

Posesión, tradición e inscripción (II)

Possession, traditio and registration(II)

por

FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Doctor en Derecho y Ciencia Política

RESUMEN: La tradición, en un Estado moderno, no consiste tanto en la entrega de la posesión cuanto en la transmisión del *ius disponendi*, que transmitirá la posesión si el derecho transmitido la conlleva. La tradición, como negocio jurídico dispositivo, solo produce efecto *inter partes*. Para que produzca efecto *inter tertios* el *tradens* debe ser titular del *ius disponendi* y tener capacidad de disposición. El Código civil no contiene mecanismo alguno de identificación del titular del *ius disponendi*. Para ello, remite a la Ley Hipotecaria y ésta, para conseguir ese objetivo, modifica el sistema de transmisión del título y el modo del artículo 609 del Código civil e introduce el sistema de transmisión registral —artículo 34 de la Ley Hipotecaria— el cual sigue la misma lógica que los artículos 545 del Código de comercio,¹² y 119 de la Ley Cambiaria y del Cheque, 11.3 de la Ley del Mercado de Valores— y especialmente, que el artículo 85 del Código de Comercio, que configuran sistemas transmisivos basados en la seguridad del tráfico jurídico. La inscripción en el Registro de la Propiedad hace prescindible la tradición negocial como trámite separado, pero resulta preferible el sistema vigente porque permite una mayor flexibilidad en la protección de las titularidades, sin incurrir en irregularidad, a diferencia de lo que sucede en el BGB.

ABSTRACT: Traditio, in a modern State, does not consist so much in the delivery of possession as in the transfer of jus disponendi, which will transmit possession if the transferred right entails it. Traditio, as a dispositive legal transaction, only produces inter partes effect. In order to produce inter tertio effect, the trade must be entitled to the ius disponendi and have the capacity to dispose of it. The Civil Code does not contain any mechanism for identifying the holder of ius disponendi. To this end, it refers to the Mortgage Law and this, in order to achieve this objective,

modifies the system of transfer of title and mode of article 609 of the Civil Code and introduces the system of registry transfer—article 34 of the Mortgage Law – which follows the same logic as articles 545 of the Commercial Code. 12 and 119 of the Exchange and Check Law—, 11.3 of the Securities Market Law – and especially, that article 85 of the Commercial Code, which configure transfer systems based on the security of legal traffic. Registration in the Land Registry makes the traditio by contract dispensable as a separate procedure, but the current system is preferable because it allows greater flexibility in the protection of titles, without incurring in irregularity, unlike what happens in the BGB.

PALABRAS CLAVE: Tradición como negocio jurídico dispositivo, tradición registral, inscripción, *inter partes*, *inter tertios*, *ius disponendi*, título y modo, sistema de transmisión registral, flexibilidad, seguridad del tráfico jurídico.

KEYWORDS: *Traditio by contract, registry traditio, registration, inter partes, inter tertios, ius disponendi, title and mode, registry transfer system, flexibility, security of legal traffic.*

SUMARIO: I. LA TRADICIÓN. INTRODUCCIÓN.—1.1. LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO EN EL CÓDIGO CIVIL. ¿POR QUÉ EL CÓDIGO CIVIL REGULA LAS FORMAS DE ENTREGA EN SEDE DE COMPRAVENTA?. 1.2. LA NATURALEZA CAUSAL DE LA TRADICIÓN EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL. 1.3. TRADICIÓN Y POSESIÓN. 1.4 LA FUNCIÓN DE LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO DENTRO DEL *ITER* TRANSMISIVO DEL MISMO NOMBRE. 1.5. ¿EN QUÉ CONSISTE MATERIALMENTE LA TRADICIÓN COMO ACTO?—II. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL. 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. REQUISITOS PARA QUE EL OTORGAMIENTO SURTA EFECTO TRADITORIO. 2.3. ¿ES EL OTORGAMIENTO UN ACTO TRADITORIO O UN EQUIVALENTE DE ESTE?—III. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR AL TITULAR DEL *IUS DISPONENDI* PARA QUE LA *TRADITIO* PRODUZCA EFECTO TRASLATIVO.—IV. EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL DE LAS TITULARIDADES INSCRITAS COMO SOLUCIÓN. 4.1. EL ARTÍCULO 609 DEL CÓDIGO CIVIL COMO SISTEMA BÁSICO DE TRANSMISIÓN COMPLETADO POR EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN RELACIÓN A LA PROPIEDAD INSCRITA. 4.2. EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL EL *IUS DISPONENDI* NO SE EXTINGUE CON LA *TRADITIO*, SINO CON LA INSCRIPCIÓN, DOTADA DE FE PÚBLICA REGISTRAL, A FAVOR DEL ADQUIRENTE.—V. TRADICIÓN E INSCRIPCIÓN. 5.1. INTRODUCCIÓN. 5.2. ¿SUSTITUYE LA INSCRIPCIÓN A LA TRADICIÓN?. 5.3. ¿ES UNA FORMA DE TRADICIÓN LA INSCRIPCIÓN?. 5.4. ¿SERÍA PREFERIBLE QUE SE PRESCINDIESE DE LA TRADICIÓN COMO ACTO SEPARADO DE LA INSCRIPCIÓN?. 5.5. EL ARTÍCULO 1473 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. CONCLUSIONES.

I. LA TRADICIÓN. INTRODUCCIÓN.

Los artículos 609 y 1095 del Código civil acogen, según opinión común, la teoría del título y el modo, si bien dicha expresión no aparece recogida en ninguno de los dos preceptos, sino en el párrafo primero del artículo 433 del Código civil, según el cual:

” Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”.

