

de hipotecas de máximo, no cabe excederse de tal límite ni frente a terceros ni frente al deudor. Así la RDGRN de 16-2-90 dice que “esta determinación delimita el alcance del derecho real constituido a todos los efectos favorables o adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las relaciones entre el acreedor y deudor hipotecario”.

7.º *Causas de vencimiento anticipado.*—La RDGRN de 16-3-90 se plantea otro aspecto de interés de las hipotecas, que es el del vencimiento anticipado, reiterando la posibilidad de que se pacten: *a)* no sólo por impago a su vencimiento de las amortizaciones de capital o intereses; *b)* sino también por falta de pago de tributos o gastos —entre los que se incluyen las cuotas de gastos de comunidad— que tengan preferencia al propio crédito hipotecario.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

FACULTADES DISPOSITIVAS DEL ALBACEA TESTAMENTARIO (RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 1990).

I. Hechos.—El 23 de febrero de 1987, ante el Notario de Sevilla don Francisco Javier Alonso-Morgado Díaz, se otorgó escritura pública por la que Sor Rosario Zamudio Sánchez, albacea testamentaria de don Antonio González de la Rasilla Álvarez, vendía una finca y una parte indivisa de otra a don Francisco Mazuelos González de la Rasilla.

II. Presentado el precedente documento en el Registro de la Propiedad de Morón de la Frontera fue calificada con nota del siguiente tenor literal: “Examinado el precedente documento, presentado al Diario 112, asiento número 1.577, y que retirado el día 26 de febrero ha sido devuelto a este Registro en el día de hoy, se deniega la inscripción solicitada por apreciarse los siguientes defectos: 1.º Del texto de la escritura resulta que el comprador no ha entrado en posesión de los bienes, por lo que no ha surgido aún derecho real susceptible de inscripción (arts. 609, 1.095 y 1.462 CC, y arts. 1 y 2 LH). 2.º Faltar la intervención de la heredera instituida en la venta concertada por la albacea, en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 CC). 3.º Carecer el albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior y que por consiguiente han dejado de pertenecer al patrimonio relicto (arts. 901, 902, 903 y 911 CC). Dato éste que en cuanto a la finca señalada con la letra A queda corroborado del examen del documento presentado con el número 90 del Diario 113 el día 17 del mes de marzo corriente. 4.º No haberse distribuido el precio aplazado entre las dos fincas vendidas (art. 11 LH). 5.º No expresarse los linderos de la finca señalada con la letra B (art. 9, núm. 1, LH). 6.º No acreditarse en debida forma la identidad de la firma, el desempeño del cargo ni las facultades representativas de la reverenda madre Mariana Romero Romero, signataria de los documentos de prórroga de albacea, así como tampoco las necesarias menciones que acrediten la personalidad de la Congregación representada, lo que impide apreciar la capacidad del heredero concedente de la prórroga y, en consecuencia, la realidad de ésta (art. 18 LH). Los defectos señalados bajo los ordinales 1.º, 2.º y 3.º se estiman insubsanables, siendo subsanables los restantes.—Morón de la Frontera, 21 de abril de 1987.—El Registrador.— Firma ilegible.

