesión de acciones, *ad cautelam*, referida a los supuestos de vendedor desposeído, que se incluían en las escrituras notariales necesarias para inscribir (art. 3.º LH).

Obsérvese también que el artículo 9 del Reglamento vigente no puede interpretarse desconectado del artículo 7 del Reglamento vigente, que se remite al artículo 2.º de la Ley, por lo que ninguno de los dos puede interpretarse en clave alemana, como si el contrato de venta fuera un negocio simplemente obligatorio, que sólo obligara a transmitir el dominio y a otras prestaciones obligatorias o personales, como si la transmisión del dominio se realizara por el negocio dispositivo tradición, algo que el mismo conferenciante parece haber desechado según se ha visto con anterioridad (63).

5.2.1. El Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1861 (RD 29 junio 1861), en su artículo 1.º disponía que «Conforme a lo dispuesto en los párrafos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se transmita el dominio (art. 2, 1.º, LH) o se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan... los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan (art. 2, 2.º LH), sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma índole —real—, como adquisiciones de fincas pertenecientes a la mitad reservable de los mayorazgos, concesiones definitivas de minas, caminos de hierro, aguas, pastos y otro semejantes, o bien cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales».

El Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1909 (D. 6 agosto 1915), pasó a decir, en su artículo 14, que «Conforme a lo dispuesto en los artículos 1.º, 2.º y 3.º del artículo 2.º de la Ley, no sólo deberán inscribirse los títulos en que se transmita el dominio o se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga... los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza —real—, así como cualquier acto o contrato que, sin tener nombre

(63) V. supra, Introducción, 3), 2.

propio en Derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a los derechos reales».

Impregnado de germanismo dicotómico, el Reglamento vigente (D. 14 febrero 1947), pasó a decir, en su artículo 7, que «Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley (omitiendo así la referencia a los párrafos 1.º, 2.º y 3.º), no sólo deberán inscribirse los títulos en que —se transmita el dominio o— se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga... los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros —títulos— relativos a derechos de la misma naturaleza —real—, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

5.2.2. Por otra parte, el Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1861, en su artículo 3.º, decía que «La obligación de transmitir a otro el dominio de cualquier inmueble o —un— derecho real, o de constituir sobre uno u otro algún derecho de la misma índole —real—, no estará sujeta a inscripción. Tampoco lo estará la obligación de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los dos artículos anteriores, a menos que, en uno u otro caso, sea garantida dicha obligación personal, por medio de otra real».

El Reglamento de la Ley Hipotecaria de 1909 pasó a decir, en su artículo 18, que «No son inscribibles la obligación de —transmitir el dominio o— de constituir, transmitir, modificar o extinguir un derecho real sobre cualquier inmueble o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar el cumplimiento de tales obligaciones».

Impregnado de germanismo dicotómico, el Reglamento vigente pasó a decir, en su artículo 9, que «No son inscribibles la obligación —de transmitir el dominio o— de constituir, transmitir, modificar o extinguir... un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualesquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento, o se tome anotación, cuando proceda, de conformidad con el artículo 42 de la Ley».

Es fácil observar que el artículo 9 del Reglamento vigente generaliza lo dispuesto por los artículos equivalentes de Reglamentos anteriores, al declarar no inscribibles «cualquiera otras obligaciones o derechos personales...».

5.2.3. Esta generalización reglamentaria de 1947 induce a considerar que el Reglamento de 1861 (art. 1.º) y el Reglamento de 1870 (art. 4.º), referidos al precontrato de venta que, según la doctrina entonces contemporánea, obliga a transmitir el dominio en cuanto obliga a celebrar en el futuro un contrato de venta, se refieren también al contrato de venta no seguido de tradición y tanto al supuesto en que el vendedor es el poseedor de la finca, lo que sería lógico, como al supuesto en que el vendedor está desposeído porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño.

Quienes así piensan, sin darse cuenta, están pensando en el sistema alemán, dicotómico, en que el contrato de venta sólo es obligatorio, fuente de obligaciones y concretamente fuente de la obligación de transmitir el dominio, pero no es traslativo del derecho de propiedad porque la transmisión del derecho es efecto de un negocio jurídico distinto, dispositivo del derecho, sea el negocio Tradición de cosa mueble, sea el negocio Auflassung de cosa inmueble. En Alemania, es evidente, no se puede inscribir el contrato de venta, aunque se puede anotar la demanda en la que se pretende que el vendedor cumpla su obligación de transmitir el derecho de propiedad, una anotación (Vormerkung) que permitirá inscribir la transmisión aunque no concurra el acuerdo real, el consentimiento material del vendedor, en virtud de la sentencia estimatoria. Esta es una «regla operativa» que desvirtúa el «principio proclamado» de la necesidad de un acuerdo real diferenciado del contrato.

Pero en España el sistema es otro. La escritura notarial que prueba el contrato de venta pero que no prueba su consumación mediante la tradición por el vendedor *poseedor* de la finca no es inscribible como venta pura y simple, porque de la misma escritura resulta expresamente que los contratantes no quieren que el otorgamiento del contrato en escritura notarial equivalga al cumplimiento de la obligación de entregar y no quieren que equivalga al pacto de constituto posesorio, es decir, que no quieren que dicho otorgamiento implique la transmisión de la posesión en concepto de dueño por simple acuerdo de inversión del concepto en que posee el vendedor, por lo que, verdaderamente *no* quieren que, de momento, quede consumada la transmisión del dominio. Esto es claro y nunca lo he puesto en duda; si alguien no lo ha entendido así acaso será porque no llegué a expresar claramente mi pensamiento.

Desde luego, también pienso que si el vendedor *poseedor* de la finca no hace entrega de ella conforme a lo contratado y a la ley, el comprador podrá demandar al vendedor para que le transmita la posesión o se allane a que el Juez le ponga en posesión (art. 1.096 CC), así como también para que la transmisión de la posesión, si no se llega a ejecutar la sentencia, quede probada mediante escritura notarial y así la transmisión del derecho pueda quedar inscrita (art. 3 LH). En tal caso, sin duda alguna, la demanda es

anotable, para evitar que el comprador quede perjudicado si su vendedor vuelve a vender la misma finca a un tercero (segundo comprador) y le hace entrega, aunque sea mediante la denominada tradición instrumental (art. 1.462, 2, y art. 1.473 CC).

Hasta aquí creo que todos estamos de acuerdo.

5.2.4. Pero ya no estamos de acuerdo cuando se trata de un vendedor que está desposeído por un tercero que posee la finca en concepto de dueño.

Tiene toda la razón el legislador Pedro Gómez de la Serna cuando manifiesta en 1862, con interpretación auténtica, que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en su párrafo 1.º, al que lógicamente no puede oponerse el artículo 3.º del Reglamento de 1861, incluye la posibilidad de *inscribir* el contrato de venta por el titular registral que está desposeído porque existe un tercero poseedor usucapiente, es decir, cuando la tradición es ontológicamente imposible, por cuanto la ley entonces vigente (el Código de Justiniano, libro 4, título 39, ley 9), como la ley hoy vigente en su lugar (el Código Civil, artículo 1.526) no obliga al vendedor a entregar una cosa que no posee ni puede poseer mientras no deje de poseerla un tercero a quien corresponde la prueba por presunción legal de que le pertenece el derecho de propiedad, una prueba por presunción deducida de la posesión (art. 448 CC), a la que se contrapone otra prueba por presunción deducida de la inscripción (art. 38 LH) que es prevalente según la ley (art. 41, 6, causa 2.ª de la demanda de contradicción, según analicé con mucho detalle en el estudio 2.º de los incluidos en el libro a que se refiere la nota 2 al pie de este estudio).

El titular registral desposeído cuando vende otorga la cesión de su derecho incorporal de propiedad (el derecho no acompañado de la posesión, que tiene un tercero), con la acción reivindicatoria correspondiente para que el comprador adquiera la posesión de la cosa; a menos que expresamente se obligue a recuperar la posesión de la finca para entregársela al comprador, contratando así una cesión *impropia* y no una cesión propiamente dicha.

El Código Civil distingue, por una parte, la *venta de cosa poseída por el vendedor*, una venta que obliga al vendedor a que entregue al comprador la posesión de la cosa (art. 1.445 CC), para que el derecho de propiedad quede transmitido en el mismo momento en que queda transmitida la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 440 CC) y, por otra parte, la *cesión* por el verdadero propietario de su derecho incorporal de propiedad, que ontológicamente excluye que el vendedor quede obligado a entregar una cosa que no posee, de manera que, al corresponder la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho al poseedor (art. 448), convendrá que el comprador pruebe su compra, traslativa del derecho, mediante escritura notarial o documento privado fehaciente (art. 1.526, 1, CC) y que inscriba su título de compra sin tra-

dición otorgado por el titular registral del dominio, desposeído por el usucapiente, para que la cesión pueda perjudicar a tercero registral (art. 1.526, 2, CC).

La escritura notarial será prueba del contrato y de su efecto traslativo, fehaciente contra tercero civil, sobre todo contra el poseedor en concepto de dueño.

La inscripción registral del cedente es prueba que lo legitima como verdadero propietario, por el título concreto y determinado inscrito a su favor, contra un poseedor que es propietario presunto por título indeterminado, de manera que, en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, el titular registral prevalece contra el poseedor en concepto de dueño *no titulado suficientemente* porque no posee «por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de prescripción que deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36», un poseedor que para oponerse tendrá que demandar al titular registral y probar su título alegado (LH, art. 41, 6, causa 2.ª de oposición por el poseedor en su «demanda de contradicción contra el titular registral y contra la exactitud del Registro, contra la presunción del artículo 38, p. 1.º y p. 2.º de la LH).

La inscripción registral de la cesión a favor del cesionario hará constar claramente que el vendedor está desposeído y que se inscribe un contrato de cesión de derecho incorporal (art. 1.526, 2, CC), con lo que no se interrumpirá el tracto registral de los titulares del dominio, y el cesionario quedará protegido por el principio de legitimación (art. 38, 1 y 2 LH) frente al poseedor (art. 41, 6, causa 2.ª LH) y por el principio de fe pública registral en cuanto su inscripción será oponible a tercero registral (art. 32 y art. 34 LH).

En cambio, con el criterio germanista que olvida la configuración legal del contrato latino de compraventa traslativa y obligatoria, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 1990 niega la posibilidad de que el cesionario inscriba su título de adquisición traslativa del derecho de propiedad, no condicionada a la transmisión de la posesión, y sólo autoriza a que se practique una anotación (64).

Es cierto que en el caso concreto de la resolución citada el tercero poseedor es un poseedor al parecer titulado, es decir, que podría oponer un título determinado en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (p. 6, causa 2.ª), pero su título material está denunciado ante la jurisdicción penal como *falso*, y su título formal es un documento *privado* que ni siquiera se ha intentado, al parecer, formalizar en escritura notarial o, al menos, nunca se ha presentado en el Registro para su inscripción.

(64) V. libro (2), págs. 505 y sigs.

La referencia de la resolución a una posible anotación es bastante imprecisa, a mi entender.

No cabe estimar que la resolución propugna que el comprador anote una demanda contra el vendedor titular registral (art. 38, 2 LH) alegando que un tercero posee la cosa como dueño contra la presunción legitimadora registral en la que confiaba el comprador (art. 38, 1 LH) y pretendiendo que el vendedor demande al poseedor para recuperar la posesión y cumplir la obligación (que se cree existe) de entregar la cosa, porque esta interpretación olvida que en el caso considerado el comprador *conoce* que el vendedor está desposeído y contrata la adquisición de un derecho de propiedad que es incorporal por cuanto la posesión la tiene un tercero, y que se formaliza en escritura notarial un contrato que es *legal* (art. 1.526, 1 LH), por lo que su inscripción no atenta al principio de legalidad como prevé el legislador (art. 1.526, 2 CC), si se practica como inscripción de una cesión de derecho incorporal al hacer constar claramente que el vendedor está desposeído.

No parece claro que la resolución propugne que el comprador ha de pedir la anotación de la demanda que formalice como simple cesionario impropio, o sea, como cesionario del ejercicio de la acción reivindicatoria derivada del derecho de propiedad perteneciente al titular registral del dominio, vendedor, frente al poseedor contra tabulas, contra un tercero que es el propietario presunto legalmente en cuanto poseedor en concepto de dueño, que no alega ni exhibe título determinado de adquisición (art. 448), con presunción que contradice la presunción de pertenencia del derecho al vendedor amparado por la legitimación registral (art. 48, 1 LH), pese a que no consta contradicha por anotación de demanda de rectificación interpuesta por el poseedor (art. 38, 2 LH), quien tampoco ha presentado para inscribir su título, que, además, está denunciado como falso puniblemente.

Con esta segunda interpretación el cesionario demanda al poseedor en nombre del vendedor, como cesionario impropio de la acción reivindicatoria del vendedor, así como también al vendedor, eventualmente, por si la sentencia firme declara que no es el propietario sino que lo es el poseedor, o sólo demanda al poseedor con reserva de eventuales acciones contra el vendedor.

Téngase en cuenta que el «enemigo» del comprador, en estos casos, no es el vendedor que no entrega sino el poseedor que puede usucapir, y que el vendedor queda obligado a colaborar con el comprador demandante que le requiere al efecto, sin perjuicio de que, en caso de evicción, se registre la sentencia desestimatoria de la reivindicación y el comprador pueda reclamar contra el cedente su responsabilidad por haber vendido una finca que no le pertenecía, una finca ajena (art. 1.475 CC).

5.2.5. Distinto es el supuesto en que el comprador *desconoce* la desposesión del vendedor en el momento de perfeccionarse la compraventa en

escritura notarial y llega a conocerla después, porque *aparentemente* ésta será una escritura de venta de cosa poseída por el vendedor, de aparente aplicabilidad del artículo 1.445 y del artículo 1.462, 2, del Código Civil con prueba de la pertenencia del derecho fundada en la posesión por el vendedor, pero *en realidad* será una escritura de cesión del derecho del propietario desposeído al que es aplicable el artículo 1.526 y no el artículo 1.445 del Código Civil, con prueba de la pertenencia del derecho de propiedad fundada en documento fehaciente, en el que se documenta el título adquisitivo del cedente y en el que se documenta el título adquisitivo del cesionario (art. 1.526, 1 CC), y porque en este caso de venta en escritura notarial el comprador *no* puede pedir la rescisión del contrato ejercitando la opción del artículo 1.460, 2 del Código Civil, de manera que sólo puede reivindicar contra el tercero poseedor (S. 20 de enero de 1912), según analicé en estudio anterior, al que me remito (65).

Me parece que el conferenciante confunde la venta de cosa con la cesión del derecho de propiedad del propietario desposeído porque cuando media una escritura notarial *parece* que se trata, *en todo caso*, de una venta consumada mediante tradición, aunque para entenderlo así haya que recurrir en el supuesto de desposesión del vendedor a la fantástica idea de la existencia de una tradición instrumental *incorporal*, de una tradición que no es una transmisión de la posesión, como he expuesto con mucho detenimiento (66), incluso contra la resolución de 25 de enero de 1990 (67).

Creo que todo el equívoco doctrinal arranca del germanismo infiltrado que no permite ver que en España no se aplica el Derecho alemán, que el contrato de compraventa latino es traslativo y obligatorio, no sólo obligatorio como en Alemania, y que cuando el vendedor está desposeído, como el contrato es traslativo y no obliga a transmitir la propiedad, no cabe una anotación similar a la *Vormerkung* alemana; una anotación de demanda que estimo que sólo es posible cuando el vendedor es el poseedor en concepto de dueño y el comprador le demanda el cumplimiento de la obligación de entregar la posesión, de transmitir la prueba por presunción legal de la pertenencia, mientras que la anotación alemana cumple la función de suplir la falta del consentimiento real para la transmisión de la finca, de suplir la falta de acuerdo real, de suplir la inexistencia de *Auflassung*.

5.2.6. Después de la reforma propugnada desaparecerá, en cuanto a fincas se refiere, la necesidad de distinguir, a efectos traslativos del dominio, el contrato de compraventa ordinaria de cosa poseída por el vendedor

(65) V. libro (2), pág. 568; págs. 366 y sigs.

(66) V. libro (2), pág. 563, tradición instrumental incorporal; pág. 559, interpretación expuesta...

(67) V. libro (2), págs. 505 y sigs.

que le obliga a transmitir la posesión al comprador (art. 1.445 CC) y el contrato de cesión de derecho incorporal que no obliga a transmitir la posesión porque la tiene un tercero (art. 1.526 CC); y se podrá apreciar con claridad que lo esencial del contrato de compraventa español no es la *obligación* de transmitir el derecho, propia del Derecho alemán, sino la *voluntad* de transmitir el derecho, aspecto primordial del contrato y no elemento primordial de un negocio dispositivo distinto del contrato, voluntad que se refiere tanto al derecho de propiedad de la cosa poseída por el vendedor como al derecho de propiedad de la cosa poseída por un tercero en concepto de dueño.