El Código civil dedica su Libro III a los diferentes modos de adquirir la propiedad y comienza con una Disposición Preliminar contenida en el artículo 609 que enumera tales modos:

“La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por Ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de prescripción.”

Este precepto ha sido objeto de múltiples críticas, en las que no me detendré, por no ser relevantes desde la perspectiva del objeto de estudio¹, desde la que, sin embargo, merece subrayarse:

1. El artículo 609 del Código civil se completa por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal, conforme al cual: *“El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que no le haya sido entregada”.*

2. El Código civil regula a lo largo de su articulado los diferentes sistemas o modos que enumera², pero no la tradición³, —término que no vuelve a usar en ningún otro precepto, ni siquiera en el artículo 1095— a la que regula en sede de compraventa como obligación de entrega del vendedor, careciendo de una regulación autónoma.

El hecho de que el artículo 609 del Código civil hable de *“ciertos contratos”*, sin especificar cuáles son —solo pueden ser los contratos de finalidad traslativa—, de que solo en él se utilice el término tradición —ni siquiera lo hace el Código civil en el artículo 1095, que habla de entrega—, que la tradición se regule en sede de compraventa al tratar de la obligación de entrega del vendedor, en lugar de dedicarle una regulación autónoma, así como el hecho de que la teoría del título y el modo solo considere como justa causa de la tradición un negocio jurídico obligatorio, plantean la cuestión de si la potencia transmisiva está en el negocio jurídico obligacional, siendo la tradición una mera entrega posesoria pero muy espiritualizada, con lo que el sistema se aproximaría al francés, o, por el contrario, la potencia transmisiva está en la *traditio* como acto por ser el momento en el que el *tradens* debe ser titular del *ius disponendi*.

1.1. LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO EN EL CÓDIGO CIVIL. ¿POR QUÉ EL CÓDIGO CIVIL REGULA LAS FORMAS DE ENTREGA EN SEDE DE COMPRAVENTA?

El término tradición solo es utilizado por el Código civil en el artículo 609 que, en este punto, se separa del artículo 606 del Anteproyecto, el cual hablaba de la “*entrega que es efecto natural de los contratos*”, no de tradición, por lo que no se puede equiparar la tradición del artículo 609 del Código civil con la “*entrega que es efecto natural de los contratos*” del artículo 606 del Anteproyecto, modificación que es consecuencia de la Base XX de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por lo que la tradición no puede ser confundida con la obligación de entrega propia de un contrato de finalidad traslativa, asimilándose más bien a la *entrega legítima* del artículo 698 del Proyecto de 1836.

La cuestión que se plantea, entonces, es la siguiente: ¿Por qué el Código civil regula las formas de entrega en sede de compraventa?

En mi opinión, el hecho de que el Código civil regule los diferentes modos de adquisición que enumera, con excepción de la tradición, podría significar que las normas del Código civil que regulan la obligación de entrega del vendedor deben entenderse más bien como normas que regulan la tradición como acto traslativo y no solo la obligación de entrega del vendedor. Esta opinión se refuerza por el hecho de que tales normas no solo rigen en sede compraventa, sino también en relación a cualquier negocio jurídico de finalidad traslativa —v.gr.: permuta—. ⁴

Ello significa concebir la regulación de la entrega como una regulación bifronte: no solo se regula la entrega como obligación del vendedor, sino como acto traditorio, esto es, traslativo del dominio, pues, en otro caso, se confundirían conceptos distintos: el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor forma parte del cumplimiento del contrato de compraventa, mientras que la tradición traslativa es necesaria para que el comprador —y, en general, adquirente— adquiera la propiedad, ⁵ o, en el caso de no ser dueño el *tradens*, la posesión que sirva de título para la adquisición por usucapión.

Esta observación, sin embargo, no acaba de explicar por qué el Código civil regula la tradición como acto jurídico en sede de compraventa.

Tal regulación, no obstante, tiene sentido si consideramos que el Código civil español es el que más se ajusta a los esquemas del Derecho romano, tanto en lo referente a la compraventa como a la tradición, a diferencia de lo que sucede con los códigos civiles francés, italiano o alemán. ⁶

En Derecho romano, a diferencia de lo que sucedía con la *mancipatio* —al menos, la primitiva— y la *in iure cessio*, la *traditio* no agotaba, por sí sola, el proceso transmisivo.

En efecto, así como la *mancipatio* y la *in iure cessio* eran procesos transmisivos solemnes y ceremoniosos, pero *uno actu*, sin embargo, el proceso transmissivo conocido con el nombre de *traditio*, se descomponía en dos fases: (1) la *iusta causa* —normalmente un contrato y normalmente precedente— y (2) la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad, fase a la que también se le daba el nombre de *traditio*. Estas dos fases se hallaban interconectadas, si bien el alcance de esta conexión ha sido uno de los más discutidos por la doctrina. Es también un factor capital en la configuración de los diferentes sistemas transmisivos.

Este negocio obligatorio precedente solía ser —y suele ser— la compraventa (*emptio-venditio*), arquetipo de los contratos de finalidad traslativa, originariamente un contrato mercantil propio del *ius gentium*, por cuya razón el tratamiento del proceso transmissivo en el Derecho romano, especialmente a partir de Justiniano, requería tratar no solamente de la *traditio* sino también de la *emptio venditio* como negocio obligatorio usual en las transacciones en el mercado.