III. Don Manuel Gutiérrez de Rueda y García, en la representación antes aludida, interpuso recurso gubernativo únicamente contra los tres primeros defectos de la nota y alegó, en relación con el primero de ellos, que deducir del contenido de la escritura —como hace el Registrador— que no se entrega ni la posesión civil ni la inmediata es pura conjetura, pues cuando en el dispositivo tercero se dice que “si el comprador” no pudiera tomar posesión de la finca, por cualquier causa, no podrá exigirse responsabilidad alguna al albaceazgo ni a la heredera universal, lo único que hacen las partes intervinientes en dicho dispositivo es, presuponiendo el nacimiento del derecho real, formular un pacto de exoneración de responsabilidad en el caso de evicción o vicios ocultos (arts. 609, 1.095, 1.462, 1.474, 1.475 y 1.481); y que, aunque no hubiese nacido el derecho real, podría haberse inscrito sujeto a condición suspensiva. En relación con el segundo defecto, expuso que no habiéndose indicado en qué párrafo del artículo 903 se basa, lo entiende referido al párrafo segundo, respecto al cual la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es que las facultades de los albaceas son de interpretación estricta, pero no puede haber restricción donde no se ha puesto limitación por el testador, lo cual, unido al hecho de que el testador autorizó al albacea a vender con amplias facultades, lleva a la conclusión de que en el caso presente es el que, según se dice en el propio documento de venta, el precio va destinado al ejercicio de acciones judiciales (dirigidas contra el que fue administrador del difunto y que aparece como adjudicatario de todas las fincas del mismo en virtud de un cuaderno particional cuya ineficacia se pretende), se trata de algo para lo que el albacea no necesita autorización de los herederos. Respecto al defecto tercero, indicó que el albacea ha vendido porque la única heredera universal le ha prorrogado el albaceazgo en vista de la mala fe de los otros albaceas solidarios, quienes por actuar dolosamente no han ejecutado correctamente la voluntad del causante, siendo el acatamiento de esta voluntad la que preside la enajenación de las fincas en cuestión a fin de obtener el numerario suficiente para entablar las referidas acciones, a lo cual no obsta la existencia de un cuaderno particional adjudicando, y por tanto separando, del patrimonio relicto las fincas objeto de la presente compraventa, pues precisamente la denuncia de la falsedad de este cuaderno es la que ha provocado la celebración del referido contrato y que, en cualquier caso, la solidaridad establecida en el testamento para el albaceazgo es de carácter impropio y dará lugar a la nulidad del referido cuaderno particional al faltar el consentimiento de alguno de los albaceas.

IV. Solicitado informe al Notario autorizante, éste informó que la tradición, además de ser reminiscencia histórica propia de países carentes de un sistema de publicidad registral, y según la mayor parte de la doctrina, es un requisito que se suple por la inscripción, tratándose de la propiedad inscrita, aparecía cumplida en la transmisión otorgada ante él; que la salvedad relativa a la circunstancia de que no llegue a poseer el comprador se refiere únicamente al reconocimiento por parte del vendedor de la existencia de un poseedor, cuyo título se pone en duda por estar pendiente de instancias ante la jurisdicción penal y al que se califica de hecho compatible con la adquisición de la posesión civil que va a adquirir el comprador; que esta interpretación aparece confirmada por el artículo 35 de la Ley Hipotecaria; y que, aunque no se hubiese transmitido efectivamente el dominio, de la escritura resultaba, al menos, un *ius ad rem*, que, como la opción, cuyo carácter personal no se discute, merece protección registral, máxime rigiendo en nuestro ordenamiento el sistema de *numerus apertus*. Respecto al segundo defecto, amén de que por aplicación del artículo 1.259 del

Código Civil nunca podría ser insubsanable, todo depende de la voluntad del testador, la cual, tratándose de una Congregación Religiosa la heredera y considerándose su presumible dificultad para la explotación de la Empresa Agrícola en que consistía la finca objeto de la enajenación, debe interpretarse en el sentido, vertido en la escritura, de capacidad del albacea para vender sin autorización del heredero. Finalmente, en relación con el tercer defecto, expresó únicamente que si la escritura ha tenido ingreso en el Registro antes que un documento particional que en la misma escritura se califica de “privado”, el contenido de éste parece que no sólo ha vinculado lo legalmente hecho —la escritura—, sino que sería muy dudoso que pueda traerse a colación —*prior tempore*— por el funcionario calificador.

V. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, en la que corregía un error material, alegó, en relación con el primer defecto que mantenía la no inscribibilidad porque del texto de la escritura no sólo no resulta la entrega de la cosa —requisito imprescindible para que nazca el derecho real, cfr. arts. 609 y 1.095 CC, y 1 y 2 LH—, sino, antes al contrario, el que ésta no ha llegado a producirse con el corolario de no surgir ningún derecho real alguno susceptible de producir la inscripción solicitada, pues no otra cosa puede querer decirse con la previsión inserta en la escritura para el caso de imposibilidad de toma de posesión, lo cual debe relacionarse con las declaraciones que el albacea vendedor vierte en la propia escritura en el sentido de que las fincas que se venden resultaran previamente adjudicadas a un tercero por virtud de un cuaderno particional privado (y es entonces cuando se comprende que no pueda darse la posesión de aquello que no se posee); y que tampoco cabe la inscripción del derecho sujeto a condición suspensiva porque como dijo el Tribunal Supremo (S. 5 diciembre 1953), “las condiciones, suspensivas o resolutorias como elementos accidentales y sobreañadidos a una obligación, deben consignarse en forma expresa. Respecto al defecto segundo, alegó que lo mantiene porque aunque la doctrina moderna exige únicamente la intervención de los herederos en la venta de inmuebles por el albacea cuando se trata de herederos forzosos, y no es éste el caso, la autorización resulta de que la facultad genérica de vender inmuebles es únicamente para ejecutar las previsiones testamentarias, lo cual, evidentemente, se ve desbordado por la presente escritura, en la que el precio se aplaza en su mayor cuantía, se estipula una dispensa de intereses en cuanto al primer plazo, se da carta de pago por unos talones bancarios sin reserva de su buen fin y todo ello tratándose de un caso de heredera única, con lo que la conveniencia de la venta de bienes no se alcanza a descubrir; y que calificaba este defecto de insubsanable, a pesar de que la ratificación por la heredera instituida, conociendo los demás requisitos legales (téngase en cuenta que los aplazamientos contenidos alcanzan un período de cuatro años, plazo mucho mayor que el que el propio albacea reconoce como de vigencia de su cargo), pudiera suponer aparentemente su subsanación, ello estaría contradicho por la declaración contenida en la escritura de figurar las fincas que se venden previamente adjudicadas a un tercero, manifestación que impediría aplicar la presunción de legitimación contenida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, única posible vía de entrada al Registro del ejercicio de aquellas facultades emanantes de una aparente titularidad registral no concorde con la realidad extrarregistral. En cuanto al tercer y último defecto recurrido, adujo, primero, que al establecer el testador que los albaceas eran nombrados “indistintamente para que puedan actuar por sí solos”, ello implica que cualquiera está obligado a pasar por lo que hagan los demás; y, segundo, que al realizarse el cuaderno particional que se dice impugnado por los albaceas, se

extingue el albaceazgo, por lo que la posible prórroga, de admitirse, sería únicamente para desenvolver las acciones de impugnación, sin que pueda deducirse su posible extensión a la de enajenar desde ya los bienes objeto del cuaderno particional, cuya nulidad se invoca y pretende; y que, por lo anterior, mientras no se declare por los Tribunales de Justicia la ineficacia del cuaderno, el albacea carece de facultades para vender bienes que ya no pertenecen al caudal relicto, pudiendo obtener la protección registral mediante la anotación de demanda del proceso o bien mediante la prórroga de asientos admitida por el artículo 432.1.º del Reglamento Hipotecario.

VI. El Presidente de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó acuerdo y confirmó la nota del Registrador basándose en motivos análogos a los que este funcionario había vertido en el informe de defensa de aquélla.

VII. Don Manuel Gutiérrez de Ruda y García se alzó de la decisión del Presidente de la Audiencia apelando ante la Dirección General de los Registros y del Notariado mediante escrito en el que, insistiendo en la misma línea argumental del escrito de interposición del recurso, pedía se revocara el citado Acuerdo y la nota de calificación correspondiente y se procediera a inscribir la escritura de compraventa presentada a despacho y que originó este recurso.

Fundamentos de derecho.—Vistos los artículos 901, 902 y 903 del Código Civil; 18, 19 y 66 de la Ley Hipotecaria; 97, 111, 114, 126, 432 y 434 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias de 5 de julio de 1947 y 1 de julio de 1985, y las Resoluciones de 28 de noviembre de 1905, 29 de marzo de 1915, 10 de agosto de 1940 y 8 de mayo de 1943.