5.2.7. El conferenciante, con «la generalidad de los autores», mantiene una interpretación germanizante del artículo 1.462, 2, del Código Civil, fundada en la configuración por el Código Civil alemán del negocio dispositivo traslativo del derecho de propiedad de cosa mueble que denomina Tradición, integrado por el acuerdo real traslativo y por la transmisión de la posesión.

Según el Código alemán cuando el enajenante es el poseedor *inmediato* o poseedor *real*, en concepto de dueño, el pacto de constituto posesorio es una forma de tradición *ficticia*, no es una forma de tradición real, sólo es un acuerdo *sustitutivo* de la forma de tradición *real*.

Según el Código alemán cuando el enajenante *no* es el poseedor inmediato la forma de tradición real se sustituye por un acuerdo de cesión de acciones, aunque sólo sea tácito o ficticio, distinto del acuerdo real, a su vez distinto del contrato de venta.

Si el enajenante es poseedor *mediato*, la forma de tradición real se sustituye por un acuerdo de cesión de la acción *personal* del propietario (vendedor, tradente) contra su mediador posesorio, que es el poseedor inmediato: caso de la cesión de la acción contra el arrendatario.

Si el enajenante está desposeído porque un tercero es el poseedor inmediato en concepto de dueño contra el que procede ejercitar la acción reivindicatoria, la forma de tradición real se sustituye por el acuerdo de cesión del ejercicio de la acción *real* reivindicatoria del propietario desposeído obligado a transmitir la propiedad por acuerdo real y mediante una forma de tradición real, que en este caso es imposible.

Para los autores españoles germanizantes, el artículo 1.462, 2 del Código Civil significa que el «otorgamiento» del documento escritura notarial (no el otorgamiento del contrato escriturado), *en todo caso, equivale* a la tradición, a menos que de la escritura resulte o se deduzca claramente que no se quiere esta equivalencia.

Si el vendedor es poseedor *mediato* la escritura notarial es una «forma de tradición *ficticia* instrumental», por acuerdo de cesión de la acción personal contra el mediador posesorio.

Si el vendedor está desposeído la escritura notarial es una «forma de tradición *incorporal* instrumental *equivalente* a la tradición *real* a efectos de transmisión del derecho de propiedad, aunque no transmita la posesión.

La interpretación latina del artículo 1.462, 2, del Código Civil, la interpretación que yo mantengo y denomino latina para facilitar la exposición, se funda en la interpretación por los glosadores y por los notarios medievales, expuesta en la Suma del Arte Notarial de Rolandino, del pacto de constituto posesorio como pacto de transmisión de la posesión en concepto de dueño por simple acuerdo entre el vendedor poseedor en concepto de dueño y el comprador, que implica un cambio en el *animus possidendi*, con dos modalidades.

El vendedor, tradente por pacto de constituto posesorio (art. 1.462, 2), puede ser un poseedor *inmediato* en concepto de dueño. Después del pacto continúa siendo poseedor inmediato pero en concepto distinto al de dueño, de precarista al menos, como mediador posesorio del comprador que es poseedor *mediato* en concepto de dueño.

El vendedor, tradente por pacto de constituto posesorio (art. 1.462, 2), puede ser un poseedor *mediato* en concepto de dueño, con un mediador posesorio que es el poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño, como puede ser un arrendatario. Después del pacto el vendedor ya no es poseedor mediato, el comprador es el nuevo poseedor mediato, y poseedor inmediato en concepto distinto al de dueño continúa siendo el arrendatario, que fue mediador posesorio del vendedor y ahora es mediador posesorio del comprador.

El propietario desposeído que vende no puede hacer tradición porque no es poseedor, ni inmediato ni mediato, puesto que el poseedor inmediato en concepto de dueño es un tercero que se atribuye la pertenencia del derecho de propiedad y está amparado por la ley como propietario aparente y presunto (art. 448 CC).

Ahora bien, el propietario desposeído que vende a un comprador que *conoce* su situación de desposesión, aunque la venta se formalice en escritura notarial no realiza una tradición *incorporal*, una transmisión de la posesión *incorporal*, porque la posesión es ontológicamente corporal, siempre, aunque sea mediata.

Pero el comprador adquiere inmediatamente, por el contrato solamente, el *derecho* de propiedad *incorporal*, es decir, el derecho de propiedad sobre la cosa que otro posee en concepto de dueño, porque lo que contrata no es una venta normal que obliga al vendedor a transmitir la posesión de la cosa que posee (art. 1.445 CC), sino una venta especial que se denomina cesión de derecho incorporal y que no obliga a transmitir la posesión (art. 1.526 CC).

La escritura notarial de venta por el propietario *poseedor* es prueba ante

tercero (art. 1.218 CC) de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad por contrato de compraventa normal y mediante la tradición, al menos por pacto presunto de constituto posesorio; es prueba de la transmisión y adquisición de la posesión si se prueba que el vendedor era poseedor (art. 1.462, 2 CC). Además, el comprador, en cuanto se le reconozca o pruebe que es poseedor en concepto de dueño, será propietario presunto y el vendedor habrá dejado de ser el propietario presunto a menos que continúe siendo poseedor inmediato y ante tercero simule ser poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC).

En cambio, la escritura notarial de venta por el propietario *desposeído*, cuando en ella se manifiesta su situación de desposesión, es prueba ante tercero (art. 1.218 CC) de la transmisión y adquisición del derecho de propiedad por contrato de cesión de derecho incorporal, una prueba oponible a tercero cuando la prueba por presunción legal deducida de la posesión corresponde a un tercero (art. 448 CC), una prueba oponible a tercero y concretamente oponible a este tercero poseedor en concepto de dueño (art. 1.526, 1 CC).

5.2.8. Por si pudiera suscitar alguna dificultad de comprensión e incluso de contraposición con lo ya expuesto, conviene precisar el sentido del denominado usufructo de una acción.

El Código Civil, en su artículo 486, dispone que «el usufructuario de una acción para reclamar un predio o derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarlo y obligar al propietario de la acción a que le ceda para este fin su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga. Si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada —es decir, recuperara la posesión inmediata de la cosa reivindicada—, el usufructo se limitará a solo los frutos, quedando el dominio para el propietario», que será poseedor en concepto de dueño con un mediador de la posesión en concepto de usufructuario.

Este «usufructuario de una acción reivindicatoria», según la terminología del Código Civil, no es un cesionario de la acción reivindicatoria, no es un comprador del derecho incorporal del propietario desposeído, sino que, simplemente, es un cesionario del *ejercicio* de la acción reivindicatoria del propietario de la finca gravada con el usufructo, quien le autoriza para que le represente judicialmente en defensa de los intereses de uno y de otro. Este usufructuario, para obtener la posesión que le permita ejercitar su derecho de disfrute, no tiene acción propia contra el poseedor en concepto de dueño a quien considera no propietario, sino que sólo puede obligar al propietario verdadero a que le ceda el ejercicio de su acción reivindicatoria, otorgándole un poder para pleitos y facilitándole los elementos de prueba de que disponga. Se trata de una cesión *impropia*, pero no con el fin de que el cesionario adquiera la propiedad sobre la cosa, sino sólo con el fin de que

el cesionario pueda ejercitar su derecho de disfrute sobre la finca del propietario verdadero.

6. El vendedor puede caer en quiebra o ser embargado.

6.1. Si cae en quiebra, el vendedor en documento privado de mercaderías que aún están en su almacén de géneros y presuntamente son de su propiedad libre y responsable (art. 448 CC), es opinión común que el comprador, frente al tercero acreedor del vendedor, en ningún caso podrá excluir la cosa comprada de la masa de la quiebra porque no es propietario de ella.

Pero, a mi juicio, habrá que matizar la solución teniendo en cuenta que el comprador es el propietario ante la otra parte contratante y puede oponer a terceros el contrato probado con documento fehaciente, así como, en su caso, el pago probado fehacientemente del precio, aunque no pueda probar si el dinero continúa existiendo en la masa de la quiebra.

Aunque también se ha de considerar, entre otras circunstancias del caso concreto, la posible retroacción de la declaración de quiebra y las acciones ejercitables por los acreedores que consideren fraudulenta la venta.

Obsérvese que el vendedor quebrado debe manifestar a su acreedor dinerario que la cosa está vendida y que su acreedor podrá subrogarse en el crédito dinerario del vendedor que aún no ha cobrado el precio del comprador solvente, o podrá ejercitar su crédito contra el dinero del precio ya cobrado por el vendedor, que existe en la masa de la quiebra.

Forzar al comprador a concurrir para recobrar el dinero del precio de una cosa que aún está en la masa de bienes no parece que deba ser la única solución y, desde luego, no es la más justa si el comprador es solvente y es de buena fe notoria y no un probable defraudador.

Se plantea un problema de prueba de la venta, y habrá que considerar si el quebrado dice ser el propietario de la cosa o reconoce haberla vendido, y si es exigible la entrega porque ha cobrado el precio.

Se ha de tener en cuenta, al estudiar el supuesto, que el Código de Comercio se refiere al comprador que cae en quiebra, pero los principios y las reglas operativas aplicables también serán adecuadamente aplicables al supuesto del vendedor que cae en quiebra.

También que, al entrar en vigor el Código de Comercio de 1885 (desde el 1 de enero de 1886) estaba vigente el sistema anterior al Código Civil de 1889: para que por causa de contrato de compraventa quedara consolidada la transmisión del derecho de propiedad sobre la cosa vendida eran condiciones legales tanto la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa como el pago del dinero del precio no aplazado contractualmente.

Se distinguía entonces, como distingue el Código de Comercio (art. 909, núm. 8 y núm. 9), la venta «al contado», que implica la reserva

del dominio mientras no se paga el precio no aplazado de la cosa entregada, de la venta «al fiado» (es decir, con precio aplazado, sin garantía o con alguna garantía), que no implica tal reserva, de manera que la transmisión de la posesión en concepto de dueño de la cosa consolida la transmisión del dominio, aunque sin perjuicio de la rescisión del contrato y de la transmisión del dominio, si queda impagado el precio aplazado no garantizado.

Por esto, el Código de Comercio dispone que «Las mercaderías... que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno» (en depósito) «y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumpliese las obligaciones anejas a los mismos» (art. 908 C. de C.).

En consecuencia, dispone el mismo Código (art. 909) que «Se considerarán... (de dominio ajeno):

8.º Los géneros vendidos al quebrado (comprados por el quebrado) a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos.

9.º Las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyos conocimientos o cartas de portes se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador.

En los dos casos, de este número 9.º y del 8.º, los Síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamarlos para la masa, pagando su precio al vendedor.»

Es decir, que los Síndicos pueden consolidar la adquisición contratada pagando el precio, de los contratados al contado y recibidos, así como de los comprados al fiado y aún no recibidos (recibiéndolos). Pero pueden frustrar la adquisición contratada no pagando el precio, devolviendo los comprados al contado ya recibidos, y no recibiendo los comprados al fiado aún no recibidos. El quebrado aún no ha consolidado la adquisición del dominio y los Síndicos deciden consolidar la adquisición, si la reciprocidad es posible.

El Código Civil, al menos para la venta civil, derogó la expresada *reserva de dominio* resultante del pacto de compra «al contado», pero dispuso que mientras el vendedor no recibe el dinero del precio no se le puede exigir la entrega de la cosa (art. 1466 CC).

Por otra parte, el Código Civil, al tratar «De la concurrencia y prelación

de créditos» y del «concurso de acreedores» (art. 1.913), dispone que «Con relación a determinados bienes muebles» (propiedad) del deudor, «gozarán de preferencia» «los créditos por... precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor (en concurso, que recibió su entrega como comprador) hasta donde alcance el valor de los mismos» (art. 1.922, 1.º CC).

Se refiere el Código Civil a la cosa mueble que el concursado compró y recibió del vendedor, con lo que adquirió la propiedad, pero que aún no pagó. Supuesto que *no* es igual al de compra al fiado por el quebrado, que el Código de Comercio refiere a mercaderías aún no entregadas al comprador quebrado.

6.2. Si el vendedor de cosa mueble, que la conserva en su poder al sufrir el ser embargado por un tercero acreedor, no logra excluir del embargo la cosa vendida, de la que acaso ha cobrado el dinero del precio, el comprador en documento privado de fecha fehaciente, a mi juicio, podrá interponer con éxito una tercería de dominio condicionado, fundado en un contrato de compra, con efecto traslativo *inter partes* contratantes, probado mediante documento cuyo contenido es oponible a tercero, que en este caso es un acreedor embargante (art. 1.227 CC).

Puede aplicarse a este caso la observación hecha a propósito del supuesto de quiebra del vendedor.

7. En resumen, a mi juicio, el comprador, antes de recibir la entrega de la cosa que debe realizar el vendedor poseedor, es el propietario *inter partes*, respecto al vendedor obligado a entregarle la posesión de la cosa, y también es el propietario respecto a los terceros a quienes individualmente oponga la prueba documental fehaciente del contrato, si pagó el precio o está dispuesto a pagar conforme al contrato.

La situación es similar a la del comprador del derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído, porque el comprador adquiere el derecho de propiedad, que pertenece al vendedor, en el momento de la perfección del contrato, pero frente al tercero poseedor (o frente a otros terceros) ha de probar su adquisición, lo que puede lograr mediante el documento que formaliza la compra y es de fecha fehaciente respecto a terceros, conforme a los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil, según el artículo 1.526, párrafo primero, del mismo Código. Y esto es así porque la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho resultante de la posesión en concepto de dueño la tiene el tercero poseedor (y no el vendedor) antes de la venta y después de la venta.

3) Reforma.

Las conclusiones que se alcancen respecto a la situación del derecho de propiedad en el período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de compraventa y el momento de la tradición son muy importantes

para comprender, después de la reforma, la situación del derecho de propiedad en el período intermedio entre el momento de la perfección del contrato de venta conformado por la escritura notarial y el momento de la presentación de su copia en el Registro de la Propiedad, tanto cuando la inscripción llega a practicarse con cierto retraso, como cuando no llega a otorgarse la escritura notarial o deja de presentarse, supuestos estos que hay que prever como posibles.

Claro que la no presentación a inscripción es independiente del cumplimiento de la obligación de entregar la posesión en concepto de dueño y que la tradición podrá haberse consumado por constituto posesorio instrumental presunto, salvo pacto, conforme a la ley (art. 1.462, 2 CC) aunque la escritura no haya accedido al Registro, y podrá ocurrir que la tradición se haya consumado después de contratada la venta en documento privado o verbalmente.

En tales casos, la función de la tradición como cambio de poseedor quedará cumplida a efectos de la prueba por presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño, que será el comprador, salvo prueba en contrario (art. 448 CC), es decir, salvo prueba de que es otro quien figura como propietario según la inscripción registral legitimadora (art. 38, 1 LH), que será preferente después de la reforma.

Desde luego, la presunción de pertenencia del derecho al poseedor en concepto de dueño, en principio, habrá de ser tenida en cuenta a efectos del ejercicio de las acciones interdictales, fundadas en la posesión en concepto de dueño probada, pero perdida, y no en la pertenencia del derecho de propiedad, y habrá de ser tenida en cuenta a efectos de la usucapión ordinaria a favor del poseedor por compra y entrega subsiguiente, si la ley reformadora no dispone otra solución.

La situación será similar a la que hace muchos siglos aparecía en Roma cuando el propietario quiritalio de una cosa *mancipi* la vendía y entregaba sin formalizar la *mancipatio*, que sólo podía ser suplida con una adicional usucapión, de dos años tratándose de un inmueble, como una finca rústica o una casa, o de un año tratándose de una cosa *mancipi* mueble, como un esclavo o un animal de labranza. De manera que, entre tanto, coexistían un propietario quiritalio (el vendedor) y un propietario bonitalio (el comprador), poseedor usucapiante según contrato oponible a la reivindicatoria del vendedor por excepción *ex empto*.

Desde este punto de vista, la tradición no queda suplida por la inscripción a todos los efectos de aquélla (no sólo a los efectos del ejercicio del disfrute de la finca).

Más aún, convendrá aclarar en la reforma si el poseedor por contrato de compra no inscrito podrá ejercitar una acción reivindicatoria, denominada

o no acción publiciana, contra el tercero que le arrebate la posesión y la conserve por más de un año, que es el plazo de prescripción de la acción interdictal por despojo.

Desde luego, habrá que reconsiderar la usucapión contra tabulas (art. 36 LH) y el procedimiento para obtener la posesión el titular registral (art. 41, causa 2.^a de las que pueden fundamentar la «demanda de contradicción» del Registro).

Hay que disminuir el tono grandilocuente de la inscripción «constitutiva» de la transmisión del derecho de propiedad para limitarse a pensar en una inscripción necesaria, sin perjuicio de algunas reglas operativas «especiales» respecto al principio proclamado, con bastantes problemas conexos a resolver en la ley de reforma.