Ambas, juntas, completaban el proceso transmissivo traditorio, a condición de que el *tradens* tuviera el *ius disponendi* en el momento de realizar la *traditio*, algo que no era posible saber con seguridad, por lo que solamente estaba obligado a entregar la cosa y a garantizar su pública y pacífica posesión. Hay que tener en cuenta, además, que en el tráfico con peregrinos hubiera sido imposible imponer al vendedor la obligación de transmitir el *dominium ex iure Quiritium* de un fundo itálico a un extranjero, lo que, por sí solo, explica ya el origen de la compraventa aplicada a la transmisión inmobiliaria en la época clásica.

En todo caso, hubiera sido imposible porque en un entorno impersonal como consecuencia de la expansión del imperio, ni siquiera el vendedor podía estar seguro de ser el *verus dominus* aunque creyera serlo. En esas circunstancias, era válida la venta de cosa ajena. Tan solo estaba obligado a asistir al comprador en caso de que un tercero le perturbase en su posesión, obligación que cesaba cuando transcurrían los plazos de la usucapión, pues el comprador ya no podía ser vencido en juicio por el *verus dominus*, en el caso de no serlo el vendedor.

Ahora bien, en un sistema causal como el romano, la *emptio venditio* formaba parte conceptualmente del proceso transmissivo, completado con la *traditio*, si el *tradens* era *verus dominus* y, si no lo era, con la *usucapio*. Por ello, por un lado, el vendedor no podía excluir la transmisión de la propiedad —esa cláusula era incompatible con la *emptio venditio*— y, por otro, debía de hacer todo lo posible para que el *emptor* deviniese *dominus*, lo que le obligaba a: (1) realizar la *traditio*, esto es, a realizar el traspaso posesorio con ánimo de transferir la propiedad, es decir, a transferirle la *possessio ad usucapionem* y (2) a asumir la responsabilidad por evicción, hasta tanto el *emptor* no hubiese adquirido por usucapión.

Todo ello se debió, principalmente, (1) a la práctica imposibilidad de prueba del propio derecho de propiedad —*probatio diabolica*—, (2) a que el Derecho romano no conoció un Registro de la Propiedad propiamente dicho, salvo en Egipto, lo que dificultaba —en realidad, impedía— conocer con seguridad quién era el *verus dominus*, cuáles eran las cargas que pesaban sobre las fincas y, en consecuencia, impedía saber si el comprador se convertía en propietario y, en caso afirmativo, en qué medida,⁽³⁾ así como, por último, a la conveniencia de facilitar el comercio de *res Mancipi* con los peregrinos.

El Código civil recoge, esencialmente, esta configuración de la compraventa y de la *traditio* como acto traslativo, las cuales, juntas, conforman el modo o sistema adquisitivo traditorio, operando la compraventa y la obligación de entrega como arquetipos del mismo. De ahí su regulación en sede de compraventa. La palabra *traditio* significa “entrega” y, en el contexto del proceso de adquisición de la propiedad, significa entrega de la posesión —entendida como *ius possidendi* y no necesariamente de la posesión como hecho— de la cosa, que transmite la propiedad por ir acompañada de una justa causa— en este caso, la compraventa—, supuesto el poder de disposición del *tradens* en el momento de realizarla.

1.2. LA NATURALEZA CAUSAL DE LA TRADICIÓN EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

La adopción por el artículo 609 del Código civil —completado por el artículo 1095 del mismo cuerpo legal— de la teoría del título y el modo implica la opción por una concepción causal de la tradición, en su doble acepción de acto traslativo y de sistema traslativo.

Uno de los requisitos necesarios para que el acto traditorio pueda cumplir su función traslativa es que vaya acompañado de alguno de esos “*ciertos contratos*” a los que se refiere el artículo 609 del Código civil, que desempeñan la función de *iustae causae traditionis*. Sin justa causa, la tradición es inoperante, lo que implica, a su vez, que las vicisitudes que afecten a la justa causa se proyectan, inevitablemente, sobre la eficacia traslativa de la tradición.

Los “*ciertos contratos*” del artículo 609 del Código civil son meros títulos de adquirir, más exactamente meros títulos obligacionales, de los que, por lo tanto, solo surgen obligaciones que solo conciernen a “*las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley*”, según dispone el párrafo primero del artículo 1257 del Código civil, por lo que el Código civil no adopta el sistema *solo consensu* del *Code*.

A su vez, la tradición sin un contrato de finalidad traslativa, válido y eficaz, carece de potencia transmisiva, lo que significa que, en el sistema del título y el modo del Código civil, no cabe una tradición abstracta, en el sentido de desconectada del negocio de naturaleza obligatoria que le sirve de base o causa. La nulidad o inexistencia del título impide la transmisión de la propiedad aunque se haya producido la entrega de la cosa y si el *tradens* no es propietario no puede legitimar la ulterior adquisición por usucapión⁷, pues esta solo purga la falta de titularidad del *tradens* pero no un vicio del título.

Es una característica esencial del sistema del título y el modo adoptado por el Código civil la separación entre el negocio de obligación —“*ciertos contratos*”— y el de disposición —“*tradición*”—, pero, al mismo tiempo, impone la necesidad cumulativa de ambos y la interdependencia entre ambos para que se produzca el efecto traslativo *inter partes*

1.3. TRADICIÓN Y POSESIÓN

En mi opinión, el hecho de que el acto traditorio se halle tan estrechamente ligado a una entrega posesoria —con el ánimo de transmitir la propiedad— se debe, entre otras razones, al hecho de que la *emptio venditio* era originalmente un contrato mercantil.