1. Deben enjuiciarse antes las cuestiones que plantea el tercer defecto de la nota de calificación, pues la decisión de estas cuestiones determina la improcedencia de tratar en este recurso las cuestiones que plantea el primer defecto de la nota (si en el presente supuesto el otorgamiento de la escritura equivale a la tradición: cfr. arts. 1.462 y 1.464 CC). En opinión del Registrador y conforme expresa el defecto tercero, carece la “albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior”. Es cierto que la albacea —nombrada en el testamento con otras dos personas con facultades que cada una de ellas puede ejercitar indistintamente en la escritura de venta presentada, otorgada por ella en ejercicio del poder que ostenta, admite la existencia de un cuaderno particional privado en el que las fincas que ella vende ya están adjudicadas a otra persona (aunque no se expresa por dicha albacea el concepto en que fueron adjudicadas). Pero es cierto también que afirma que la autenticidad y veracidad de ese cuaderno particional es objeto de acciones judiciales. Resulta, pues, de las mismas manifestaciones de la albacea, que no se sabe si está o no vigente el poder de disposición que ella ejerce o si está ya agotado por haberse ejercitado debidamente por otro de los albaceas solidarios. El principio de legalidad —garantía de la eficacia de los asientos— exige con rigor que sean inscritos no sólo los negocios que por lo que resulta de los documentos presentados y del propio Registro, sean ciertos y válidos. Si en el título básico el mismo otorgante pone en duda su propio poder y, por tanto, la validez de la venta, no puede procederse a la inscripción mientras estas dudas no quedan dilucidadas. Ahora bien, al no tenerse en el Registro conocimiento directo de la adjudicación anterior, no puede decidirse si el obstáculo existe o no y cuál es su carácter, por lo que es más adecuado aplicar al defecto el régimen de los defectos subsanables a fin de que en el plazo correspondiente pueda bien veri-

ficarse la subsanación, bien pedir anotación preventiva, bien interponerse demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez de la venta.

2. En el segundo defecto de la nota se acusa que en la venta “falta la intervención de la heredera instituida”, dadas “las especiales condiciones” en que la venta “se celebra” (art. 903 CC). La nota, que en este punto adolece de imprecisión, se apoya, según el informe del Registrador, en que el albacea, en la venta, como en todos los actos que acometa, “ha de ceñirse estrictamente a su función, que no es otra que la ejecución del testamento”, y en la escritura de venta “tal cometido o función aparece ampliamente rebasado”. Limitándonos a la cuestión planteada —y no a las que pueda plantear la prórroga del albaceazgo, que quedan fuera del recurso—, ha de partirse de que la albacea fue nombrada según el testamento “con las más amplias facultades, incluso la de vender inmuebles y cualesquiera otros bienes”. De acuerdo con el artículo 901 del Código Civil y no habiendo legitimarios, los poderes para enajenar han de enjuiciarse por lo previsto en el testamento y no por lo previsto en el artículo 903. No se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación; pero ni es el Registrador a quien tiene que rendir cuenta la albacea, ni se puede, en la calificación registral afirmar, por los documentos presentados, que exista tal abuso, en términos oponibles incluso al comprador mismo, cuando además de los antecedentes se desprende que las atenciones a que ha de hacer frente el albacea puede que no se limiten, en este caso, a los gastos funerarios.

Esta Dirección General ha acordado revocar parcialmente la nota y autos apelados:

- 1.º No hacer pronunciamiento en cuanto al primer defecto de la nota.
- 2.º Revocar el segundo defecto.
- 3.º Confirmar el defecto tercero, pero estimando que es subsanable.

Lo que, con devolución del expediente original comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 25 de enero de 1990.—El Director general, *José Cándido Paz-Ares Rodríguez*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Comentario.—Tres son los posibles defectos que se plantean en el presente recurso, si bien la Dirección General sólo trata propiamente de dos de ellos, estimando en relación con el primer defecto que “la decisión de estas cuestiones —las planteadas por el tercer defecto— determina la improcedencia de tratar en este recurso las cuestiones que plantea el primer defecto de la nota”, con lo que la cuestión de la falta o no de tradición queda embebida en la existencia o no de facultades traslativas por parte del vendedor que se deriva del título, pero estos defectos serán tratados más adelante; por ser independiente de ellos, pasamos a considerar el segundo defecto de la nota que se refiere a “faltar la intervención de los herederos instituidos en la venta concertada por el albacea en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 CC)”.