Por esto, insisto, tiene gran interés considerar los supuestos en que, antes de la tradición, el vendedor, que era propietario y poseedor en concepto de dueño, quedó desposeído por un tercero poseedor actual, fue declarado en quiebra o sufrió el embargo de un tercero acreedor dinerario, o volvió a vender la misma cosa, a un tercero comprador (al segundo comprador de la cosa). Aplicando el principio proclamado de la necesidad de la tradición, pero aplicando también las reglas operativas, que podrán interpretarse sin someterlas exclusivamente al principio proclamado sino coordinándolas con otros principios que deban ser tenidos en cuenta.

Recuérdese, como ya dije, que NO se trata de la escritura notarial que formaliza y prueba la venta y la tradición, al menos por constituto posesorio (art. 1.462, 2 CC), porque en este caso no cabe hablar de período intermedio. Se trata, sobre todo, de la venta en documento privado con fecha fehaciente, que es un contrato oponible a tercero, sea un tercero poseedor por despojo, sea un tercero acreedor del vendedor, sea un tercero comprador de la misma cosa.

VI. EL ARTICULO 1.160 DEL CÓDIGO CIVIL

1) Interpretación germanizante dicotómica y rechazo.

El artículo 1.160 del Código Civil, incluido en el Libro IV, Título I (De las obligaciones), Capítulo IV (De la extinción de las obligaciones), Sección 1.^a (Del pago), dispone que «En las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe».

Este precepto, aplicado al contrato de compraventa, a la obligación de dar del vendedor, se ha interpretado como un argumento decisivo para

configurar el sistema español (68) considerando, con óptica savignista, que la transmisión del derecho de propiedad requiere:

- «1. Que el tradente sea propietario.
2. Que se lleven a cabo los actos de entrega o traspaso de la posesión.
3. Que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir el dominio.
4. Y que la tradición esté fundada en una justa causa.»

«Este mecanismo —se dice— *parece ser* el de nuestro Código Civil. El artículo 1.160 se refiere a los requisitos 1 y 3. Los artículos 609 y 1.095 fundamentan los requisitos 2 y 4. Ahora bien, ello implica que el artículo 1.160 encierre un *dare traslativo*».

«Dos líneas argumentales, se añade, justifican la afirmación que el *dar* del artículo 1.160 es un *dare transmisivo*. En primer lugar, los antecedentes históricos. En segundo lugar, la mención de la *libre disposición* y la *capacidad de enajenar* del enajenante deudor, necesarias para que el pago sea válido.»

Me apresuro a oponer que el artículo 1.160 no puede ser interpretado como *determinante* del sistema español, sino que debe ser interpretado *subordinadamente* al principio fundamental del sistema latino español. El artículo 1.160 no proclama un principio sino que es una regla operativa que no desvirtúa el principio.

En el sistema alemán se diferencian legalmente los requisitos 3 y 4, el acuerdo real y el acuerdo obligacional que es su causa. Pero en el sistema latino no se diferencian dos acuerdos pues sólo existe *un acuerdo*, el contrato, aunque tiene *dos aspectos*: el primordial aspecto traslativo y el consecuente aspecto obligatorio.

En el sistema alemán, el requisito 3, el acuerdo real, es elemento primordial del negocio dispositivo, y el requisito 2 es la forma publicitaria del acuerdo real, ambos integrantes del negocio dispositivo Tradición, mientras el requisito 4 es el contrato causa abstraída del negocio dispositivo (integrado por los requisitos 3 y 2).

Pero en el sistema latino, romano y español la tradición es el requisito 2, no el 2 más el 3; y no cabe abstraer el requisito 3 respecto del 4, porque no son requisitos diferenciados.

En cuanto al requisito 1, la pertenencia del derecho de propiedad al enajenante es un presupuesto objetivo de la voluntad dispositiva, que en el sistema alemán es una de las dos voluntades integrantes del acuerdo real (requisito 3), mientras que en el sistema latino es un aspecto de cada una

(68) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (LUIS), *Pago y transmisión de propiedad (El artículo 1.160 del Código Civil)*, 1990, Ed. Civitas, S. A., pág. 12.

de las dos voluntades integrantes del acuerdo contractual (requisito 3 más requisito 4).

1. En cuanto a los antecedentes históricos, el precepto español no es formulación actualizada de un precepto romano.

Su origen está en una opinión de Pothier, anterior a la aprobación del Código Civil francés, según la cual «cuando la obligación es de dar, el pago consiste en la entrega y traslación del dominio de la cosa debida; se sigue que para que el pago sea válido es preciso que la persona que lo haga sea capaz de transferir el dominio de la cosa pagada..., y, dueño de la cosa entregada...».

La opinión de Pothier pasó a ser el artículo 1.238 del Código Civil francés, el artículo 1.098 del Proyecto de Código Civil español de 1851, el artículo 1.240 del Código Civil italiano de 1865, y el artículo 1.160 del Código Civil español de 1889, todos ellos con diversos matices que no afectan a la esencia de su contenido (69).

En el Código francés y en el Código italiano de 1865, al igual que en el Proyecto de Código español de 1851, el contrato de compraventa *normal* —la venta de cosa específica (no genérica, ni futura) propia del vendedor (no ajena)— es traslativo del dominio por sí solo, en el mismo momento de su perfección, por lo que la capacidad de enajenar del vendedor y la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, han de referirse al contrato y no a la tradición que es pago de la obligación de transmitir la posesión pero no es condición legal del efecto traslativo contratado.

Por ello, los intérpretes franceses (del art. 1.238 CC francés) e italianos (del art. 1.240 CC italiano de 1865) aplicaron el precepto que acoge la opinión de Pothier solamente a los contratos de venta que son *especiales*, porque no son traslativos inmediatamente: porque se vende cosa *genérica*, que el vendedor y el comprador especifican por acuerdo existente en el momento de la tradición; porque se vende cosa *ajena*, que debe ser propia del vendedor en el momento de la tradición; porque se vende cosa *futura*, que debe existir en el momento de la tradición; porque se entrega cosa *distinta* de la cosa vendida, por dación en pago acordada entre el *tradens* y el *accipiens*; porque no es el vendedor sino un tercero el que entrega cosa propia... Es decir, consideraron el precepto como una regla operativa.

Desde luego, el artículo 1.160 se refiere a estos supuestos especiales en el sistema español.

2. Pero falta saber si también se refiere a la venta *normal*, de cosa específica, propia del vendedor, existente, no poseída por un tercero en concepto de dueño, que en el sistema español no es inmediatamente traslativa del dominio.

(69) Ob. cit. (68), págs. 13 y sigs.

En este punto se ha de considerar que, con el sistema español, la tradición es la transmisión de la posesión en concepto de dueño por voluntad el *tradente* y del *accipiente*, el cambio del poseedor; como en los sistemas francés e italiano.

El que, en el sistema español, tal actuación traslativa de la posesión sea, además, el cumplimiento voluntario de la obligada condición legal de la consolidación del efecto traslativo del contrato de compraventa normal, no significa que la tradición implique un acuerdo real del *tradente*, capaz de enajenar y propietario de la cosa en el acto de la entrega, y del *accipiente*, sencillamente porque la tradición es una actuación voluntaria pero obligada, que puede ser cumplida aún contra la voluntad de las partes contratantes, supliendo la voluntad de cumplimiento mediante la puesta en posesión por el Juez (art. 1.096 CC, que está inmediatamente a continuación del art. 1.095 que es el único considerado por la doctrina usual), o bien mediante la consignación judicial (art. 1.176 CC, incluido en la misma sección «Del pago»).

Por tanto, insisto, la exigencia por el artículo 1.160, en el momento del pago, de la capacidad para enajenar y de la libre disposición de la cosa, sólo puede referirse a los mismos supuestos a que se refieren el precepto francés y el precepto italiano que son su origen histórico.

La capacidad para enajenar es un presupuesto *subjetivo* de la voluntad de enajenar (*alienare*, disponer) y la libre disposición de la cosa es presupuesto *objetivo* de dicha voluntad de enajenar (disponer), que alude a la pertenencia del derecho de propiedad y a la libertad de disponer, incluyendo en ésta la inexistencia de prohibición de disponer opuesta a la libre disposición y, a mi juicio, la existencia de una venta (primera venta) que *vincula* la voluntad dispositiva del vendedor, quien ya no puede lícitamente volver a vender (segunda venta) la misma cosa a un tercero, porque ya no es libre para disponer vendiendo.

2) Supuestos de aplicación: ventas especiales.

1. El párrafo segundo del artículo 1.160 regula dos cuestiones muy importantes.

1.1. Cuando paga el vendedor entregando, según lo contratado, una cosa mueble *genérica*, se ha realizado una especificación, que es el cumplimiento de una condición legal de la transmisión del dominio, antes o en el momento en que se cumple la tradición.

Por esto «si las cosas (muebles, genéricas) *fungibles* se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo (de tener que pagar el precio aun cuando la cosa perece fortuitamente) al comprador hasta que se han pesado, contado o medido» porque hasta entonces no puede pasar a ser el propietario de cosa especificada, «a no ser

que éste (comprador) se haya constituido en mora» de recepción, que le hace correr el riesgo del perecimiento fortuito del género en poder del vendedor.

La venta mercantil, por empresario comerciante, de cosa mueble, concretamente de «género» a especificar, normalmente irá seguida de tradición real, que no excluye formas de tradición como la de entrega del resguardo de depósito de la mercancía en poder de un tercero o la de entrega de la llave del depósito donde están las mercancías, o la de entrega del contenedor de las mercancías, etc., pero excluye, en principio, la tradición por pacto de inversión del concepto en que posee el vendedor o pacto de constituto posesorio.

Si la cosa mueble genérica es *fungible*, lo normal es que sea consumida por el comprador, más o menos inmediatamente, después de ser recibida.

Durante el *período intermedio* entre la entrega y el consumo, si el tradente entregó cosa de la que no podía disponer porque no era de su propiedad sino que era cosa ajena, suponiendo que la cosa sea identificada, el verdadero propietario podrá reivindicarla de quien la posea (según el párrafo primero del artículo 464 del Código Civil, aunque este precepto se refiere primariamente a cosa específica).

Pero (según el párrafo final del mismo artículo, conforme al art. 85 del Código de Comercio) «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto a las mercaderías adquiridas». Una prescripción de Derecho, por la ley, y no una prescripción de hecho, con un plazo de uso que tendría que ser probado: en el caso regulado, basta probar el contrato y las circunstancias requeridas, cuando el vendedor dispuso de cosa ajena.

Después de *consumida* la cosa, el que era verdadero propietario ya no podrá reivindicarla actuando contra el poseedor por compra, a menos que intente probar su mala fe porque *conocía* que la cosa era ajena cuando la compró o antes de consumirla; pero podrá ejercitar una acción personal para que el vendedor le entregue el precio percibido y le indemnice los daños y perjuicios.

1.2. Cuando paga el comprador entregando *dinero*, que es cosa genérica, fungible, instrumento de cambio cuando se trata de una cantidad de dinero del que se considera su valor en cambio y no el valor intrínseco de las monedas (que las haría objeto de permuta o de cambio de monedas por dinero), entonces el dinero queda especificado en el momento de la entrega, según lo contratado, y esta especificación es el cumplimiento de una condición legal de la transmisión del dominio del dinero y se realiza en el momento en que se cumple la tradición de la posesión del dinero que es otra condición legal de la transmisión del dominio del dinero.

Al tratarse de cosa fungible, lo normal es que el dinero quede consumi-

do, más o menos inmediatamente, por el vendedor pagado, por el que lo cobra.

Al tratarse un instrumento de cambio, lo normal es que el dinero percibido, más o menos pronto, quede confundido con el dinero que el vendedor tenía al percibirlo e ingresarlo en su patrimonio, de manera que no será identificable como cosa especificada.

Durante el período en que el dinero cobrado puede ser identificado, si el comprador entregó dinero del que no podía disponer porque no era de su propiedad sino dinero ajeno, que halló o sustrajo o se apropió indebidamente (acaso siendo depositario), parece que, en principio, el propietario podría reivindicarlo de quien lo posea, pero «la moneda en que se verifique el pago de las mercaderías compradas al contado en tiendas o establecimiento públicos no será reivindicable» (art. 464, p. final, CC y art. 86 C. de C.) y se presume que tales compraventas son al contado (art. 87 C. de C.).

Después de consumido (o confundido) el dinero, el que era su verdadero propietario ya no podrá reivindicarlo por ser imposible la identificación del objeto de la acción real, pero podrá ejercitar una acción personal para que el comprador (no propietario del dinero, que con él pago al vendedor) le reintegre una cantidad de igual valor y le indemnice los daños y perjuicios que le causó, y podrá dirigirse contra el vendedor que lo cobró para intentar probar que lo consumió de mala fe.

2. La *existencia* de la cosa es un presupuesto objetivo de la adquisición de la propiedad, para quien la está haciendo existir y para quien se la compra.

La ley permite la venta de cosa *futura*, o sea, de cosa inexistente en el momento de la perfección de la venta, pero su efecto traslativo queda pendiente del cumplimiento de la condición legal, de la existencia de la cosa, antes del momento de la transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad (arts. 1.160; 1.460, 1; 448 CC).

Aquí sólo cabe hacer algunas observaciones concretas, como las siguientes.

La venta de cosa futura está relacionada con el contrato de prestación de servicios y con el contrato de obra, para la construcción, fabricación o elaboración artesana de la cosa, así como con la declaración de estar la obra en construcción o la edificación terminada.

La venta de un solar o terreno sobre el que se está construyendo una casa no ofrece dudas en cuanto se vende el suelo sobre el que se está edificando, pero la venta de un local o de una vivienda integrantes en régimen de propiedad horizontal de un edificio en construcción que ha causado las correspondientes inscripciones separadas de las unidades integrantes del edificio en construcción presenta dificultades de configuración.

Desde luego no puede conformarse documentalmente como una compra-

venta normal al igual que si se tratara de un local o una vivienda de un edificio terminado de construir, susceptible de entrega por constituto posesorio instrumental (art. 1.462, 2 CC).

Quizá podría configurarse como una venta especial referida a la participación indivisa en la propiedad de los elementos comunes actuales, como son el solar y la parte de estructura ya construida, así como en los futuros, y a la propiedad exclusiva de los elementos privativos existentes acaso y de los futuros, según contrato de obra a ejecutar por el vendedor constructor o concertado por el promotor de la edificación, en cuanto dicho local o vivienda del edificio en construcción conste registrado separadamente y así exista registralmente como objeto de contrato de hipoteca inscribible, pues aunque la hipoteca es un derecho real no posesorio cuya constitución ontológicamente excluye la posibilidad de tradición, es un derecho a ejecutar judicialmente la finca en subasta pública que puede terminar con una «venta» al mejor postor de la finca formalizada en escritura notarial o con un auto de adjudicación en pago al ejecutante.

Esta conformación habrá de acomodarse a las circunstancias del caso, pero no puede considerarse que existe un contrato de cesión de derecho incorporal porque se vende, al menos, un porcentaje o participación indivisa del solar, como cuando un comunero vende su cuota indivisa de alguna finca sobre la que se está construyendo una obra, si todos y cada uno de los condueños poseen la finca común, no cuando la finca está poseída por un tercero en concepto de dueño (arts. 445, 450 CC).

Y para asegurar al comprador contra los riesgos del denominado fraude inmobiliario convendría manifestar en la escritura algo más que no sea limitarse a decir que el edificio se encuentra en construcción, aunque sólo sea referenciar la licencia de obra, acordar que cierta parte del precio se pagará en el momento de la entrega y toma de posesión, que se realizará mediante acta de entrega cuando esté certificada la terminación de la obra de conformidad con la licencia. Incluso iniciar la descripción de la finca separada con la palabra «futura» vivienda (o futuro local) del edificio en construcción...

Lo dicho puede aplicarse al denominado cambio de solar por obra, usualmente configurado como la permuta de un solar, que es cosa existente, por unos determinados locales o viviendas del edificio a construir, que se entregarán una vez terminados de conformidad según acta de entrega, pactando acaso una condición resolutoria de la transmisión del solar en caso de incumplimiento; sin perjuicio de contratar la reserva de la participación indivisa del solar que ha de corresponder a los locales o viviendas en la propiedad horizontal del edificio; pero sin olvidar las complicaciones que pudieran surgir si el prestamista que ha de financiar la construcción exige que se constituya una sola hipoteca sobre todo el edificio, sin distribuir la responsabilidad entre sus componentes.

Es importante resaltar que la situación *especial* del objeto del contrato puede ser *desconocida* por el que cree adquirir una vivienda ya terminada si no se le manifiesta claramente en el momento del otorgamiento, sobre todo cuando se formaliza la venta o la permuta en un documento privado redactado por el vendedor o permutante.

En este caso podría aplicarse el análisis que expuse a propósito de la venta de cosa no poseída por el vendedor, según que el comprador *conozca* o *desconozca* la desposesión de quien le vende; análisis que también procede aplicar en el supuesto de venta de cosa ajena según que el comprador *conozca* o *desconozca* que la cosa no pertenece al vendedor sino a un tercero.