La *emptio venditio* no solo era un contrato mercantil, sino que era el contrato mercantil por excelencia, pues servía precisamente para el intercambio de productos mediante su estimación en dinero. El objeto propio del contrato era una mercancía (*merx*), es decir, cosas venales, no cosas de propiedad más estable, como la *res Mancipi* —para las que se requería la *mancipatio* o la *in iure cessio*—.

Dado que la *emptio venditio* era un contrato de alcance estrictamente obligatorio, era necesario, además, un negocio dispositivo adaptado a las necesidades de sencillez y celeridad del comercio, y la *traditio* cumplía todas estas características. Lo que importaba era que la cosa entregada quedase bajo el control efectivo del *accipiens*. Originalmente, cuando la *emptio venditio* recaía sobre una *merx*, normalmente de peso y tamaño reducidos, la entrega material de la misma era la forma de trasladar al *accipiens* dicho control efectivo. De ahí la configuración de la *traditio* como traspaso posesorio.

Posteriormente, la fuerza expansiva del comercio extendió este contrato también a la *res Mancipi*, lo que necesariamente modificó la *traditio*, pues, respecto de este último tipo de bienes, especialmente tratándose de inmuebles, la *traditio* ya no podía consistir en una entrega física, de mano a mano, como en el caso de las mercancías.

Dado que ya no es posible una entrega material que permita el control físico efectivo, se opta por la realización de actos que significan la transferencia del control jurídico sobre el bien transmitido, lo que, en mi opinión, revela la auténtica naturaleza del acto traditorio y explica la exigencia de que el *tradens* sea titular del *ius disponendi* para que esos actos de significación y efecto traditorio sean actos traditorios —esto es, traslativos de la propiedad— propiamente dichos.

En este aspecto, en materia inmobiliaria, se desarrolló una notable variedad de actos o formas traditorios y que va desde la *circumambulatio glebarum* —rito consistente en que que *tradens* y *accipiens* recorren juntos los linderos de la finca—, hasta la *vaccuam possessionem tradere* —consistente en que el *tradens* deja el fundo libre para que el *accipiens* lo encuentre desocupado—, pasando por la *traditio longa manu* —subidos a una torre el *tradens* señala al *accipiens* los linderos de esta—. Dentro del mismo, merece ser destacada la que, con posterioridad, los juristas medievales conocieron con el nombre de *traditio per chartam*, esto es, *traditio* mediante la entrega del documento, procedente de los derechos orientales, recogido por Justiniano, también aplicable a los inmuebles y precedente de la tradición instrumental regulada en el artículo 1462.2 del Código civil.⁸

En todos estos casos, suele hablarse de proceso de espiritualización o de formas espiritualizadas de *traditio*, precisamente porque no hay una entrega material de la posesión del bien, a diferencia de lo que sucedía en la compraventa original que tenía por objeto solo mercaderías.

Por ello, en mi opinión, no debería hablarse de formas ficticias de la *traditio*⁹. Esa expresión sugiere que hay formas reales y robustas de *traditio* y formas meramente simbólicas, más volátiles y, por lo tanto, prescindibles, de la misma, lo que sencillamente no es posible si configuramos los contratos y, entre ellos, los de finalidad traslativa, que no traslativos, como fuentes de obligaciones y, por lo tanto, como meros títulos de adquirir, lo que revela su naturaleza de *iustae causae traditionis* y, por lo tanto, la imprescindibilidad de la *traditio* dentro de ese esquema conceptual.

Como señala ALONSO PÉREZ¹⁰, las formas inmateriales de la tradición se producen en sociedades más avanzadas, más urbanas, comerciales y globalizadas, siendo la tradición física —que él llama “real”— más propia de territorios cerrados, agrarios y artesanales, que no se han abierto a la industria y al comercio entre los pueblos, probablemente —debe añadirse—, porque en estas últimas, la tierra sigue siendo el activo fundamental.

Todo ello pone de manifiesto que la esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* por parte del *tradens* y, mediante el mismo, la transferencia de la titularidad del dominio o de un derecho real —en

este caso, sobre inmuebles— al *accipiens*, con las facultades que lo integran, incluido el propio *ius disponendi* sobre las facultades transferidas.¹¹

1.4. LA FUNCIÓN DE LA *TRADITIO* COMO ACTO TRASLATIVO DENTRO DEL *ITER* TRANSMISIVO DEL MISMO NOMBRE

No obstante, antes de abordar ese proceso, se hace preciso abordar previamente la cuestión de la función de la *traditio* como acto traslativo para determinar su alcance dentro del modo o sistema transmisivo traditorio.

Para ello, es necesario partir de la distinción entre derechos personales o de crédito y derechos reales. Como sabemos, el contrato es fuente de obligaciones —artículos 1089 y 1091 del Código civil— y para obligarse es necesario tener capacidad para ello, pero no es necesario tener poder de disposición sobre un derecho preexistente integrante del patrimonio del obligado. Una cosa es obligarse y otra muy distinta transmitir un derecho, y para transmitir un derecho real es necesario que el *tradens* sea dueño y, además, tenga poder de disposición sobre un derecho preexistente que le pertenece.

Ello significa, como señala CUENA CASAS, que: (1) Los modos de adquirir un derecho real son necesariamente distintos de los modos de obligarse en los que no es necesario el requisito del *ius disponendi* del *tradens*; (2) El requisito del poder de disposición debe situarse conceptualmente fuera del terreno contractual.¹²

Ello hace conceptualmente ineludible ubicar el *ius disponendi* en la *traditio* como acto traslativo, al menos en aquellos sistemas, como el del Código civil español, en los que rige la teoría del título y el modo, lo cual permite abordar una cuestión nuclear: ¿cuál es la función del acto jurídico traditorio dentro del *iter* transmisivo del mismo nombre?