Naturaleza del albaceazgo.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a equiparar la figura del albaceazgo a la del mandato, si bien reconociéndole sus peculiares características, entre las que destaca el que va a producir efectos a la muerte del causante, así como el tratarse de una institución fundamentada

en un acto unilateral de éste que va a dar contenido al ámbito de sus funciones junto con la regulación legal, lo que hace fundamental en el momento de ejercicio de dichas funciones la interpretación del propio testamento realizado por el propio albacea basada en la propia naturaleza de su función ejecutora de la voluntad del testador, sin necesidad de que ésta facultad interpretadora le haya sido expresamente conferida. La jurisprudencia registral, por su parte, no ha entrado de lleno en la cuestión de esta naturaleza interpretando en cada supuesto si el albacea tiene o no facultades según lo establecido por el testador y las limitaciones legales en su caso (así Resolución 22 julio 1939: "Considerando que el testamento que regula la sucesión objeto de este recurso constituye a favor de los albaceas una función de representación del caudal a los fines de enajenación y pago de deudas que tal testamento invoca". Resolución 28 julio 1932: "Considerando que en esta materia de facultades de los albaceas rige el principio de que éstos tienen todas las que expresamente quieren conferirles los testadores". Resolución 10 agosto 1940: "Cualquiera que sea la verdadera naturaleza jurídica del albaceazgo, las facultades testamentarias de los albaceas, fundadas principalmente en el legítimo deseo de los causantes de asegurar la fiel ejecución de su última voluntad, están subordinadas en nuestra legislación al arbitrio del testador que no esté opuesto a las normas legales").

Interpretación del testamento.—La dicha interpretación testamentaria que el albacea realiza resulta de lo apuntado, que se encuentra con dos límites: la Ley y el propio testamento; la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo afirma así repetidamente. En el ámbito de la jurisprudencia registral el control de la interpretación de la voluntad testamentaria se aproxima a la interpretación de los poderes para reconocer si la actuación del albacea había sido o no correcta a la luz de esa voluntad; la calificación registral de esa función del albacea conlleva así un previo juicio interpretativo de la voluntad testamentaria para hacer pasar aquella actuación por el tamiz del testamento, que es —con las limitaciones que la Ley impone— la propia Ley de la sucesión; así, y en materia de enajenación de inmuebles por los albaceas, se puede ver interpretada jurisprudencialmente esa voluntad testamentaria, confirmándola en múltiples Resoluciones como las de 11 de diciembre de 1929 ó 6 de diciembre de 1906 y revocándola en otras como la de 14 de octubre de 1916.

Así, si el albaceazgo se aproxima al mandato y la interposición testamentaria a la interpretación de los poderes, no es menos cierto que en sede de la actuación de los albaceas y desde el momento en que se trata de una función que se ejerce en el ámbito de la ejecución testamentaria las dificultades de interpretación van más allá de las que se plantean al interpretar un poder puro y simple; y por ello la nota calificadora en el presente recurso se refiere a la necesidad de intervención del heredero interpretando una extralimitación en el ejercicio de las facultades testamentarias de enajenación por el albacea "en atención a las especiales condiciones en que se realiza la venta". Sin duda son también esas dificultades de interpretación las que han llevado tradicionalmente a la Dirección General a no entrar en más consideraciones si la facultad de enajenación de bienes concedida por el testador está conferida en términos absolutos, siguiendo la pauta marcada por la Resolución de 28 de noviembre de 1905.

En esa línea, en el presente supuesto se dice en la Resolución que "no se excluye que en el caso pudiera haber abuso o desviación", si bien se llega también a la solución final adoptada por una vía interpretativa de los documentos presentados a la luz de las funciones de ejecución testamentaria ("cuando además

de los antecedentes se desprende que las atenciones a que ha de hacer frente el albacea puede que no se limiten en este caso a los gastos funerarios"); ahora bien, la referencia a que no es el Registrador a quien debe rendir cuentas el albacea vuelve al punto de partida, de forma que salvo que la actuación implicara una vulneración obvia y flagrante de la actuación dentro del ámbito de la ejecución testamentaria —nos parece—, el Registrador debe interpretar la facultad de enajenar conferida por el testador en el más amplio sentido, sin que pueda entrar a calificar una limitación de sus facultades fundada en la propia naturaleza ejecutora de su función fuera de las limitaciones que pueden resultar del propio testamento.