Porque dicho análisis, la distinción entre el *conocimiento* y el *desconocimiento* de la especialidad del supuesto contractual, es aplicable a cualquier contrato de compraventa que no sea el normal (de cosa existente, específica, propia del vendedor y poseída por éste) porque tiene por objeto una cosa que en el momento de la perfección del consentimiento no existe pero puede existir (cosa futura), o no está determinada suficientemente y falta especificarla (cosa genérica), o pertenece a un tercero y ha de ser adquirida (cosa ajena), o está poseída en concepto de dueño por un tercero poseedor usucapiente y sólo puede venderse o, mejor dicho, cederse el derecho de propiedad incorporal del propietario desposeído (cosa propia no poseída).

3. Respecto a la llamada *venta de cosa ajena*, naturalmente, hay que distinguir el sistema alemán y el sistema latino.

3.1. Según el *sistema alemán*, el contrato de compraventa sólo es obligatorio, no es traslativo aunque sea de finalidad traslativa, sólo obliga a transmitir la propiedad pero no la transmite, de manera que la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor, en el momento de la perfección del contrato de venta, no es presupuesto objetivo del contrato, y puede venderse cosa ajena, aunque el comprador ha de conocer que la cosa no pertenece al vendedor porque así se lo ha de manifestar el vendedor que conoce tal circunstancia.

La transmisión del derecho de propiedad es efecto del negocio dispositivo de transmisión, del acuerdo real, seguido de la transmisión de la posesión de cosa mueble o seguido de la inscripción si la cosa es inmueble, aunque el acuerdo real mobiliario, normalmente, se infiere de la transmisión real de la posesión, de manera que, en principio, es necesario que el enajenante de cosa mueble sea el propietario en el momento de la transmisión de la posesión en concepto de dueño. Si bien, según otro principio, quien recibe la posesión en concepto de dueño, por efecto del acuerdo real adquiere la propiedad, que deja de pertenecer al que lo fue hasta que transmitió la posesión, en aquellos supuestos en que la ley así lo dispone para dar

seguridad al tráfico jurídico de bienes, considerando la confianza en la apariencia de pertenencia del derecho deducida de la posesión en concepto de dueño.

3.2. Según el *sistema latino* el contrato de compraventa es primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio: es un acuerdo de dos voluntades recíprocamente traslativas, aun cuando la ley exija el cumplimiento de algún requisito adicional, posterior al contrato.

Es más, en el sistema italiano el contrato de compraventa *normal*, el de cosa específica propiedad del vendedor, es traslativo inmediatamente, porque la ley no exige en tal caso el cumplimiento del adicional requisito histórico-romano de la transmisión de la posesión en concepto de dueño que es la transmisión de la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad, al vendedor antes de la tradición y al comprador después de la tradición. La transmisión del derecho es inmediata y no *mediante* la tradición de la posesión.

Pero en el sistema italiano el contrato de compraventa en supuestos *especiales* no transmite inmediatamente sino mediante el cumplimiento de algún requisito legal, como ocurre en el supuesto de venta de *cosa ajena*, que no pertenece al vendedor en el momento de la perfección del contrato, de manera que falta un presupuesto objetivo para que el derecho pueda transmitirse (como también falta el presupuesto objetivo de la existencia de la cosa cuando se vende cosa futura, inexistente en la actualidad de la perfección del contrato).

3.3. Según el sistema latino *español*, cuando el vendedor *conoce* que vende cosa ajena, que no posee, ha de manifestarlo al comprador, porque no se trata de una venta normal de cosa propia del vendedor y poseída por éste, y, si el comprador la consiente, la ley exige que el vendedor sea propietario de la cosa en el momento de entregar su posesión (art. 1.160 CC), porque en este momento el vendedor transmite la posesión *en concepto de dueño* de la cosa y así manifiesta, al menos tácitamente, que es el propietario por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC). Sin perjuicio de que el comprador, al contratar, pueda exigir alguna futura prueba del título determinado por el que el vendedor adquirirá el derecho de propiedad después de la perfección de la venta.

Puede ocurrir que el vendedor manifieste que es el propietario de la cosa que posee en concepto de dueño, que crea ser el propietario al contratar y al entregar la cosa, cuando *desconoce* que no es el propietario verdadero aunque sea el propietario aparente y presunto en cuanto es el poseedor en concepto de dueño (art. 448 CC).

Si el comprador que recibió del vendedor la entrega de la posesión en concepto de dueño, posteriormente, es despojado de la posesión por un

tercero que se atribuye la propiedad, podrá reivindicar para recobrar la posesión, con el auxilio procesal del vendedor, y si es vencido por el poseedor podrá exigir que el vendedor responda por su incumplimiento del contrato, porque no era propietario al vender ni al entregar (art. 1.475 CC). Responsabilidad del vendedor que se agrava cuando entregó cosa ajena actuando de mala fe porque conocía que no era dueño de la cosa que entregó como propia, cuando no manifestó al comprador y silenció que no era el verdadero propietario aunque era el propietario presunto (art. 448 CC).

Si el comprador que recibió del vendedor poseedor la entrega de la posesión en concepto de dueño es inquietado en su posesión por un tercero que se jacta de ser el propietario verdadero (acaso manifestando que el vendedor sólo era un poseedor usucapiente y no el propietario por usucapición) no podrá exigir que el vendedor le pruebe que era el propietario al entregarle la cosa, con otro medio que no sea la posesión, cuando no lo exigió al comprar, ni podrá exigir que el vendedor actúe contra el tercero para acallarlo.

Para acabar con la situación de incertidumbre tendrá que ser él mismo quien demande al tercero, mas no ejercitará una acción reivindicatoria, porque no posee el tercero sino el demandante; tendrá que ejercitar una acción declaratoria del dominio, con el auxilio procesal del vendedor que es su garante (otor) de que el derecho le pertenecía al entregarle la posesión en concepto de dueño, y el vendedor responderá ante el comprador si el demandado resulta vencedor porque la sentencia firme declara que era el verdadero propietario cuando el comprador realizó la entrega de la cosa ajena como si fuera propia.

Si el comprador, en el proceso reivindicatorio o en el proceso declaratorio del dominio, puede probar que después de la entrega se ha cumplido la usucapición a su favor, en el supuesto de que se probara que el vendedor no era el propietario al realizar la entrega, y obtiene sentencia estimatoria de su pretensión de ser declarado verdadero propietario, podrá actuar contra el vendedor para que le indemnice los daños y perjuicios que haya sufrido por no ser el vendedor propietario de la cosa al realizar la entrega, suponiendo que el comprador desconocía esta circunstancia, que acaso el vendedor le ocultó, con mala fe.

Se ha de considerar que en la contratación inmobiliaria es normal que el comprador exija al vendedor alguna otra prueba de la pertenencia del derecho que no sea la posesión en concepto de dueño solamente, y es usual la manifestación y exhibición de la escritura notarial que conforma y prueba su título adquisitivo material, e incluso que éste consta inscrito y publicado en el Registro de la Propiedad.

Según el sistema latino francés e italiano el vendedor queda obligado a

entregar la posesión en concepto de dueño de la cosa pero no queda obligado a transmitir el derecho de propiedad sobre la cosa. Mas no porque si quedara obligado a transmitir el derecho sería nula la venta de cosa ajena cuando el comprador conoce el hecho y acepta el contrato, contra el principio proclamado de que la venta es traslativa inmediatamente, sin mediar tradición. Sino porque el vendedor, al perfeccionarse el contrato, normalmente dispone traslativamente de cosa propia y excepcionalmente dispone traslativamente de cosa que conoce no le pertenece y se obliga a adquirir antes de transmitir la posesión en concepto de dueño, porque la ley admite este supuesto de compraventa excepcional o *especial*.

El Derecho español, para este supuesto de compraventa *especial*, refiere el presupuesto objetivo de la pertenencia del derecho de propiedad al vendedor al momento de la entrega (art. 1.160 CC) y no al momento de la perfección del contrato, porque las partes así lo quieren y la ley lo admite teniendo en cuenta que al transmitir la posesión en concepto de dueño es cuando se transmite al comprador la prueba por presunción legal de la pertenencia del derecho de propiedad (art. 448 CC).

Procede considerar que la venta de cosa ajena, cuando ambos contratantes conocen esta realidad, no es una venta voluntariamente condicionada a la adquisición del derecho de propiedad sino que es una venta condicionada *legalmente*, sometida al requisito adicional de que el vendedor queda obligado a adquirir el derecho de propiedad porque ha de ser propietario en el momento de la transmisión de la posesión en concepto de dueño.

Supuestos especiales de venta de cosa ajena se han considerado al analizar la acción reivindicatoria y los casos en que se excluye la reivindicabilidad de la cosa vendida por el no propietario por aplicación de principios que han de considerarse excepcionales, aunque puedan ser muy importantes o frecuentes, en cuanto implican una excepción al principio general de la adquisición derivativa y causal en el tráfico jurídico de bienes, sobre todo por contrato de compraventa.

3) Código Civil italiano de 1942.

En el Código Civil italiano vigente desde 1942 no tiene equivalente el artículo 1.240 del Código Civil de 1865, precepto inspirado en Pothier, similar al artículo 1.160 del Código Civil español de 1889, aunque varios artículos regulan el pago al acreedor incapaz (art. 1.190), el pago por un incapaz (art. 1.191), el pago mediante entrega de *cosa ajena* (art. 1.192), el pago al acreedor aparente (art. 1.189), el pago por un tercero (art. 1.180).

1. Ahora bien, al regular la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida, el artículo 1.465, con el epígrafe «contrato con efecto traslativo o constitutivo» dispone que «en los contratos que transmiten la propie-

dad de una cosa determinada o bien constituyen o transmiten derechos reales, el perecimiento de la cosa por causa no imputable al enajenante no libera al adquirente de la obligación de satisfacer la contraprestación, aunque la cosa no le haya sido entregada.

La misma disposición se aplica en el caso en que el efecto traslativo o constitutivo se difiere hasta el cumplimiento de un término.

Cuando el objeto de la transmisión sea una cosa determinada por el género, el adquirente no queda liberado de la obligación de satisfacer la contraprestación *si el enajenante ha hecho la entrega o si la cosa ha sido individualizada*.

El adquirente, en todo caso, queda liberado de su obligación si la transmisión estaba sometida a condición suspensiva y la imposibilidad sobreviene antes de que se verifique la condición».

2. Al regular la venta, el artículo 1.472, que trata de la «venta de cosa futura» dispone que «En la venta que tiene por objeto una cosa futura la adquisición de la propiedad se verifica en cuanto la cosa llega a existir. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de una finca, la propiedad se adquiere cuando se cortan los árboles o se separan los frutos».

3. Además, el artículo 1.478, que trata de la «venta de cosa ajena» dispone que si en el momento del contrato la cosa vendida no era propiedad del vendedor, éste queda obligado a procurar la adquisición al comprador. El comprador deviene propietario en el momento en que el vendedor adquiere la propiedad del titular de la misma.

Seguidamente, el artículo 1.479, para el caso de «buena fe del comprador» dispone que «el comprador puede pedir la resolución del contrato si cuando lo convino ignoraba que la cosa no era propiedad del vendedor y si entretanto el vendedor no le ha hecho adquirir la propiedad...»

A continuación otros artículos tratan del «peligro de la reivindicación» (art. 1.481), de la «cosa gravada con garantía real u otro vínculo» (art. 1.482), de la «evicción total de la cosa» (art. 1.483), de la «evicción parcial» (art. 1.484), de la «llamada en causa al vendedor» (art. 1.485), de la «responsabilidad limitada del vendedor» (art. 1.486), etc.

Con su sistema de contrato de compraventa *normal* inmediatamente traslativo, el Código Civil italiano precisa que en las compraventas *especiales*, que no pueden ser traslativas inmediatamente porque se vende cosa genérica, cosa futura o cosa ajena, la propiedad se adquiere en el momento en que se cumpla la condición legal *especial*, el presupuesto objetivo necesario, en que la cosa queda especificada, llega a existir o se adquiere y pasa a ser propia del vendedor.

4. En el Derecho español cabe entender que el momento del cumplimiento de la condición legal *especial* afecta a la transmisión entre las partes contratantes. En este sentido, el artículo 1.452, 3 CC dispone que «Si las

cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el *riesgo* al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora» de *especificación*.

En cuanto a tercero, el artículo 1.160 del Código Civil español se refiere al momento del cumplimiento de la condición legal *normal*, al momento de la transmisión de la posesión en concepto de dueño, que es el momento de la transmisión de la propiedad presunta (art. 448 CC).

VII. ASEGURACIÓN REGISTRAL DE LA ADQUISICIÓN CONSOLIDADA

Respecto a la aseguración registral de la adquisición consolidada, si se tiene en cuenta lo ya expuesto en estudios anteriores y en éste, sólo parece oportuno recordar la perspectiva histórica de algunas cuestiones puntuales pero fundamentales.

1) Reforma de 1861.

Por Decreto de 8 de febrero de 1861 se dispuso que «El proyecto de Ley Hipotecaria presentado por el Gobierno de S. M. a las Cortes se publicará desde luego como Ley en la Península e Islas adyacentes» (art. 1.º), y que «Esta Ley empezará a regir dentro del año siguiente a su promulgación en el día que señale el Gobierno de S. M.» (art. 2.º). Por Real Decreto de 21 de junio de 1861 se aprobó el Reglamento General para la ejecución de la Ley Hipotecaria.

1. El legislador de 1861, inspirado en el coetáneo sistema registral prusiano de inoponibilidad a tercero inscrito de lo no inscrito en el folio real (principio de publicidad) formuló una «*Ley de terceros*» causahabientes del titular registral del dominio, principalmente a causa de un contrato de compra o a causa de un contrato de hipoteca, con título adquisitivo inscrito; formuló una Ley para *asegurar* la firmeza de la adquisición del derecho de propiedad vendido y transmitido por el titular registral del dominio al comprador cuyo título adquisitivo queda inscrito, y para asegurar la firmeza de la adquisición del derecho de hipoteca constituido por el titular registral del dominio al acreedor hipotecario cuyo contrato de hipoteca queda inscrito, a menos que se probara que dichos terceros habían contratado de mala fe porque en el momento de la perfección del contrato sabían que el derecho de propiedad no pertenecerá al vendedor o hipotecante tal como aparecía en el Registro.

1.1. Según el primordial artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (que es el art. 606 del Código Civil y el art. 32 de la Ley Hipotecaria

vigente), «Los títulos... (inscribibles) que no estén inscritos... no podrán perjudicar a tercero»... causahabiente del titular registral, si se inscribe su título adquisitivo.

La aclaración que adiciono al texto legal resulta de los artículos 27 y 20: «Para los efectos de esta Ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito» (art. 27), a favor del que «transfiera o grave» el dominio o derecho de que se trate (art. 20).

1.2. Por otra parte, «los títulos inscritos... surtirán efecto... en cuanto a (dicho) tercero... desde la fecha de la inscripción» de los mismos (según el art. 25) que es... la fecha del asiento de presentación... (según el art. 28).

Esta es la interpretación *prusiana* del principio de publicidad y del concepto de tercero al que es oponible lo inscrito pero es inoponible lo no inscrito en el folio real, en el que la inscripción *no sustituye* a la tradición como condición legal necesaria para la consolidación de la transmisión del derecho de propiedad a causa o por efecto del contrato de compraventa.

2. Por otra parte, aunque suele olvidarse, el legislador de 1861 formuló una Ley por la que el «antiguo Registro», es decir, la Contaduría de *Hipotecas*, quedó *sustituido pero continuado* por el «nuevo Registro», que es el actual Registro de la *Propiedad*.

2.1. En este sentido son terminantes las Disposiciones transitorias para la que se llamó «*implantación*» del nuevo Registro, las del Título XIII de la Ley de 1861, que tratan «De la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes» (arts. 347 a 388), las del Título XIV, «De la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas —es decir, de los contratos otorgados y no inscritos— antes de la publicación de la presente Ley» (arts. 389-410), y las del Título XV, acerca «De los *libros* del Registro anteriores a esta Ley y su relación con los nuevos» (arts. 411 a 416, último de la Ley aprobada el 3 de julio de 1860).

A estas Disposiciones Transitorias legales hay que añadir las del Reglamento de 1861, que quizá sean más ilustrativas desde la perspectiva actual, las del Título XIII, que trata «Del efecto de las *inscripciones* hechas en los antiguos Registros (arts. 307 al 315) y las del Título XIV, que son «Disposiciones relativas a la inscripción de los *títulos* no registrados al publicarse la Ley» (arts. 316 al 333, último del Reglamento).