A pesar de que sea una opinión muy extendida que el acto traditorio desempeñaba, junto con una función de solemnidad, una función publicitaria o difusora del proceso transmisivo operado *inter partes*, es necesario subrayar que la capacidad publicitaria de la *traditio* es escasa y, en todo caso, menor que la de la *mancipatio* y la *in iure cesio*, a las que sustituyó, ya de por sí insuficientes a estos efectos.

Parece, por ello, más consistente con la estructura del proceso transmisivo la opinión de SCIALOJA¹³ según la cual la función de la *traditio* sería la de posibilitar al *accipiens* el goce del derecho, lo que no significa que el acto traditorio fuese un acto cuyo significado fuese simplemente el traspaso efectivo del bien al adquirente, sino que, acompañado de una justa causa, era un acto dispositivo, siempre que el *tradens* tuviese el *ius disponendi*.

Para que el acto traditorio sea tal, se requiere voluntad y poder de disposición en el *tradens* así como voluntad y capacidad de adquirir en el *accipiens*. La entrega que no reúna estos requisitos no es un acto traditorio.

La finalidad de un sistema —o modo en el sentido de sistema— transmisivo es, como su propio nombre indica, transmitir el dominio al adquirente. Dentro de ese *iter* transmisivo, el acto traditorio desempeña la función de transmitir al adquirente, si este acepta, el *ius disponendi*, que es la facultad que permite el control jurídico efectivo —y, en ese sentido, la posesión¹⁴— sobre las demás facultades que integran el dominio y que el *tradens* se ha obligado a transmitir.

Mediante el acto traditorio, el *tradens* transmite el *ius disponendi* y, con él, las demás facultades que integran el dominio, pues aquel permite el control efectivo de estas. De ahí que si el *tradens* no tiene el *ius disponendi* el acto traditorio es ineficaz y, por lo tanto, no puede consumarse la adquisición por el modo o sistema traditorio, si bien, la posesión así transmitida servirá de justo título para la adquisición por usucapión si se dan las demás condiciones, teniendo en cuenta que, como observa MIQUEL, la tara que purga la usucapión no es un vicio del título sino una falta de *ius disponendi* en el *tradens* ¹⁵.

1.5. ¿EN QUÉ CONSISTE MATERIALMENTE LA TRADICIÓN COMO ACTO?

Una vez configurada la función jurídica del acto traditorio, se plantea la cuestión de determinar en qué consiste materialmente. El Código civil solo usa el término tradición en el artículo 609. Por su parte, el artículo 1095 del Código civil, que lo complementa, no usa ese término sino el de entrega, la cual, a su vez, viene regulada entre las obligaciones del vendedor en sede de compraventa —artículos 1462 a 1463 del Código civil—, lo que ha generado notable confusión, pues induce a identificar tradición con el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor y, en general, del *tradens* en todo contrato de finalidad traslativa.

Puede admitirse, como hace SÁNCHEZ ROMÁN, que, en un sentido gramatical, *traditio* significa entrega¹⁶, lo que no significa que toda entrega sea traditoria, ni que todo acto traditorio conlleve una entrega física o material ni, lo que es más relevante, que la tradición pueda concebirse como —y, por lo tanto, identificarse con— el cumplimiento de la obligación de entrega derivada de un contrato de finalidad traslativa.

Por otro lado, la entrega material del bien raramente forma parte del acto traditorio. Puede formar parte de este cuando se trata de transmitir la propiedad de una cosa mueble de peso y tamaño reducidos, v.gr. un iPad, pero no si se trata de objetos pesados y/o voluminosos, aunque sean muebles. Así, por ejemplo, si se trata de un vehículo, la entrega del mismo se realiza mediante la entrega de las

llaves, o, si se trata de bienes muebles almacenados o guardados, la entrega de los mismos se realiza mediante la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados —artículo 1463 del Código civil—. En ninguno de estos casos hay entrega física de los bienes objeto de transmisión, sino de instrumentos que permiten al adquirente acceder al control efectivo —y, en ese sentido, a la posesión— de los mismos.

Tratándose de inmuebles, sencillamente, es imposible una entrega física idéntica a la de un bien mueble de peso y tamaño reducidos. Si se tratara de una finca agrícola vallada, con una puerta de acceso, la entrega de esta puede consistir en la entrega de las llaves de acceso. Lo mismo cabe decir, si se trata de un piso que forme parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal. En ninguno de estos hay entrega física del bien objeto de transmisión, pero sí de instrumentos que permiten un control efectivo —y, en ese sentido, la posesión— de los mismos.

Fuera de estos casos, el acto traditorio en sentido jurídico, en el ámbito inmobiliario, mediante el cual tiene lugar la entrega o traslación del *ius disponendi* del *dominus* y *tradens* al *accipiens*, se implementa mediante una serie de actos, de mayor o menor perfil litúrgico, que, aunque tienen tal significación jurídica, sin embargo, no conllevan la entrega de instrumentos físicos que permitan un control efectivo del bien inmueble transmitido, sino de la legitimación jurídica para requerir la intervención judicial en el caso de que alguien dificulte o impida el ejercicio del *ius disponendi* adquirido.

II. LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL

2.1. INTRODUCCIÓN

Como subraya ALONSO PÉREZ¹⁷, especialmente a partir del siglo XIV las diferentes formas de tradición espiritualizada experimentan un desarrollo inusitado en toda Europa, especialmente la *traditio per chartam* hasta el punto de que en la tradición jurídica de Occidente la *traditio per chartam* acabará por obtener la prioridad frente a la tradición de la cosa.

Dada su especial relevancia, merece la pena detenerse en el análisis de la tradición instrumental en nuestro ordenamiento jurídico. Esta forma de tradición no es una *traditio ficta* o *symbolica*, sino una tradición tan real y con tanta sustantividad propia como la entrega de la cosa cuando la *emptio venditio* recaía sobre mercaderías y la *traditio* consistía en la entrega de estas.

A ella se refiere el artículo 1462.2 del Código civil, el cual dispone:

“Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”.¹⁸

El precedente más inmediato de este texto lo encontramos en el artículo 1385 del Proyecto de García Goyena, conforme al cual:

*“Cuando por disposición de la ley, o por voluntad de las partes se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de esta equivale a la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”*¹⁹

El Proyecto de García Goyena adoptaba el sistema de transmisión francés *solo consensu* complementado por un sistema registral de documentos, esto es, de mera inoponibilidad de los títulos no publicados frente a los publicados.

Este precedente, el hecho de que el Código civil, pese a abandonar el sistema francés y adoptar la teoría del título y el modo en el artículo 609 complementado por el artículo 1095, mantenga en el artículo 1462.2 una redacción similar a la del artículo 1385 del Proyecto de García Goyena; el hecho de que el Código civil solo utilice el término tradición en el artículo 609, añadido a que no dedique un capítulo a la regulación de la tradición, a que el artículo 1095 no hable de tradición, sino de entrega y a que regule las diferentes formas de entrega en sede de compraventa al regular la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, han generado y siguen generando confusión sobre la configuración de la tradición como modo o sistema adquisitivo, así como sobre la tradición como acto traditorio²⁰, tendiendo a identificar esta última con el cumplimiento de la obligación de entrega del *tradens* en ejecución de su obligación de traspasar la posesión al *accipiens*.

Ello, además, viene facilitado por el hecho de que en el sistema del Código civil el vendedor, pese a ser la compraventa un contrato de finalidad traslativa del dominio, no está obligado a transmitir la propiedad del bien vendido al comprador, sino solo a garantizarle su posesión pública y pacífica y al saneamiento en caso de evicción —artículos 1461 y 1474 del Código civil—. ²¹

Por todo ello, el análisis de la tradición instrumental es de gran utilidad para la configuración de la tradición como acto traslativo y, por lo tanto, como parte del modo transmisivo traditorio, dentro de nuestro sistema jurídico.

Desde la perspectiva del objeto material de este estudio, lo primero que cabe destacar es que la tradición instrumental a la que se refiere el artículo 1462 II del Código civil no conlleva un traspaso posesorio real o efectivo, sino que consiste en el otorgamiento de la escritura pública.

2.2. REQUISITOS PARA QUE EL OTORGAMIENTO SURTA EFECTO TRADITORIO

Para que tal otorgamiento sea traditorio es necesario que se cumplan determinados requisitos:

1) En primer lugar, es necesario que el otorgamiento se adecúe a la legalidad. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de mayo de 2008, sobre el artículo 145 del Reglamento Notarial en la redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, precisó lo que debe entenderse por adecuación del otorgamiento a la legalidad: “...la dación de fe por el notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el artículo 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el artículo 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el artículo 195, tras lo cual el notario autoriza el documento”²²

Dado que se trata de normas imperativas cuyo contenido es de gran relevancia para, entre otras finalidades, conseguir que las partes comprendan exactamente aquello a lo que se comprometen, su incumplimiento conllevará la nulidad de pleno derecho del otorgamiento —confer.: artículo 6.3 del Código civil—, lo que impide que el mismo sea apto para producir efecto traditorio alguno.²³

Es el otorgamiento que reúne estas condiciones el que equivale a la tradición. La compraventa en documento privado no transmite por sí sola la propiedad al comprador —sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997 y 13 de octubre de 2004, entre otras—.

2) Que de la propia escritura no resulte o se deduzca claramente lo contrario.

No se requiere que la escritura contenga un reconocimiento expreso de su valor traditorio, sino que de la misma no resulte o se deduzca claramente lo contrario. Se deduce claramente lo contrario cuando las partes o alguna de ellas manifiestan que la escritura no tiene valor traditorio, en cuyo caso producirá todos los efectos que le son propios, excepto el traditorio. Así, producirá los efectos señalados por la Ley y Reglamento notariales y por el Código civil, el cual regula los documentos públicos dentro del Capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones —artículos 1214 a 1224 del Código civil—.

Los problemas se plantean cuando no existen tales declaraciones explícitas, sino que la privación del carácter traditorio debe deducirse de la lectura de la propia escritura.

En este orden de cosas, una de las cuestiones más relevantes que plantea este precepto es la de determinar si, supuesto el cumplimiento de los demás requisitos, es necesaria la condición de poseedor del *tradens* para que la escritura pública equivalga al acto traditorio —en rigor, sea una modalidad del mismo— o, por el contrario, la carencia de tal condición, reflejada en la escritura, es un hecho que lo impide por cuanto implica que de la misma escritura resulta o se puede deducir claramente que el *tradens* no es poseedor. En este punto existen diferentes posiciones doctrinales. Me limitaré a exponer, brevemente, las más relevantes.