Enajenación de bienes por los albaceas.—Sólo procede aquí constatar que es hoy una postura doctrinal y jurisprudencialmente seguida en general y que se recoge en el informe del Registrador y en la misma Resolución el que no es necesaria la intervención de los herederos no legitimarios cuando se concede por el testador la facultad de vender; así se recogió en la Resolución de 8 de mayo de 1943 y apoyando MANRESA y SÁNCHEZ ROMÁN esta interpretación en que el artículo 903 que establece la necesidad de la intervención de los herederos sólo es aplicable cuando pertenecen al albacea las facultades legales a falta de otorgamiento de facultades por el testador; y ALBALADEJO —que cita a los anteriores— se pregunta en apoyo de igual tesis que "¿para qué sirve que el testador conceda facultad de vender si aunque no la conceda la tiene el albacea como legal, y aunque proceda la concesión hace falta, como en la legal, que intervengan los herederos en la venta?" Lo que ocurre es que en el presente caso, como ya se ha dicho, el Registrador considera que la enajenación se lleva cabo fuera del ámbito de la ejecución de las previsiones testamentarias y la Dirección General no comparte esta interpretación —o no considera necesario entrar de lleno en ella en los términos antes señalados.

Los defectos primero y tercero.—El entrelazamiento entre ambos defectos se desprende del propio informe del Registrador y es acentuado por el Centro Directivo, que, como en otras ocasiones, considera que la solución a algún defecto invocado incorpora ya la que corresponde a algún otro dentro del mismo recurso; en este supuesto las dudas sobre la validez de la venta afectan a las dudas sobre la tradición del artículo 1.462 del Código Civil.

La solución al tercer defecto.—Las facultades dispositivas conferidas al albacea y la propia posesión civilísima de los bienes hereditarios que le corresponde según la doctrina conforme al artículo 440 del Código Civil tienen un límite temporal en la salida de los bienes de la masa hereditaria; de los términos del propio documento el Registrador deduce que esas facultades se han extinguido al existir otro documento anterior en el que otro albacea con facultades ha llevado a cabo la enajenación de los bienes en cuestión; el Centro Directivo matiza considerando subsanable el defecto al apuntarse la posibilidad de la invalidez de esa previa enajenación; en definitiva, las facultades dispositivas del albacea y su legitimación para disponer de los bienes están puestos en duda en el propio documento, con lo que la Dirección General opta por la suspensión que pueda salvar en su día la prioridad del asiento de presentación practicado si la venta cuya validez no resulta claramente del propio documento es finalmente válida; como sólo deben inscribirse los "negocios ciertos y válidos", y en el título básico se pone en duda la "validez de la venta", es necesario antes despejar las dudas sobre esa validez; el Centro Directivo se refiere aquí a los títulos "¿Qué

supone entonces la calificación del modo o tradición en el supuesto presentado si la solución a la cuestión de la 'certeza' y 'validez' del 'negocio' encierra la referida a las dudas sobre la tradición?"

La posición del Registrador.—El mismo documento afirma que la transferencia de posesión en sentido material no se ha producido. La tradición entendida como traslado material en favor del adquirente presupone desde el punto de vista tradicional la previa posesión del *tradens*, y en este caso del propio documento se desprende esa ausencia de tradición. Si la calificación debe afectar a pesar del artículo 2 de la Ley Hipotecaria que habla de "títulos" y de "actos y contratos" al total *iter* traslativo conforme al artículo 609 del Código Civil, la falta de tradición está sujeta a calificación, pues estamos ante una de las excepciones del artículo 1.462.2.º del Código Civil, en el sentido de que resulta del propio documento el que la entrega de la cosa no se ha producido. La posesión es entendida, pues, como transferencia material, entrada en posesión de los bienes por el comprador que queda desvirtuada en este caso por el propio documento.

El defecto primero queda tratado con la solución dada al tercer defecto.—El Centro Directivo obvia la solución a esta posible falta de tradición; la misma vendrá o no incorporada a la validez del negocio dispositivo; ello puede responder a varias lecturas:

1.^a El título como presupuesto de la tradición. En nuestro Derecho el *iter* traslativo presupone la tradición o entrega de la casa, pero ésta, a su vez, implica necesariamente como presupuesto previo un negocio válido; si ese presupuesto no se da puede hablarse de tradición con efectos traslativos.