2.2. Es harto sabido que surgieron muchas dificultades para la creación de la Dirección General de los Registros, el nombramiento de los nuevos Registradores, la confección de los nuevos libros, etc. que impidieron *implantar* el nuevo Registro y que entrara en vigor la nueva Ley dentro del plazo de un año previsto en el Real Decreto de 8 de julio de 1861, hasta que por Real Decreto de 11 de junio de 1862 se puso envigor la nueva Ley desde 1.º de enero de 1863, y aun entonces la implantación no fue total sino transitoriamente *parcial* pues quedaban excluidos de apli-

cación inmediata preceptos tan importantes como los artículos 17, 20, 34, 35 y otros más.

2.3. Hasta que la Ley de 21 de diciembre de 1869 autorizó al Gobierno para llevar a cabo su propuesta de reforma de la Ley Hipotecaria de 1861, que fue publicada en las Gacetas de 30 de octubre a 12 de noviembre de 1870 y entró en vigor el día 1.º de enero de 1871, a la vez que el nuevo Reglamento general para la ejecución de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 29 de octubre de 1870.

2.4. Según el artículo 17 de la Ley «Inscrito en el registro ("nuevo") cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble». Así, la inscripción 1.^a de una finca en el nuevo Registro impedía el acceso al nuevo Registro de los títulos de fecha anterior al registrado con la inscripción 1.^a, lo que era y continúa siendo un efecto *formal* o de procedimiento (no un efecto sustantivo o de atribución de la pertenencia del derecho de propiedad), pero conforme con el principio sustantivo del artículo 23, complementado por el artículo 27, y con la configuración legal y reglamentaria del Registro de la Propiedad como *continuador* de la Contaduría de Hipotecas.

2.5. Según el artículo 20 de la Ley «... será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave», lo que de hecho obstaculizaba la implantación del nuevo Registro y su inscripción 1.^a

«Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente (del que habría podido tomarse razón en la Contaduría de Hipotecas), y, en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos... «referentes al expediente judicial de información posesoria». Concretamente, según el artículo 397, «El propietario que careciere de título de dominio escrito —lo que era muy frecuente—, deberá inscribir su derecho justificando previamente su posesión —en concepto de dueño, es decir, su presunta pertenencia del derecho de propiedad— ante el Juez de primera instancia del lugar en que estén situados los bienes, con audiencia del promotor fiscal si tratare de inscribir el dominio pleno de alguna finca, y con la del propietario o la de los demás partícipes en el dominio, si pretendieren inscribir un derecho real...».

En relación con el artículo 20, hay que tener en cuenta bastantes Disposiciones transitorias, que conviene espigar.

Según el artículo 316 del Reglamento de 1861 «Entendiéndose publicada la Ley Hipotecaria desde el día que oportunamente se señale para que empiece a regir... (que no fue hasta 1.º de enero de 1863, y con carácter

parcial), todos los actos y contratos que hasta dicho día se verifiquen se sujetarán a la legislación anterior».

Según el artículo 307 del mismo Reglamento «Las inscripciones de los antiguos registros surtirán, en cuanto a los derechos que de ellos consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones, aunque carezcan de alguno de los requisitos que exigen los artículos 9 y 13 de la Ley bajo la pena de nulidad y no se lleguen a trasladar a los nuevos registros».

Según el artículo 312 del mismo Reglamento «Todos los que tengan a su favor inscripciones en los registros antiguos, que carezcan de alguna de las circunstancias que exigen los artículos 9 al 13 de la Ley, podrán solicitar que se trasladen a los nuevos registros, con la adición expresada en el artículo 21 de este reglamento, aunque no se haya verificado acto ni contrato que exija una nueva inscripción» en el nuevo registro.

Según el artículo 389 de la Ley «Los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito (en la Contaduría de Hipotecas) bienes o derechos (adquiridos en virtud de títulos) que según ella se deben inscribir, podrán inscribirlos (en el nuevo Registro de la Propiedad)».

Así pues, desde 1.º de enero de 1863 en que entró en vigor la Ley con su Reglamento y quedó implantado el nuevo Registro, aunque con suspensión temporal de la vigencia de algunos artículos, la inscripción 1.ª de compra en el *nuevo* Registro de la Propiedad NO podía ser la inscripción de un título de compra de fecha posterior a 1862. Para que este título se pudiera inscribir debía constar inscrito previamente el título de adquisición por el vendedor, de fecha anterior a 1863, o, en su defecto, un título supletorio de información posesoria.

2.6. Claro que como el *nuevo* Registro era *continuador* del antiguo Registro de la Contaduría de Hipotecas, la inscripción 1.ª en el *nuevo* Registro de un título de compra de fecha *posterior* a 1862 podía fundamentarse en la previa inscripción existente en el antiguo Registro del título de adquisición del dominio por el vendedor, aunque no se trasladara al nuevo Registro. Si se utiliza la terminología hoy usual, la *última* toma de razón del dominio en el *antiguo* Registro cumplía la misma función que cumple una inscripción *primera*, «inmatriculadora», en el actual Registro de la Propiedad, de manera que la inscripción 1.ª según su número ordinal en el nuevo Registro cumplía entonces la misma función que cumple hoy una inscripción «segunda», 2.ª según su número ordinal, en el actual Registro de la Propiedad. Es decir que, el comprador de la inscripción 1.ª en el *nuevo* Registro era un tercero respecto al título inscrito a favor del vendedor en la *antigua* Contaduría de Hipotecas (art. 307 RH 1961, en relación con los artículos 20, 23 y 27 de la LH 1861).

Además, la inscripción 1.ª en el *nuevo* Registro también podía ser simple *traslado* de la última inscripción del dominio en el *antiguo* Registro

correspondiente al título de adquisición del dominio por el vendedor (art. 312 RH 1861), de manera que, incluso formalmente, la inscripción a favor del comprador sería una inscripción 2.^a, y el comprador sería un evidente tercero respecto al título por el que adquirió el vendedor, registrado en el nuevo Registro mediante la inscripción 1.^a de simple traslado.

Es más, la inscripción 1.^a en el *nuevo* Registro también podía ser la inscripción del título adquisitivo del vendedor, de fecha anterior a 1863, que hasta entonces pudo haber sido registrado en la Contaduría de Hipotecas pero no lo había sido. Dicho título anterior o *antiguo* podía registrarse por inscripción 1.^a en el nuevo Registro (art. 389 LH 1861). Pero entonces el titular registral según la inscripción 1.^a no era un tercero conforme al artículo 27 de la Ley. Esta inscripción 1.^a sólo era la inscripción *previa necesaria* para que pudiera inscribirse, con inscripción 2.^a, el título del comprador de fecha posterior a 1862, o sea, el título del tercero asegurado.

Así pues, la inscripción a favor del comprador de su título «nuevo» (posterior a 1862) debía fundamentarse en la inscripción previa del título «antiguo» (anterior a 1863) por el que el vendedor adquirió el dominio, en la inscripción de un *título antiguo probado documentalmente y publicado registralmente*, bien por su inscripción «antigua» en la Contaduría de Hipotecas, trasladada al nuevo Registro o no trasladada al nuevo Registro, o bien por su «nueva» inscripción 3.^a en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de suplir la falta de título «antiguo» del vendedor mediante expediente de información posesoria, *publicado* por su inscripción 1.^a en el nuevo Registro, que era previa y necesaria para la inscripción 2.^a del título «nuevo», a favor del tercero comprador.

Todo ello con el fin de apoyar la atribución del dominio al «nuevo» comprador en una suficiente *prueba documental de la pertenencia del dominio al vendedor*, que fuera «antigua» y *publicada registralmente* para evitar el grave riesgo de las escrituras «nuevas» falsas o simuladas y para fundamentar la *aseguración* del tercero comprador en su confianza en la apariencia registral de pertenencia del dominio al vendedor, porque esta aseguración podía hacer *perder la propiedad* a quien fue el verdadero propietario hasta el momento de la presentación en el Registro del «nuevo» título de compra seguidamente inscrito, si no se conseguía probar que el comprador era de mala fe porque al contratar conocía que el vendedor no era el verdadero propietario sino que, en su caso, lo era, pero sin título formal probatorio, el poseedor en concepto de dueño; quien podía esperar a ser demandado en juicio reivindicatorio, amparado en la presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad al poseedor en concepto de dueño, hasta que la protección al tercero del artículo 23 (hoy 32) de la nueva Ley Hipotecaria de 1861 le enfrentó al riesgo de perder la propiedad

si no se apresuraba a documentar su título material de pertenencia y a registrarlo.

Este es el espíritu *prusiano* de la Ley Hipotecaria de 1861, que trata de proteger al que es tercero respecto al previo *contenido* registral del folio real.

Algunos autores (Manuel Amorós Guardiola, José Manuel García García, Antonio Pau Pedrón) entienden que el artículo 23 de la Ley de 1861 procede del sistema francés y se refiere también al «inmatriculante» respecto a una previa situación de *vacío registral*, de manera que el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código Civil, en caso de doble venta, sustituye la tradición como «modo» de adquirir por la inscripción.

Pero este es un error de interpretación que resulta evidente si se recuerda la historia de la implantación de la Ley Hipotecaria de 1861, y que el Código Civil, conforme a lo dispuesto en su artículo 606 —que reproduce el artículo 23 de la Ley de 1861— y en su artículo 608 —que mantiene la vigencia del sistema *registral* de la Ley de 1861 reformada en 1869— ha de interpretarse coherentemente, de manera que el párrafo segundo del artículo 1.473 no puede ser un precepto discordante, que excepcione lo dispuesto por su artículo 609, párrafo segundo, al final, sustituyendo por la inscripción del contrato de compraventa la previa necesidad de la tradición por el vendedor poseedor en concepto de dueño (no por el vendedor desposeído, que ésta es otra cuestión). Sin perjuicio de la reforma *civil-hipotecaria* introducida por su artículo 1.857 en cuanto se refiere a que la inscripción del contrato de constitución del derecho de hipoteca es necesaria para la eficacia del contrato.

El Código Civil no cambia los principios vigentes de tradición necesaria y de inscripción declarativa y aseguradora.

El artículo 1.473, 2 tenía un precedente en el Proyecto de Código Civil de 1851 que estaba inspirado en el sistema de Luzuriaga, de tradición no necesaria (sistema francés), pero de inscripción necesaria de fincas (sistema sajón).

2.7. El artículo 20, con la reforma de la Ley en 1969, dispuso que «El no hallare inscrito el dominio de un bien inmueble o derecho real a favor de la persona que lo transfiera o grave, sin estar tampoco inscrito a favor de otra, no será motivo suficiente para suspender la inscripción o anotación preventiva si del título presentado o de otro documento fehaciente resulta probado que aquella persona adquirió el referido dominio antes del día 1.º de enero de 1863 (fecha de entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 1861); pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición (por el vendedor transferente en su caso) tomándolas de los documentos necesarios al efecto...».

El título «antiguo» por el que adquirió el vendedor antes de la entrada

en vigor de la Ley de 1861 ya no queda inscrito con una inscripción 1.^a que precede en el tiempo y en el folio real a la inscripción 2.^a del título «nuevo» del que compra. El título nuevo de compra queda registrado en una inscripción 1.^a Es decir, que una sola inscripción publica las pruebas de dos transmisiones sucesivas, de manera que la segunda transmisión, la del vendedor al comprador, no está precedida en el tiempo y en el folio real por otra inscripción, y así el comprador *no* es un tercero a efectos de la aseguración del artículo 23, teniendo en cuenta la definición legal de tercero según el artículo 27, preceptos ambos que continuaron vigentes, pese a la reforma de 1909, hasta que la reforma de 1944-1946 omitió la definición del artículo 27 de la Ley de 1861 y dio el número 32 al que hasta entonces fue el artículo 23, para acercarlo al artículo 34 precedido del artículo 33, de la Ley de 1861 y de la Ley vigente.

Así pues, desde 1871, ya vigente, la reforma de 1869, la inscripción 1.^a del artículo 20 de la Ley de 1869, que es hoy la inscripción 1.^a del artículo 205 de la actual Ley de 1946, pasó a ser una inscripción inmatriculadora, pero no pasó a ser una inscripción a favor de un tercero inscrito y asegurado conforme al artículo 23 de la Ley de 1861, que es el artículo 32 de la Ley vigente.

Esto, sin perjuicio del efecto formal de cierre del Registro resultante del artículo 17, en la Ley de 1861 y en todas las posteriores, incluida la vigente.

Para facilitar la perspectiva histórica de esta situación con la compulsa de preceptos, conviene traer a colación los siguientes artículos que no requieren comentario adicional.

De la Ley Hipotecaria de 1869.

Según el artículo 411 «Los asientos contenidos en los libros de Registro existentes en las Contadurías de Hipotecas producirán los efectos que les correspondan según la legislación anterior al día 1.º de enero de 1863.

Si los referidos asientos se han trasladado o se trasladaren a los libros de Registro abiertos con arreglo a lo prescrito en la ley de 8 de febrero de 1861, producirán los efectos que la misma les atribuye, con las modificaciones establecidas en la presente...».

Según el artículo 412 «Si existiere algún libro de los expresados en el primer párrafo del artículo anterior que no se hubiere cerrado con arreglo a lo prescrito en la ley de 8 de febrero de 1861, se cerrará con las formalidades siguientes...». (Pero hasta muchos años después no se ordenó su traslado a los Archivos históricos.)

Según el artículo 413 «Los Registradores que no hubieren completado, reformado o hecho de nuevo, si hubiere sido necesario, los índices existentes en los Registros de las respectivas Contadurías de Hipotecas, deberán verificarlo en el término de... Durante el referido término... continuarán...

haciendo anotaciones preventivas por falta de índices...». Lo que no pudo cumplirse en la mayor parte de los Registros por el defectuoso estado de los libros e índices de las Contadurías, que tenían que ser referenciados en los libros del «nuevo» Registro. (Así, estaban plagados de anotaciones preventivas por falta de índices los libros del «nuevo» Registro, abiertos desde 1863.)

Según el artículo 416 «En toda inscripción, anotación preventiva o cancelación que se haga en los nuevos libros de finca o derecho inscrito bajo cualquier concepto en los libros antiguos, se citará el número, folio y nombre del libro en que se halle dicho asiento...». Algo que, en general, no pasó de ser un buen propósito.

Según el artículo 315 del Reglamento de 1870 «Para los efectos de la Ley hipotecaria y de este reglamento, se entenderá que son libros o Registros *antiguos* los anteriores a 1.º de enero de 1863, y *modernos* los posteriores a aquella fecha», lo que interesaba tener presente para comprender algunas disposiciones.

De la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 interesa destacar unos cuantos artículos:

Según el artículo 20 «Para inscribir o anotar los documentos en virtud de los que se transfiera o grave el dominio o la posesión de bienes inmuebles o derechos reales, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se haga la transmisión o gravamen...

No obstante (según el párrafo tercero), podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos otorgados por personas que hubiesen adquirido el derecho sobre los mismos bienes con posterioridad al 1.º de enero de 1909, siempre que justifiquen su adquisición con documentos fehacientes y no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.

Estas inscripciones no surtirán efecto contra (más bien "respecto de") tercero hasta después de transcurridos dos años contados desde la fecha en que fueron hechas...», limitación que no constaba en la Ley de 1869.

Según el artículo 401 «Los asientos de dominio hechos en la extinguida Contaduría de hipotecas... no surtirán efecto si los interesados... no solicitan la traslación... en el plazo de cinco años, contados desde la promulgación de la ley de 21 de abril de 1909».

Según el artículo 402 «Transcurridos los plazos expresados... caducarán de derecho los mencionados asientos y no podrá ya verificarse traslación alguna».

Pero, según el artículo 507 del Reglamento, «... los documentos antiguos de que se hubiere tomado razón en las Contadurías de Hipotecas,

podrán ser inscritos, cuando proceda, con sujeción al párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley», es decir, como títulos inmatriculadores.

En este sentido, el artículo 87 del Reglamento dispuso que «Conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 20 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción: 1.º Los documentos comprendidos en el artículo 3.º de la ley anteriores al 1.º de enero de 1909, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento. 2.º Los otorgados desde 1.º de enero de 1909, siempre que el transmitente justifique con documentos fehacientes la adquisición anterior a dicha fecha de la finca o derecho que se trate de inscribir...

Y según el artículo 90 del Reglamento «La limitación de dos años consignada en el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley, relativa a los documentos anteriores a 1.º de enero de 1909, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos anteriores a 1.º de enero de 1863».

Según la vigente Ley (redactada por Decreto de 8 de febrero de 1946), conforme al artículo 20, párrafo tercero, «Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el expreso derecho (de dominio) y no se acredite fuere inscribible con arreglo al artículo 205, los Registradores harán anotación preventiva a solicitud del interesado, la cual subsistirá durante el plazo que señala el artículo 96 de esta Ley».

Según el artículo 205 (antes p. 3.º del artículo 20 de la LH de 1909) «Serán inscribibles sin necesidad de la previa inscripción los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados.

En el asiento que se practique se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto».

Y según el artículo 207 (antes p. 4.º del art. 20 de la LH de 1909) «Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha».