ROCA SASTRE²⁴ sostiene que si el transmitente no tiene la posesión el otorgamiento no equivale a la tradición, puesto que esta implica la entrega de la cosa. Si se hubiera practicado una inscripción puede ser rectificadora, salvo que hubiera

surgido un tercero protegido por la fe pública registral. GARCÍA GARCÍA²⁵ critica esta solución porque no es una solución para las situaciones normales —pues, a juicio de este autor, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo contempla una adquisición a *non domino*—.

LACRUZ²⁶, por su parte, sostiene que el artículo 1462 del Código civil es aplicable también cuando el otorgante no es poseedor, porque considera que el artículo 1462 del Código civil no contempla una forma de tradición, sino un equivalente de la misma. En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO²⁷, si bien, según este autor, el artículo 1462 II no establece una presunción *iuris tantum* de tradición real, sino que configura la tradición instrumental como otra forma de tradición, estableciendo que el otorgamiento conlleva una presunción *iuris tantum* de tradición instrumental, no de entrega de la posesión.

En esta misma línea, GARCÍA GARCÍA²⁸ afirma que la inscripción no queda desvirtuada por la falta de posesión real del *tradens*, ya que solo requiere tradición instrumental. Indirectamente, esta es también la posición de GIMENEZ ROIG²⁹, el cual sostiene que cabe no solo la venta del bien, sino también de la acción reivindicatoria. A esta última le sería aplicable el artículo 1526 del Código civil. Si el vendedor no es poseedor, el comprador estaría legitimado para ejercitar las acciones del vendedor —confer.: artículo 1186 del Código civil—. Ello significa, según GARCÍA GARCÍA³⁰, que no sería necesaria la posesión en el *tradens*.

JEREZ DELGADO³¹ analiza la cuestión centrándose en la relación que media entre el artículo 1462 II del Código civil y el Registro de la Propiedad. Desde esta perspectiva, en opinión de esta autora, el artículo 1462 del Código civil facilita la prueba de la entrega y, por lo mismo, facilita la prueba de la tradición. En el ámbito hipotecario, lo que interesa es determinar: 1º.) Cuándo puede estimarse suficientemente probada la tradición —a efectos de la inscripción—, para lo cual no es exigible indagar más allá de la documentación que se presenta y la información resultante de los propios libros registrales y 2º.) Qué consecuencias puede tener la inscripción efectuada, aspecto este en el que solo incide indirectamente el artículo 1462 II del Código civil en la medida en la que la falta de posesión del *tradens* pueda provocar la rescisión del contrato y la consiguiente ineficacia de la transmisión publicada.

En mi opinión, la esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* por parte del *tradens* y, mediante los mismos, la transferencia de la titularidad del dominio o de un derecho real —incluido el propio *ius disponendi* sobre las facultades transferidas— y también el *ius possessionis* de un modo inmediato si el *tradens* no ha concedido previamente un derecho real que conlleve posesión, y, si lo ha concedido, cuando el mismo se extinga

—v.gr.: usufructo—, extinción que puede ser provocada por el propio contrato de finalidad traslativa formalizado en escritura pública —v.gr. arrendamiento de local de negocio—.

La tradición consiste así en la transferencia de los instrumentos que permiten el control jurídico efectivo sobre el bien cuya titularidad se transmite. De ello se deduce que el hecho de que el *tradens* no sea poseedor no desvirtúa el carácter traditorio del acto del otorgamiento, lo cual rige también, por las razones expuestas, en el caso del propietario despojado de la posesión contra su voluntad —artículo 460.4 del Código civil³²— Coincido con CUENA CASAS cuando afirma que solo es exigible la posesión en el *tradens* cuando sea esta el objeto de transmisión. De lo contrario, es decir, de exigir la posesión en todo caso en el *tradens* sería inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor³³.

Por ello, cuando el *tradens* no es poseedor, como observa PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el otorgamiento de escritura pública puede ser la única forma posible de tradición como acto traslativo porque la tradición instrumental es siempre posible³⁴, lo que permite que todos los derechos reales, incluidos los no susceptibles de posesión, puedan ser objeto de transmisión traditoria³⁵ y neutraliza las críticas que afirman que los derechos reales no susceptibles de posesión no son tampoco susceptibles de tradición y, por lo tanto, la transmisión, en esos casos, se produciría *solo consensu*.

Es más, cabe entender que los derechos de adquisición, cuando se constituyen como autónomos, las servidumbres negativas —sobre todo las no aparentes o aquellas en que no es posible de momento el uso a favor o sobre el edificio futuro, los censos, los derechos de garantía —sin desplazamiento de posesión— no pueden, en general, constituirse como derechos reales —y no meramente con efectos personales— de otro modo que en escritura pública, como se confirma, para supuestos determinados, en los artículos 1628 y 1875 del Código civil, 145 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria.³⁶

2.3. ¿ES EL OTORGAMIENTO UN ACTO TRADITORIO O UN EQUIVALENTE DE ESTE?

Se plantea esta cuestión debido al tenor literal del artículo 1462 del Código civil —“*equivaldrá a la entrega*”—. Literalmente, equivaler significa ser igual³⁷, lo que lleva a concluir que el otorgamiento es una forma más de tradición³⁸ en el sentido de acto traditorio y también de entrega entendida como el cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor³⁹, lo que es una consecuencia del significado dual o bifronte de la regulación contenida en los artículos 1462 y siguientes del Código civil.