2.^a La tradición como incorporada al propio título inscribible entendido el artículo 1.462.2.º del Código como un supuesto de la tradición instrumental o ficticia que es ajena al hecho de la posesión y que hará equivaler los conceptos de otorgamiento de escritura y tradición salvo que el efecto traslativo que necesariamente se produce del título causa y de la plasmación de éste en el título documento resulte o se deduzca de los propios términos de la escritura, que no ha tenido lugar de forma que una posposición de la entrada en la posesión de la cosa transmitida no sería relevante para calificar si ha habido o no tradición, mientras que sí lo sería una falta de voluntad de acuerdo traslativo o la puesta en duda —que es lo que aquí ocurre más allá de una posible falta de posesión real por el adquirente— de la eficacia traslativa del negocio, que resulta del propio documento calificado.

La tradición como ajena a la calificación registral sobre la base de que el Registro es un registro de títulos en sentido material y la tradición no es tenida en cuenta por la Ley Hipotecaria como elemento a calificar —posición de SANZ—, no parece ser el fundamento de la posición del Centro Directivo desde el momento en que se refiere a la improcedencia de tratar las cuestiones que plantea el defecto en este recurso sin pronunciarse sobre el mismo sobre la base de la solución dada al tercero.

Pero es cierto también que las dos alternativas expuestas antes implican necesariamente una misma visión de la tradición por el Centro Directivo; si la falta de entrega posesoria resultante del propio documento no es defecto independiente de falta de tradición, es que nos acercamos a un concepto distinto de tradición identificado con el simple otorgamiento de la escritura de la que la contradicción a que se refiere el propio artículo 1.462 del Código Civil no es que

la cosa no se haya entregado, sino que la finalidad traslativa no se haya cumplido; y eso puede ocurrir porque la propia validez del título está puesta en duda con lo que el título como presupuesto impedirá el efecto traslativo que en otro caso el otorgamiento documental produciría y, también, porque existiría una contradicción en el propio título reconocida por las propias partes de los normales efectos traslativos del otorgamiento de la escritura y que implicaría esa negación del efecto traslativo de la tradición a que se refieren los supuestos del número 2 del artículo 1.462 del Código Civil.

La cuestión de la tradición, sin salir de la órbita calificadora, se simboliza o instrumentaliza así, desgajándose de la órbita del hecho posesorio, y sólo tendría trascendencia como elemento independiente del acto causal si presuponiendo la validez de éste las partes quisieran conferir al otorgamiento del documento un efecto que no fuera traslativo.

Resumen.—En resumen, la posición del Centro Directivo en relación a los defectos comentados puede sintetizarse como sigue:

La concesión al albacea de facultades generales para enajenar no implica que pueda entrar en la calificación si los mismos se han ejercitado en el ámbito propio de la actuación del albacea, esto es, de la ejecución testamentaria, continuando en la línea que inició la Resolución de 28 de noviembre de 1905 en un supuesto de albacea facultado para vender bienes de la herencia sin limitaciones.

En cuanto a la posible falta de poder dispositivo del albacea derivada de la posible previa enajenación de la finca vendida en documento privado y que afecta al propio principio de legitimación (ver Resolución 19-9-1989), el Centro Directivo, dados los términos de duda en que está referida la posible validez de la dicha previa venta opta por la suspensión.

Finalmente, y aunque no entra la Dirección General en el posible defecto de falta de tradición, eso no implica que la tradición quede fuera de la calificación, sino más bien que se adopta un concepto de tradición desgajada del hecho posesorio más acorde con la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina más reciente que frente al punto de vista tradicional que exige la posesión en el transmitente y admite la desvirtuación de la presunción del artículo 1.462.2.º del Código Civil por datos ajenos al propio documento, tiende a identificar instrumento público y tradición, de manera que esa identificación quedará desvirtuada si del contenido del propio instrumento resulta que la transmisión del dominio o la constitución del derecho real no se ha producido o es puesta en duda, porque las partes excluyen dicho efecto traslativo o, aún más allá, porque esa falta de afecto traslativo está insita en los defectos del propio título material en que se funda la transmisión.

JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