El vigente Reglamento de 14 de febrero de 1947, en su artículo 290, dispone que «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley, podrán inscribirse sin el requisito de la previa inscripción:

1.º Los documentos comprendidos en su artículo 3.º que sean anteriores en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento»... Lo que ex-

cede de lo dispuesto por el artículo 205 de la ley que se refiere, en todo caso, a «los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos...».

Y el artículo 302 del Reglamento también se excede al disponer que «La limitación de dos años, consignada en el artículo 207 de la Ley, no alcanzará a las inscripciones que se practiquen en virtud de documentos públicos anteriores a 1.º de enero de 1909».

No obstante, procede advertir que ninguno de estos preceptos ha alterado el concepto de tercero del artículo 32 de la Ley de 1946 tal como resultaba de los artículos 23 y 27 de la Ley de 1861, aunque la reforma de 1944-1946 omitiera la definición legal del artículo 27.

Ni se ha demostrado que el artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil implica la reforma de la solución dada a la doble venta por la legislación registral en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, que es el artículo 606 del mismo Código Civil, un Código que en su artículo 608 deja subsistente la legislación *del Registro de la Propiedad* (aunque en el artículo 1.875 modifique la legislación *civil* al configurar como necesaria la inscripción del contrato de constitución del derecho de hipoteca conformado y probado mediante escritura notarial).

Que el artículo 32 de la Ley vigente, al igual que el artículo 23 de la Ley de 1861 se refiere, siempre, a un tercero respecto a un contrato inscrito antes y no a un inmatriculante lo demuestra, además, el mismo artículo 207 de la Ley vigente, que fue el párrafo 4.º del artículo 20 de la Ley de 1909 (como el artículo 205 de la Ley vigente fue el párrafo tercero del artículo de la Ley de 1909).

2.8. En 1861, al legislador le preocupaba que, pese a la calificación del registrador, pudieran acceder al registro títulos nulos, como los títulos falsos o simulados para lograr la inscripción 1.ª, previa a la del comprador tercero asegurado por el artículo 23 (hoy 32). Por esto dispuso que «La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes» (art. 33 HL 1861 y LH vigente).

Pero también aplicó al caso el principio general del artículo 23 (hoy 32) al disponer en el artículo 34 que «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello no se invalidarán en cuanto a tercero (como el que compra a quien es dueño según la inscripción 1.ª del folio real) una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante (y se declare que éste no es el verdadero propietario) en virtud de título anterior (en fecha, al de la inscripción 1.ª en su caso) no inscrito, o de causas que no resulten del mismo registro» (o sea, de la inscripción 1.ª, en su caso), según título inscrito...

«Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley (es decir, un año después de haber transcurrido el período de implantación del nuevo registro, porque el precepto se consideraba peligroso en cuanto podía hacer perder la propiedad al verdadero propietario si llegaba a inmatricularse un título falso, simulado con este fin usurpador) y no será aplicable en ningún tiempo al título... —de información posesoria— inscrito, a menos que la prescripción (adquisitiva) haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título» de información posesoria.

Por otra parte, según el artículo siguiente, el artículo 35 de la Ley de 1861, «La prescripción no perjudicará a tercero, si, requiriendo justo título, no se hallare éste inscrito en el registro», es decir, que sólo perjudicará a tercero inscrito la usucapción ordinaria consumada contra tabulas con justo título inscrito en el registro.

«El término de la prescripción empezará a correr, en tal caso y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo se calificará el título y se contará el tiempo, con arreglo a la legislación común.»

Como ya se ha expuesto, la peligrosidad del artículo 34 y la del artículo 35 se quiso paliar en 1862 dejando en suspenso su entrada en vigor, así como la de los artículos 17, 20 y otros más, excluyéndolos de la «implantación» del nuevo Registro que empezó el 1.º de enero de 1863.

En la reforma de la Ley en 1869, para evitar tales peligros se retocaron los artículos 34 y 35.

Según el nuevo artículo 34 «... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a tercero, aunque después se anule o resuelva el derecho de otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro o (esta es la reforma) si la inscripción se hubiere notificado o hecho saber a las personas que en los veinte años anteriores hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieran reclamado contra ella en el término de treinta días», regulándose a continuación esta notificación, en el mismo artículo, que añadió en el párrafo final que «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito».

El artículo 35 reformado pasó a decir que «La prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla.

Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito en el Registro.

El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción.

En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común», como ya decía la Ley de 1861.

La reforma de la Ley Hipotecaria de 1909 retocó el artículo 34, no el 35.

Según el artículo 34 de 1909 «... los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

Tampoco se invalidarán dichos actos o contratos con respecto a las citadas personas, aun cuando después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anteriormente inscrito, si la inscripción hecha a favor de aquél se hubiere notificado a los que en los veinte años precedentes hayan poseído, según el Registro, los mismos bienes, y no hubieren reclamado contra ella en el término de treinta días», regulando esta notificación en párrafos siguientes.

Reiterando que «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito».

La reforma de 1944 modificó el artículo 34 y sustituyó el artículo 35 de la Ley de 1909 por los actuales artículos 35 y 36, que no cabe considerar ahora. Pero ya estudié el artículo 36 en relación con el artículo 41, 6, 2.^a causa de contradicción, en el segundo de los estudios incluidos en el libro citado como antecedente, al que me remito.

El artículo 34, vigente, pasó a disponer que «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.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente», en congruencia con la referencia del párrafo primero al que adquiere «a título oneroso».

2.9. Para comprender bien el sistema *prusiano* coetáneo a la Ley de 1861 y la «implantación» del nuevo Registro como continuación del antiguo Registro es indispensable leer con mucho detenimiento y atención lo que expone don Bienvenido Oliver y Esteller, un protagonista excepcional, en

las 931 páginas del tomo primero, único editado hasta hoy, de su «Derecho inmobiliario español» (70).

Y para percatarse de la talla jurídica del autor nada mejor que leer su biografía y su bibliografía en el «Hecto-Anuario 1861-1869» (71), del que tomo lo que sigue.

Se cita, más o menos de pasada, quizá sin haberle leído, a este gran español y valenciano (1836-1912), que fue doctor en Derecho civil y canónico (1859, con una tesis sobre censos), Licenciado en Filosofía y conocedor de los idiomas francés, inglés y alemán, «que tanto le ayudarían en sus trabajos de investigación jurídica».

Primero trabajó como Abogado en Valencia, en un gran bufete de la ciudad. En 1861 «Ganó el número dos de las seis plazas de *auxiliares* convocadas en la Dirección General del Registro de la Propiedad que se creó en dicho año». En 1863 pasó a ser Vicesecretario de la Audiencia de Barcelona por sus conocimientos acreditados como Oficial auxiliar de la Dirección del Registro de la Propiedad. En 1870 ingresó como *Oficial-Letrado* en la Dirección General de los Registros, cargo entonces asimilado al de Magistrado de la Audiencia Territorial de Madrid. Cuatro años después fue nombrado *Subdirector*, desempeñando el cargo de Director General de los Registros en ausencias y vacantes de los Directores Generales, en incesante cambio por razones políticas, de manera que «representaba el elemento estable de aquel Centro».

Por su iniciativa comenzaron a publicarse en la Gaceta de Madrid las resoluciones de la Dirección General de los Registros. Autor de las exposiciones de motivos de los proyectos de la Ley Hipotecaria y Reglamentos para su ejecución de Cuba y de Puerto Rico (en 1867 casó en Barcelona con una distinguida portorriqueña y vivió durante un año en Puerto Rico ejerciendo la Abogacía). En 1886 fue encargado de redactar los títulos del proyecto de Código Civil correspondientes al Registro de la Propiedad y al derecho y contrato de hipoteca, pero sus proyectados artículos quedaron sin aprovechar por razones políticas del momento. En 1889 publicó un «Breve sumario del proyecto del Código Civil de Alemania y del proyecto para su planteamiento». En 1892 publicó el tomo I de su «Derecho inmobiliario español», quedando en manuscrito los seis tomos restantes. Entre 1899 y 1901 fue *Director General* de los Registros y del Notariado. Se jubiló en 1906.

Luego se consagró a su bufete de consultas y dictámenes y a la confección en estrecha colaboración con el Padre Fita S.I. de la monumental obra

(70) Ob. cit. (3).

(71) *Hecto-Anuario del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, 1861-1961. Cien años de aplicación de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1962, págs. 109-122.

«Cortes de los Antiguos Reinos de Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña», de la cual al tiempo de su óbito ya habían visto la luz once tomos editados por la Real Academia de la Historia. Ya en 1876 había publicado, en cuatro tomos, su «Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa». Y había ingresado en la Academia de la Historia con un discurso sobre «La Nación y la realeza en los Estados de la Corona de Aragón» (1884).

Días antes de su fallecimiento terminó los cuatro tomos inéditos de su «Filosofía del Derecho positivo» (1912).

En el «Hecto-Anuario 1861-1961» puede leerse una somera referencia a los *Principios hipotecarios* considerados por don Bienvenido Oliver, con expresión tomada del Derecho prusiano vigente en 1861, antes de que don Jerónimo González inspirara los suyos en el Código Civil alemán vigente desde 1900, con su dicotomía del contrato de compraventa solamente obligatorio y del acuerdo real dispositivo traslativo abstracto.

Parece muy difícil, por no decir prácticamente imposible, descubrir hoy algún Mediterráneo que, desde su ingreso en la Dirección General de 1861 hasta su jubilación en 1906, no hubiera descubierto don Bienvenido Oliver, situado en su privilegiada atalaya de la Dirección General de los Registros, acerca de la teoría y de la práctica aplicación de la Ley Hipotecaria de 1861 y de la reforma de 1869, de la génesis del nuevo Registro y de su implantación evolutiva, si se tiene en cuenta su conocimiento del idioma alemán, además del francés, del inglés y de la familiar lengua valenciana, su formación jurídica e histórica, y su acceso fácil a las fuentes de información contemporáneas, doctrinales y prácticas, así como su laboriosidad probada e incansable.

Lo que procede, ahora, es leer con detenimiento el único tomo editado de su «Derecho inmobiliario español», y quizá procurar que se editen los otros seis tomos, si no se han perdido para siempre..., y estar prevenido contra las interpretaciones fundadas en el savignismo del Código Civil alemán de 1896, en el que tanto se inspiró don Jerónimo González y continúan inspirándose sus seguidores, con olvido del Derecho prusiano vigente al tiempo de gestarse la española Ley Hipotecaria de 1861, un Derecho prusiano que don Bienvenido Oliver conocía de primera mano, porque sabía alemán y leía los textos que citaba.

Sin desconocer la importancia de la investigación histórica, tampoco hay que polarizarse en preferenciales o exclusivas influencias belgas, ginebrinas... que «marean la perdiz» y hacen olvidar que el sistema prusiano del folio real y del principio de publicidad o de la inoponibilidad a tercero de lo no inscrito, sin ser la inscripción sustitutiva de la tradición, tuvo que conciliarse en España, por razones históricas y políticas, comunes y forales, con la prevención y temor del propietario sin título formal, amparado en la

posesión en concepto de dueño como prueba pública, por presunción legal, de la pertenencia del derecho de propiedad de una finca, que podía quedar enfrentado al titular registral del dominio de la misma finca con una amañada prueba documental pública notarial publicada registralmente.

2) Aseguración registral.

Después de este repaso de la evolución legislativa, conviene resumir lo que sigue para precisar la eficacia sustantiva de la inscripción registral, sin perderse entre los árboles del bosque, para reconocer su identidad unitaria.

1. Los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria de 1861, resulta obvio recordarlo pero útil, primariamente, pero no exclusivamente, son aplicables al inmatriculante que *vende* o que *hipoteca*; puede decirse que, sobre todo, amparan, protegen o *aseguran la adquisición* del derecho de propiedad (sin cargas) por *compra* al titular registral del dominio (sin cargas), cuando el comprador confía en la exactitud del Registro, presenta su título formal y se inscribe su título material, *en cuanto le atribuyen la pertenencia del derecho* de propiedad (sin cargas), pese a que no pertenece al vendedor (o le pertenece con cargas) en los supuestos siguientes:

1.º Por aplicación del artículo 23.

Cuando el titular registral vendedor *no es el dueño* porque antes de la venta lo fue pero dejó de serlo desde que transmitió el dominio a un tercero adquirente anterior al comprador o desde que, por usucapión consumada, adquirió el dominio el tercero poseedor en concepto de dueño (art. 23 LH 1861; arts. 32 y 36,1 LH vigente).

También cuando el titular registral vendedor *no es el dueño con libertad de disposición traslativa* de la finca porque cualquier propietario de ella dejará de serlo en cuanto quede adjudicada a tercero en subasta forzosa por ejecución de un embargo trabado pero no anotado (art. 23 LH 1861; art. 32 LH vigente), o según el Derecho anterior al Código Civil, artículo 1.875, por ejecución de una hipoteca contratada pero no inscrita (art. 23 LH 1861; pero ya no el art. 32 LH vigente).

2.º Por aplicación del artículo 23, en el supuesto específico del artículo 34.

Cuando el titular registral vendedor *no es el dueño porque nunca lo fue* según resulta de una sentencia que, primariamente, declara la nulidad o la resolución del título material inscrito a favor del vendedor o del título material inscrito a favor de un causante del vendedor en línea de tracto sucesivo ascendente, y que, en consecuencia, también declara la no pertenencia del derecho al vendedor (art. 34 LH 1861 y LH vigente).

2. Por otra parte, desde una perspectiva formal y no sustantiva, también queda amparado el tercero comprador cuando el vendedor es el propietario pero la *inscripción* a su favor es *formalmente nula* porque omite o expresa

con inexactitud sustancial alguna de sus circunstancias, según resulta de una sentencia judicial (arts. 30, 31, 32, LH 1861; el último sustituido por el vigente artículo 40, párrafo final, referente a la rectificación del Registro inexacto, no sólo por nulidad del título material inscrito según el artículo 34 de la Ley, sino también por error en la inscripción del título material).

En todos estos casos, el comprador queda asegurado y «sin temor a reivindicaciones inesperadas» (72).

El artículo 32 y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria vigente se refieren, principalmente, a la *inoponibilidad al comprador de la no pertenencia del derecho de propiedad al vendedor*, en el momento de la perfección de la venta, cuando el anterior titular registral del dominio lo vendió al actual titular registral del dominio.

El artículo 32 se refiere a un *título* material no inscrito (probado por un título formal) que *fundamenta la pertenencia* del derecho de propiedad a una persona que no es el titular registral actual.

El artículo 34 se refiere a una *sentencia* firme (probada por testimonio) que *declara fundada la pertenencia* del derecho de propiedad a una persona que no es el titular registral actual, como consecuencia de la declaración de la nulidad o de la resolución del título adquisitivo inscrito a favor del vendedor o del título de adquisición por algún titular registral anterior, por causa que no consta claramente en el mismo historial registral de la finca, en una inscripción (por ejemplo, de compra sometida a condición resolutoria), o en una anotación de demanda (de declaración de nulidad o de resolución y de rectificación del Registro).

Ahora bien, la inoponibilidad de lo no inscrito al tercero comprador que ha inscrito no quiere decir que el derecho de propiedad pertenece a otra persona (al reivindicante) y que su pertenencia no es oponible al actual titular registral.

La inoponibilidad de lo no inscrito al tercero comprador que ha inscrito su título quiere decir que una norma civil determinaría la *pertenencia* del derecho al reivindicante, por un título de *adquisición* que se prueba mediante escritura notarial, una prueba que es oponible a tercero (arts. 1.218, 1.445, 1.462, 2 CC), si a esa norma civil atributiva de la pertenencia del derecho no se contrapusiera otra norma civil-registral que determina la *pérdida* del derecho de propiedad que adquirió el reivindicante, en cuanto *atribuye la pertenencia del derecho de propiedad* al actual titular registral del dominio que confió en la exactitud del Registro, en la prueba publicada por el Registro de la pertenencia del derecho al anterior titular registral en el momento de la perfección de la venta si en ese momento no resulta del mismo Registro su posible inexactitud.

(72) Ob. cit. (3), pág. 51.

Una norma atribuye la adquisición del derecho a una persona por un supuesto de hecho (que resulta probado mediante la exhibición de la copia de una escritura notarial), pero otra norma, que prevalece, *atribuye* la *posterior adquisición* del mismo derecho a otra persona, con la correspondiente *pérdida* del derecho para el adquirente *anterior*, por haberse cumplido otro supuesto de hecho, la inscripción del título de venta del anterior titular registral del derecho al actual titular registral del mismo; sin perjuicio de la prueba de la posible mala fe del comprador que habría impedido su adquisición, porque la buena fe o confianza del comprador en la exactitud del Registro es otro hecho integrante del supuesto de hecho exigido para la pérdida del derecho antes adquirido por otra persona.

Según resulta de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 32 vigente contempla muy especialmente dos supuestos.

Por una parte, se refiere a la *venta* de una finca inmatriculada, que se ha perfeccionado y consumado, pero no se ha inscrito *antes* de la venta por el mismo vendedor (titular registral del dominio todavía, aunque ya no es el verdadero propietario) a un tercero, es decir, a un segundo comprador que desconoce la existencia de la adquisición por el primer comprador y que inscribe su título de compra, quien adquiere el derecho de propiedad a la vez que lo pierde el primer comprador que lo había adquirido pero que no había asegurado registralmente su adquisición extrarregistral. Es el supuesto del artículo 1.473, párrafo 2.º, del Código Civil.

Por otra parte, se refiere al *embargo* trabado pero no anotado *antes* de la venta por el embargado al actual titular registral comprador.

Claro es que el artículo 32 no se limita a regular estos supuestos y con su terminología y técnica legislativa general incluye todos los títulos traslativos del dominio y no sólo el de venta, así como todos los títulos de constitución y todos los de transmisión de derechos reales parciales y no sólo el de constitución de hipoteca, para asegurar al tercero su adquisición del dominio (libre de cargas no registradas) o su adquisición del derecho real parcial (que es carga del dominio registrado).

Ahora bien, el artículo 32 presupone la exclusión de los títulos traslativos por sucesión hereditaria y por donación del no propietario, porque el heredero no es un tercero sino un sucesor, y porque el donatario no merece una protección que haría perder su derecho al propietario verdadero y que se fundamenta en la protección a la confianza en la apariencia registral y también en que el derecho *real* de propiedad de la *cosa* que se «expropia» al propietario verdadero queda económicamente cambiado o sustituido por el derecho *real* de propiedad del *dinero* que representa el valor de la cosa «expropiada», pagado o debido por el beneficiario de la expropiación a aquel que vendió cosa ajena.

Y no es acertada la referencia por el actual artículo 34 de la Ley

Hipotecaria a la adquisición por «título oneroso» (que no constaba en la Ley Hipotecaria de 1861) para excluir al donatario, porque parece impedir la aplicación del precepto al tercero acreedor hipotecario, lo que ha obligado, desde una perspectiva germanista, a que se realizara un estudio sobre «La causa del crédito hipotecario», por Manuel Amorós Guardiola (73). Bastaría el párrafo tercero del actual artículo 34 que no perturba el sentido de la Ley Hipotecaria de 1861.

Se ha de tener en cuenta, además, el efecto de cierre del Registro respecto a «títulos atrasados», que fueron inscribibles hasta un momento anterior al que ya no lo son por no haber accedido en tiempo oportuno al Registro, un efecto que resulta del principio de *prioridad* formal (art. 17 LH 1861 y vigente) y del principio sustantivo de adquisición derivativa recogido en el principio de *tracto* sucesivo formal (art. 20 LH 1861 y actual), según preceptos que anteceden en el texto de la Ley al fundamental principio de inoponibilidad a tercero formulado por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, que es el artículo 32 vigente.

3) Unidad del concepto de tercero.

1. Conviene resaltar la unidad del concepto de *tercero asegurado* por la Ley Hipotecaria vigente con sus artículos 32 (23 en la LH de 1861) y 34, en relación con el artículo 27 de la Ley de 1861, porque se suele leer el artículo 34, y aun el artículo 32, no con la clave prusiana de 1794 sino con la clave alemana de 1896, y se contraponen «tercero latino» a «tercero germánico», sin tener en cuenta la evolución y las recíprocas influencias de los sistemas registrales europeos, advertidas por Díez Picazo (74), sin haber considerado, por una parte, que Bienvenido Oliver contraponía el sistema *francés* de la compraventa traslativa por sí sola (clandestina) y de la publicidad registral sin folio real (tercero francés), al sistema *alemán* o germánico de la compraventa traslativa de finca mediante tradición (Prusia) o mediante inscripción (Sajonia) y de publicidad registral con folio real (tercero prusiano y sajón), ni, por otra parte, que Núñez Lagos contrapuso el sistema del principio de publicidad, tanto el francés como el prusiano, al sistema de inscripción *sustantiva* aludiendo al actual sistema alemán dualista, del contrato de compraventa sólo obligatorio y del *acuerdo real dispositivo-traslativo abstracto inscrito* en el folio real, con antecedentes germánicos en cuanto a la sustitución de la tradición por la inscripción (Sajonia), pero inspirado en la *interpretación* errónea o tendenciosa del

(73) Premio «Estudios Hipotecarios» de 1990. Editado por el CNRP Imprenta S. José.

(74) DÍEZ PICAZO (LUIS), «Los principios de inspiración y los precedentes de las Leyes Hipotecarias españolas», *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Ed. Centro de Estudios Hipotecarios, 1989, tomo I, vol. I, pág. 27.

Derecho romano peculiar de la escuela pandectista alemana de Savigny, que disecciona el contrato de compraventa primordialmente traslativo y consecuentemente obligatorio, romano («latino» por contraposición al «germano o alemán» de Savigny).

2. Es muy ilustrativo tener en cuenta lo dispuesto por el vigente Código Civil italiano de 1942, porque permite desvanecer algunos equívocos sin más que proceder a su atenta lectura.

En su Libro sexto, que trata «De la tutela de los derechos», el Título I, «De la transcripción», Capítulo I «De la transcripción de los actos relativos a los bienes inmuebles», el artículo primero, el 2.643, enumera los «Actos sujetos a transcripción», incluyendo: «1) Los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles». 2) Los contratos que constituyen, transfieren o modifican el derecho de usufructo sobre bien inmueble, el derecho de superficie y los derechos del cedente y del enfiteuta»...

En el mismo Libro, el Título III «De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación (que son los privilegios, la prenda y la hipoteca) y de la conservación de la garantía patrimonial», en el Capítulo IV «De las hipotecas», el artículo primero, el 2.808, sobre «Constitución y efectos de la hipoteca», dispone que «La hipoteca atribuye al acreedor el derecho a expropiar, incluso contra el tercero adquirente, los bienes vinculados en garantía de su crédito y a ser satisfecho con preferencia con el precio obtenido con la expropiación. La hipoteca puede tener por objeto bienes del deudor o de un tercero y *se constituye mediante inscripción* (no transcripción) en los registros inmobiliarios. La hipoteca es legal, judicial o voluntaria». Es decir, que la hipoteca voluntaria *se constituye a causa y por efecto del contrato pero mediante la inscripción*.

Hay que destacar, en el Libro sexto, el artículo segundo del Título «De la transcripción», el 2644, que con el epígrafe "Efectos de la transcripción", dispone:

«Los actos enunciados en el artículo precedente (que antes he traducido parcialmente) no tienen efecto contra los terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre los inmuebles, fundados en un acto transcrito o inscrito *antes* de la transcripción de los mismos actos» enunciados.

«Realizada la transcripción, no puede tener efecto contra quien ha transcrito, ninguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos contra su autor, aunque la adquisición resulte de fecha anterior.»

Este artículo es similar al artículo 23 de la Ley Hipotecaria española de 1861 (art. 606 del Código Civil y art. 32 de la Ley Hipotecaria vigente), sólo que, por no seguir el sistema de folio real, en Derecho italiano no existen preceptos similares a los artículos 17 y 20 de la Ley española de 1861.

Pero además se transcriben *sentencias* declarativas de la extinción por

prescripción o de la adquisición por usucapión alguno de los derechos registrables (art. núm. 2651), y «Demandas referentes a actos sujetos a transcripción», con especiales «Efectos de las respectivas transcripciones respecto a los terceros», según el artículo número 2652, del que interesa resaltar el apartado 1) y el apartado 6), traducidos a continuación.

1) Se deben transcribir «las demandas de resolución de los contratos..., las demandas de rescisión, las demandas de revocación de donaciones, excepto...».

«Las sentencias que estimen tales demandas no perjudican los derechos adquiridos por los terceros fundados en un acto transcrito o inscrito antes de la transcripción de la demanda.»

6) Se deben transcribir «las demandas dirigidas a que se declare la nulidad o a que se resuelva la anulación de actos sujetos a transcripción y las demandas dirigidas a impugnar la validez de la transcripción.

Si la demanda se transcribe cinco años después de la fecha de la transcripción del acto impugnado, la sentencia estimatoria no perjudica los derechos adquiridos por cualquier título por los terceros de buena fe fundados en un acto transcrito o inscrito antes de la transcripción de la demanda. Sin embargo, si la demanda está dirigida a que se resuelva la anulación por causa distinta de la incapacidad legal, la sentencia estimatoria no perjudica los derechos adquiridos por terceros de buena fe fundados en un acto transcrito o inscrito antes de la transcripción de la demanda, aunque ésta se haya transcrito antes de que hayan transcurrido cinco años desde la fecha de la transcripción del acto impugnado, siempre que en este caso los terceros hayan adquirido a título oneroso.»

Es un artículo similar al 34 de la Ley Hipotecaria vigente (art. 808 CC).

3. Teniendo en cuenta todo lo dicho, ha de admitirse, en el sistema español:

En primer lugar, que el artículo 34 es aplicación del artículo 32, de raigambre prusiana desde 1861. De manera que el artículo 34 no hace innecesario el artículo 32 como ha llegado a decirse.

En segundo lugar, que el artículo 34 se refiere indudablemente a las sentencias declarativas de la ineficacia del contrato de compra por el tercero inscrito, cuando la demanda ya consta anotada, pero también cuando la causa de la ineficacia consta en inscripción anterior según el texto literal del precepto.

Esto es claro si se refiere a la causa de resolución, concretamente a la constancia en la inscripción de una compra del pacto por el que el efecto traslativo del contrato, seguido de tradición, quedará resuelto si se cumple o realiza el hecho pactado como condición resolutoria, de manera que el vendedor volverá a ser el propietario como si no hubiera vendido y entregado la cosa, con alcance retroactivo, según sentencia declarativa en el

supuesto de que el comprador o un tercero que resultaría perjudicado se oponga a reconocer el cumplimiento de la condición y la resolución del efecto contractual traslativo del derecho de propiedad. A este supuesto se refiere el artículo 37, 2, 1.º, de la vigente Ley.

En cambio, la solución legal no parece a primera vista admisible si se refiere a alguna causa de *nulidad* claramente registrada, porque al Registro sólo deben tener acceso, mediante inscripción, los títulos de los que el Registrador ha calificado la validez (de los actos dispositivos dice el art. 18 de la LH), una validez no dudosa sino indudable, ya que debe denegar la inscripción de los actos o contratos indudablemente nulos (art. 33 LH) y en caso de duda acerca de la nulidad debe suspender la inscripción, sin perjuicio de practicar la correspondiente anotación de suspensión de la inscripción solicitada (art. 19 y art. 42, 9, LH).

Pero la palabra «nulidad» no es unívoca en nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina.

La misma Ley Hipotecaria de 1861 no parece muy precisa cuando en su artículo 65 dispone que «Serán faltas subsanables en los títulos presentados a inscripción para el efecto de anotarlos preventivamente, las que afecten a la validez del mismo título, sin producir necesariamente la *nulidad* de la *obligación* en él constituida (sic). Serán faltas no subsanables que impidan la anotación, las que produzcan necesariamente aquella nulidad»; pero es que, por razones históricas el sentido jurisprudencial de la palabra «nulidad» no coincide con el significado legal de la palabra nulidad, referida a la acción declaratoria de la nulidad de pleno derecho de un contrato o a la acción de anulación, acción de nulidad dice el Código Civil (art. 1.301), si se trata de un contrato anulable.

La jurisprudencia tradicional se refiere en los procesos reivindicatorios a la «validez» del título del vencedor frente a la «nulidad» o «nula validez» del título del vencido, con un cierto relativismo comparativo de las pruebas aportadas por las partes contendientes para acreditar sus respectivamente alegados títulos materiales (no formales) de adquisición del derecho de propiedad de pertenencia discutida, como expuse en este mismo estudio. Según este criterio jurisprudencial es *título nulo* el título de aquel a quien *no pertenece* el derecho de propiedad.

4. Desde este punto de vista, por ejemplo, el título de compra al titular registral del dominio que reconoce estar desposeído es un título «legal», conforme a la Ley del Código Civil, conforme al artículo 1.526 que trata de la venta o cesión de derechos incorporeales, porque el derecho de propiedad del propietario desposeído es un derecho de propiedad incorporal legalmente cesible desde hace muchos siglos, según confirma el Código de Justiniano (C. 4, 39, 9) que es el histórico antecedente legislativo del artículo 1.526 del Código Civil.

Y este título «legal» de cesión (traslativo por sí solo del derecho de propiedad cuando pertenece al vendedor cedente), es un título «válido» mientras una sentencia firme no declare que es «nulo» el título inscrito a favor del *titular registral vendedor* cedente, es decir, mientras una sentencia firme no declare que no le pertenecía el derecho de propiedad cuando lo cedió, bien porque era nulo su contrato adquisitivo por alguna causa de nulidad contractual, bien porque era nulo el acto o contrato por el que parecía ser propietario su aparente transmitente y, en consecuencia, tampoco era propietario el vendedor cedente.

Como ya dije en estudio anterior a éste (75), el Registrador que califica la escritura notarial de venta por el titular registral del derecho de propiedad en la que manifiesta estar desposeído de la finca porque un tercero es el poseedor en concepto de dueño, no puede «poner en duda», «dudar» de la «validez» del contrato de cesión que se ha presentado para su inscripción, sin «poner en duda», sin «dudar» de la «validez» del título inscrito a favor del cedente, sin dudar de la *pertenencia* del derecho de propiedad al cedente por un título que está amparado por la publicidad registral en su aspecto probatorio legitimador (art. 38, 1 LH), duda que debe rechazar mientras no conste anteriormente presentado y pendiente de despacho un mandamiento de anotación de la demanda o un título traslativo otorgado por el titular registral, con fecha fehaciente anterior a la del título del cesionario del derecho incorporal.

Si el Registrador inscribe el título de cesión del derecho de propiedad incorporal del titular registral desposeído ha de expresar claramente en la inscripción que inscribe un título de venta o cesión de derecho incorporal, no un título de venta (normal) por el propietario *poseedor*; de manera que, sin incumplir la legalidad, sometiéndose a la legalidad civil (art. 1.526 Código Civil) y registral (art. 38, 1; y art. 2, 1 LH), practicará una inscripción de transmisión del derecho de propiedad, incorporal eventualmente, de la que resultará que acaso, en un juicio declarativo, también eventualmente, podrá declararse que el cedente, en el momento de la perfección del contrato, era el verdadero propietario conforme a lo publicado por el registro, o no era el verdadero propietario pese a lo publicado por el registro, porque el poseedor en concepto de dueño en la realidad extrarregistral era el verdadero propietario, quizá por usucapión consumada contra el titular registral de dominio.

Así, los terceros adquirentes del derecho de propiedad inscrito a favor del *cesionario* no podrán alegar desconocimiento de la causa de la «nulidad» del título del cesionario, es decir, que no era el verdadero propietario porque *el cedente no era el verdadero propietario cuando cedió*, y no

(75) V. libro (2), pág. 542, 4; pág. 543, 5; pág. 547, 2.

podrán oponerse a la correspondiente rectificación registral, aunque no se haya anotado una demanda de contradicción de la exactitud del registro.

Conviene observar a este propósito que no causa asiento registral la petición de ejecución posesoria que, fundada en el artículo 38, 1, de la Ley Hipotecaria y actuada conforme al artículo 41, 6, 2.^a, de la misma Ley, plantea el propietario presunto según el Registro contra el poseedor en concepto de dueño y propietario presunto según la apariencia posesoria (art. 448 CC).

Esta petición viene a ser el procedimiento contrario a la petición de rectificación registral que, conforme al artículo 38, 2, de la misma Ley, puede plantear el propietario presunto según la apariencia posesoria (art. 448 CC) contra el propietario presunto según el Registro (art. 38, 1 LH), *pidiendo o no pidiendo la anotación de su demanda*.

4) Principio de publicidad o de inscripción publicitaria.

Finalmente procede recordar que las expresiones legitimación registral y fe pública registral no designan conceptos definidos por el legislador de 1861, pero forman parte, desde hace muchos decenios, del repertorio terminológico de la doctrina española inspirada en el Código Civil alemán vigente desde 1900 (no en el Código Civil prusiano de 1794 que tuvo en cuenta el legislador de 1861) por lo que se han de reconsiderar con atención.

1. La expresión *legitimación* registral designa el efecto *probatorio* de la inscripción, por *presunción legal* de la exactitud del Registro sin perjuicio de la prueba en contra (art. 38, 1 LH), que será, en su caso, la presunción legal de pertenencia del derecho de propiedad al titular registral del dominio o de pertenencia del derecho real parcial a su titular registral.

En este estudio se ha comparado con el aspecto probatorio de la posesión en concepto de dueño, o sea, con la legitimación posesoria (art. 448 CC), y con el aspecto probatorio y de fehaciencia de la escritura notarial, o sea, con la fe pública notarial o legitimación notarial (art. 1.218 CC).

Este efecto probatorio y de fehaciencia de la inscripción registral, la legitimación registral, se denomina por la doctrina coetánea a la Ley de 1861 efecto o principio de *oponibilidad de lo registrado* a cualquier tercero, denominado *tercero afectado*, y perjudicado en su caso, tanto si es un tercero registral inscrito como si es un tercero sin título inscrito, en cuanto la prueba por presunción legal deducida de un Registro jurídico publicitario excluye la posibilidad de que el titular registral pueda alegar desconocimiento del historial jurídico registral de la finca, y excluye que cualquier tercero no registral (sin título inscrito) pueda alegar desconocimiento de lo probado mediante exhibición de certificación registral, sin perjuicio del *reconocimiento* del contenido del Registro cuando no medie procedimiento judicial.

Con este sentido, la Ley de 1861 dispuso que «Los títulos inscritos... surtirán su efecto *en cuanto a tercero...* desde la fecha de la inscripción» (art. 25), que será «la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma» (art. 28, equivalente al art. 24 vigente).

El contenido del artículo 25 de la Ley de 1861 prácticamente ha quedado sustituido por el del artículo 38, que formula el principio de legitimación registral.

2. La expresión *fe pública* registral designa el efecto *sustantivo* de la inscripción, el efecto *atributivo* de la pertenencia del derecho de propiedad, y de los derechos reales inscribibles, en ciertos supuestos definidos por la legislación registral, concretamente por el artículo 32 (que era el art. 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 y es el artículo 606 del Código Civil) y por el artículo 34 (también en la Ley de 1861), que forman parte de la legislación civil común en España según el artículo 608 del Código Civil.

Estos dos artículos, el 32 y el 34, son los que mayor atención merecen, porque en ciertos supuestos de compra de cosa *a non domino* (es decir, de cosa ajena al vendedor), disponen que la cosa pasa a ser propiedad del comprador, por imperativo legal oponible como *excepción* a la acción reivindicatoria, implicando una *irreivindicabilidad*.

Este efecto sustantivo de la inscripción registral, que la doctrina española actual denomina efecto o principio de la fe pública registral, se denominaba por la doctrina coetánea a la Ley de 1861 efecto o principio de *inoponibilidad* de lo no registrado al tercero registral asegurado, por contraposición a la *oponibilidad* de la prueba registrada, o de la inscripción registral o de lo registrado, al tercero afectado.

5) Prueba oponible a tercero y derecho real.

1. La eficacia *probatoria* de la inscripción respecto a tercero, la oponibilidad a tercero del contenido probado de la inscripción, como por ejemplo la oponibilidad a tercero de las cláusulas registradas del contrato de préstamo hipotecario, no se ha de confundir con la eficacia *sustantiva* del derecho y de la acción real oponible *erga omnes possidentes* en concepto de dueño, que en el caso del derecho de hipoteca y de la acción real hipotecaria faculta al acreedor hipotecario a actuar la adjudicación y atribución, al mejor postor en subasta pública, del derecho de propiedad de la finca, cualquiera que sea su propietario (*erga omnes dominis*), quien queda expropiado y pierde la propiedad de la cosa aunque sea un tercero adquirente por compra al constituyente de la hipoteca, porque en el momento de la constitución del derecho de hipoteca quedó declarada su voluntad dispositiva traslativa del derecho de propiedad a favor de quienquiera que fuese el adjudicatario, conforme a lo contratado, dentro de los límites legales que tipifican el derecho real.

2. Claro que no es fácil calificar qué cláusulas del contrato de crédito hipotecario conforman el derecho real de hipoteca y, por tanto, son oponibles a cualquier propietario de la finca hipotecada y a cualquier otro acreedor no preferente al acreedor garantizado. Las escrituras de constitución no precisan qué cláusulas conforman el derecho real de hipoteca y necesariamente han de constar en la inscripción, o bien qué cláusulas han de quedar excluidas de la inscripción. Es frecuente que la parte acreedora imponga sus cláusulas al hipotecante, aunque no sea el deudor, y que la escritura se redacte según minuta elaborada por la parte acreedora, y que algunos asesores opinen que todas las cláusulas deben constar en la inscripción porque el contrato constituye una unidad indivisible, y opinen que cualquier cláusula una vez que consta en la inscripción ya es oponible a cualquier futuro propietario y a cualquier tercero acreedor; porque —se dice— la inscripción es *conformadora* y constitutiva o cuasi constitutiva del derecho real.

Todo esto merece una profunda reconsideración y reforma legislativa, que es la única solución coherente, de acuerdo con los principios que el legislador adopte.

Pero entretanto conviene aclarar, al menos, que si consta en la inscripción alguna cláusula contractual que no se puede subsumir lícitamente en el supuesto de hecho correspondiente de alguna de las normas que tipifican la acción hipotecaria como una acción real oponible a tercero propietario, dicha cláusula podrá ser alegada y probada en juicio declarativo para que surta el efecto convenido entre las partes contratantes y aún respecto a tercero adquirente del crédito y respecto a tercero comprador de la finca que asumió la deuda, en cuanto pasaron a ser parte activa o parte pasiva de la relación crediticia, pero dicha cláusula, en principio, no podrá surtir efecto real, es decir, contra tercero propietario que *no* asumió la deuda, en procedimiento de ejecución sumario de la acción real hipotecaria.

3. No se confunde el principio de publicidad en su aspecto probatorio, es decir, la eficacia PRESUNTIVA de la inscripción, como prueba pública o publicada, con el principio de publicidad en su aspecto sustantivo, es decir, con la eficacia ATRIBUTIVA de un derecho que, en su caso, perjudica al propietario «verdadero» en cuanto le hace perder su propiedad, pérdida oponible como excepción a la acción reivindicatoria (similar a la excepción que podría oponer el poseedor que adquirió la propiedad por usucapión consumada, aunque sin plazo de uso, como si fuera por «usucapión o prescripción adquisitiva *instantánea*», diferencia ésta que responde al distinto fundamento de una y otra excepción). Ambas son atribuciones *legales*, pese a la falta de propiedad del vendedor, y no atribuciones contractuales, presupuesta la propiedad del vendedor.

Pero tampoco se ha de confundir el principio de publicidad con la atribución *por la ley* de eficacia *real* a un derecho para que sea oponible

al propietario de la cosa gravada, quienquiera que sea (*erga omnes dominis*), un derecho nacido o constituido a causa de un negocio jurídico dispositivo, genérico (como el de compraventa o permuta) o específico para el derecho «nuevo», en el sistema legal de derechos reales, cerrado (*numerus clausus*) o «entreabierto» (*numerus apertus*).

3.1. Ante la disparidad de opiniones doctrinales y cuestiones planteadas judicialmente, la Ley Hipotecaria tuvo que aclarar, en su artículo 11, que no perjudica a tercero, propietario a causa de compra de la finca, la constancia en la inscripción del aplazamiento del pago del precio no garantizado por pacto de hipoteca o por pacto expreso de condición resolutoria de la transmisión, en el sentido de que en el eventual caso de impago del precio y ejercicio de la acción rescisoria del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.124 del Código Civil, por ser una acción de ineficacia personal y no real no prevalece contra el tercero propietario por compra, a menos que, al comprar, hubiere procedido de mala fe (art. 1.295, 2 CC), que ha de ser probada, sin que implique mala fe el simple conocimiento del aplazamiento del pago del precio, que sólo es una de las circunstancias del supuesto de hecho para el ejercicio de la acción, fundamentada en el *impago* del precio; sin perjuicio de las presunciones legales, de mala fe en el momento de contratar (art. 1.297, 2 CC). Supuesto que estudié con cierta extensión en otra ocasión (76).

Para que la acción rescisoria perjudique a tercero propietario por compra *sin tener que probar su mala fe*, antes de la compra tendrá que constar *anotada* la prohibición de disponer ordenada a solicitud del demandante (art. 42, 4.º LH).

3.2. Análogamente, cuando el comprador (de una finca inmatriculada) mediante documento privado o verbalmente, no ha recibido la entrega del vendedor titular registral y poseedor, si quiere evitar el tener que probar, en su caso, la mala fe de un posible segundo comprador (art. 1.473, 2 CC), al demandar al vendedor para que cumpla su obligación de entregar la posesión en concepto de dueño de la finca, podrá pedir que se ordene la práctica de una anotación de prohibición de disponer (art. 42, 4.º LH), porque el vendedor ya ha dispuesto de su derecho de propiedad al vender al demandante y sólo se demanda que, mediante la tradición o, en su defecto, la puesta en posesión por el Juez, se transmita al comprador la prueba de la pertenencia del derecho de propiedad que implica la posesión en concepto de dueño, por presunción legal (art. 448 CC).

4) Derecho alemán de inscripción *sustantiva abstracta* en el Código Civil de 1896, frente al Derecho prusiano de inscripción *publicitaria*.

(76) V. libro (2), pág. 440.

1. Como ya dije con anterioridad (77), el Código Civil alemán va más allá que el español para asegurar la adquisición en el tráfico jurídico de cosas.

1.1. Por una parte, la declaración de ineficacia, originaria o sobrevenida, del contrato obligatorio de venta, no determina la ineficacia del negocio dispositivo de transmisión causado por la venta pero abstraído causalmente de ella, cualquiera que sea el negocio dispositivo: *Auflassung* inmobiliaria, Tradición mobiliaria, Cesión de créditos y acciones.

Así, la declaración de ineficacia de la venta, que fue seguida del negocio Tradición, tan sólo implica el deber personal del comprador de *devolver* la *propiedad* al vendedor, mediante un nuevo negocio dispositivo de Tradición, y si no es posible tal devolución, porque ya dispuso el comprador mediante Tradición a otra persona que adquirió en firme, entonces implica el deber de resarcir al vendedor del perjuicio correspondiente al enriquecimiento sin causa del comprador que vendió e hizo Tradición (como resultado de la abstracción inicial del negocio dispositivo Tradición del que era su causa el contrato de Venta que se declara ineficaz).

Aún más, la condición voluntaria, resolutoria o suspensiva, se configura como pacto obligatorio, que afecta al contrato de Venta pero no afecta al acuerdo real del negocio dispositivo inmobiliario (*Auflassung*), aunque puede ser anotada la condición inmobiliaria para que afecte la condición al posterior titular registral del dominio.

1.2. Por otra parte, adquiere en firme el titular registral del dominio pese a la ineficacia del negocio de transmisión abstracta (*Auflassung*) realizado (como transmitente) por el anterior titular registral que no era el verdadero propietario al disponer traslativamente. El nuevo titular registral adquiere *a non domino* (parágrafo 892) como medida de protección al que compra confiado en la apariencia registral, en la presunción de exactitud del Registro.

Asimismo, adquiere en firme el que por Tradición es poseedor en concepto de dueño pese a que no fuera propietario el poseedor anterior, disponente por Tradición. El nuevo poseedor adquiere *a non domino* (parágrafos 923 y 925) como medida de protección al que compra confiado en la apariencia posesoria, en la presunción de ser propietario el que es poseedor en concepto de dueño y como dueño dispone por Tradición. A este caso es similar el de la venta de mercaderías en el Derecho español (art. 464, 4; no en casos de venta civil según nuestro Tribunal Supremo).

2. Obsérvese:

2.1. En el sistema alemán, por ser el negocio dispositivo de transmisión de una finca un acuerdo real con forma «constitutiva» de inscripción,

(77) V. libro (2), págs. 399 y sigs.

no sería aplicable una disposición equivalente al artículo 32 LH, precepto que sí tiene equivalente en los sistemas francés e italiano, porque en ellos, como en el nuestro, la inscripción no es «constitutiva» de la «transmisión» por causa de venta del propietario (en aquellos aún sin transmisión de la posesión, a diferencia del nuestro).

Asimismo, en el sistema alemán, por el carácter abstracto del negocio de transmisión, no sería aplicable una disposición equivalente al artículo 34 LH, precepto que sí tiene equivalente en el sistema italiano, en el que las resoluciones judiciales no transcritas o anotadas durante un cierto número de años no pueden ser opuestas a tercero inscrito.

Por el contrario, en el sistema alemán sí que tiene equivalente el precepto del artículo 40, párrafo final, de la LH, porque lo primordial en Alemania es el principio de exactitud de la inscripción, añadido al de constitución de la transmisión mediante la necesaria inscripción del acuerdo real y al de la abstracción del negocio de transmisión de inmuebles respecto al contrato causa.

Este principio de exactitud tiene efectos procesales (legitimación, similar a la del artículo 38 LH) y efectos sustantivos (fe pública registral), en relación con los errores de la inscripción constitutiva y abstracta y en cuanto a los vicios del *acuerdo real*, siempre que puedan quedar desvinculados de los correspondientes vicios de la voluntad obligacional (que es su causa) no ya teóricamente sino en la realidad práctica.

La abstracción causal subsiste cuando se incorpora un derecho de hipoteca a un título valor, lo que implica consecuencias que no pueden ser trasplantadas al sistema español. Es más, una promesa o reconocimiento de deuda garantizada con hipoteca incorporada a un título valor se considera abstraída del negocio obligatorio (que, en la realidad, es la causa o fuente de la obligación «prometida» o reconocida, de la que está abstraída formal y sustantivamente).

En el Derecho español, la acción de nulidad y la acción de resolución no perjudican a tercero registral, y la acción rescisoria no perjudica a tercero civil, a menos que sean de mala fe probada.

En ambos supuestos, el tercero adquiere por compra *a non domino*, pero no porque la adquisición sea abstracta respecto al contrato causa, de manera que sólo sea posible corregir el enriquecimiento sin causa mediante una *condictio*, sino porque dicha ineficacia no afecta derivativamente, a tercero civil en el caso de rescisión (art. 1.295), a tercero *registral* en el caso de nulidad o resolución (art. 34 LH), a menos que se pruebe su mala fe, su conocimiento de la «causa» de la ineficacia.

La declaración judicial, en cualquier caso, implica para el demandado como parte civil el deber de devolver la *posesión*; pero cuando la devolución no es posible porque la *propiedad* corresponde a un tercero comprador

que no sea de mala fe probada (arts. 1.295 CC y 34 LH), la parte civil ha de «devolver» el dinero del precio que cobró al tercero, e indemnizar los perjuicios si la vendió ilícitamente o en fraude del derecho ajeno (art. 1.291, 3, 4).

2.2. «Dicho todo lo anterior, estimo oportuno aludir, *de jure condendo*, a la conveniencia de *sustituir* por la inscripción a la tradición, con el mismo alcance de *condición legal* suspensiva del efecto transmisivo del contrato de venta —de manera similar a como el Código Civil configuró la inscripción de la constitución (art. 1.875) (pero no de la transmisión) del derecho de hipoteca— o bien a la conveniencia de proceder a una reforma más profunda del sistema vigente, civil y procesal (en consideración a la prueba de la pertenencia del derecho), en el que la inscripción del título (de compra seguida de tradición, en su caso) no es constitutiva de la transmisión, aunque sea determinante de su firmeza en caso de doble venta (art. 1.473, 3; y art. 32 LH) o en caso de ineficacia del título por el que adquirió el transmitente (art. 34 LH)...»

Así decía en mi estudio de junio de 1989.

Ahora bien, conviene evitar que cualquier reforma normativa agrave el germanismo dicotómico infiltrado en la terminología de la doctrina española y desvirtúe el vigente sistema español de tráfico jurídico inmobiliario a causa del contrato de compraventa.

Valencia, junio de 1992
EUSEBIO GIMÉNEZ ROIG

NOTA BIBLIOGRÁFICA (Textos citados en notas al pie)

- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *Publicidad registral de los préstamos hipotecarios*, 1991, notas 38-41. *La causa del crédito hipotecario*, 1990, notas 42-45, 73.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, RAFAEL: *La hipoteca (Génesis de su estructura y función)*, 1980, nota 14.
- CORDINI, GIOVANNI: *Convegno di Pavia...*, 1991, nota 21.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO: *Comentarios... de Albadalejo, sobre la prueba*, 1991, nota 48.
- CHIANALE, ANGELO: *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, 1990, notas 4, 16, 17, 25, 49, 50, 52, 57.
- D'ORS, ALVARO: *Creditus y contractus*, 1956. *Creditum*, 1983, nota 7.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, 1988, nota 40.

- GIMÉNEZ ROIG, EUSEBIO: *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa...*, 1991, notas 2, 6, 11-13, 15, 18, 19, 26-28, 31, 32, 36, 37, 51, 53, 55, 56, 58-67, 75-77.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, LUIS: *Pago y transmisión de propiedad (El artículo 1.160 del Código Civil)*, 1990, notas 68, 69.
- MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS: *Sobre Registradores y Notarios*, 1991, nota 34.
- MOISSET DE ESPANES, LUIS: *El Código Civil paraguayo de 1987*, 1991, notas 22-24.
- OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Derecho inmobiliario español*, 1892-1896, notas 3, 70-72.
- PAU PEDRÓN, ANTONIO: *Eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios*, 1991, notas 1, 8-10, 54. *La comparación en el Derecho registral*, 1986, notas 20, 33.
- SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL: *Comentarios... de Albadalejo, sobre presunciones*, 1991, notas 35, 46, 47.