Ciertamente, los artículos 1461 y 1474 del Código civil imponen al vendedor la obligación de entregar al comprador la cosa vendida y garantizarle su posesión pública y pacífica, de donde se deduce que debe entregar la posesión al comprador. Ahora bien, la entrega posesoria no es —porque no puede ser— una entrega material o física cuando se trata de bienes que por sus características de peso, tamaño etc, no son susceptibles de una entrega posesoria idéntica a la de un bien mueble de pequeño tamaño y escaso peso. En estos casos, la entrega posesoria se realiza siempre de otros modos necesariamente, modos o formas que significan traspaso posesorio como consecuencia del traspaso del *ius possidendi*. Si un tercero perturba con éxito la posesión del *accipiens*, el *tradens* está obligado a sanear porque ello es consecuencia de que no le transmitió el *ius possidendi* a lo que está obligado. El acto traditorio o entrega traditoria, por su parte, traspasa los instrumentos jurídicos que permiten el control efectivo sobre el bien, y, por tanto, el *ius possidendi* si el derecho real que se transmite lo conlleva.

Todo ello deriva del hecho de que en un Estado moderno, conceptualmente, el control efectivo es siempre un control jurídico porque corresponde al Estado el monopolio del uso legítimo de la fuerza para proteger los derechos de los ciudadanos.⁴⁰

El otorgamiento es una modalidad de tradición —no una presunción de tradición—, salvo la voluntad contraria de las partes o de alguna de ellas manifestada de forma explícita o implícita en la propia escritura de compraventa, no en un lugar distinto. Ese es el significado de la expresión “*si de la propia escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”.⁴¹

III. LA NECESIDAD DE IDENTIFICAR AL TITULAR DEL *IUS DISPONENDI* PARA QUE LA *TRADITIO* PRODUZCA EFECTO TRASLATIVO

El problema no resuelto por el Derecho romano era cómo identificar al titular del *ius disponendi*, esto es, a la persona legitimada para realizar una *traditio* traslativa, así como a los titulares de *iura in re aliena* preferentes al derecho del adquirente.

Este problema tampoco lo resuelve el Código civil directamente, sino mediante diferentes remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente las del artículo 608 del Código civil y, en materia de compraventa de inmuebles, la del artículo 1537 del mismo.

La Ley Hipotecaria regula un sofisticado y elegante sistema de transmisión *inter tertios* o, si se prefiere, regula los requisitos que deben integrar, en materia de bienes inmuebles, el sistema transmisivo *inter partes* regulado en el Código civil para que también opere *inter tertios*, competencia esta exclusiva de la Ley

Hipotecaria, como ya dijera la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y confirma el Código civil.

Conviene subrayar que, para entender adecuadamente la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo inmobiliario, es necesario entender que tal sistema transmisivo *inter tertios* implica necesariamente una modalización del sistema transmisivo *inter partes* regulado por el Código civil. De otro modo, no es posible suministrar al mercado la identidad del titular del *ius disponendi*.

El Código civil regula los sistemas de transmisión —o adquisición— *inter partes*, es decir, entre A y B: qué debe hacer A si desea transmitir a B y qué debe hacer B si desea adquirir de A. A esos sistemas o modos se refiere el artículo 609 del citado Código

El Código civil no contiene ningún mecanismo dentro de sí que le permita solventar por sí solo dos de las principales incertidumbres de cualquier adquirente: quien es el titular del *ius disponendi* y qué cargas y/o derechos de naturaleza real existen sobre la cosa que atribuyan a sus titulares un derecho preferente al del potencial adquirente⁴².

Debe observarse que el problema característico en una economía de mercado no es qué debe hacer A para transmitir a B o qué debe hacer B si desea adquirir de A. Cuando una sociedad alcanza el estadio evolutivo de una economía de mercado, su sistema jurídico ya hace tiempo que ha resuelto ese problema. Una economía de mercado se caracteriza por la alta densidad del tráfico contractual, con un alto componente del mismo realizado entre personas que no se conocen entre sí, de modo que los inmuebles cambian de mano con relativa frecuencia e, igualmente, son frecuentemente utilizados como garantía crediticia. Coexisten simultáneamente sobre ellos derechos reales de diferente naturaleza como consecuencia de la especialización productiva, no todos ellos susceptibles de posesión.

Se hace, por ello, preciso asegurar que la concatenación intercontractual se corresponde con la concatenación de las titularidades sucesivas. En definitiva, en una economía de mercado pasan a primer plano los efectos que la transacción entre A y B puede tener sobre C; los de las transacciones entre A y B y entre B y C sobre D, los de las transacciones entre A y B, B y C y C y D sobre E y así sucesivamente, así como de las eventuales reclamaciones de terceros sobre cada uno de los adquirentes anteriores—. Es decir, pasan a primer plano las relaciones intercontractuales o *inter tertios*.

El Código civil, de clara tradición romanista en cuanto al sistema transmisivo, no resuelve los problemas referidos, característicos de una economía de mercado, de una manera directa, sino por remisión a la Ley Hipotecaria: a esta corresponde identificar al titular del *ius disponendi* y las cargas preferentes. Esta

era su función, necesaria para poder alcanzar su finalidad: el desarrollo del crédito hipotecario, entonces denominado territorial.

De este modo, entre dos leyes diferentes y complementarias se ensambla un sistema transmisivo inmobiliario completo o integral si el adquirente desea ser propietario no solo frente al vendedor, sino *erga omnes*, momento a partir del cual deviene, en rigor, propietario.

IV. EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL DE LAS TITULARIDADES INSCRITAS COMO SOLUCIÓN.

4.1. EL ARTÍCULO 609 DEL CÓDIGO CIVIL COMO SISTEMA BÁSICO DE TRANSMISIÓN COMPLETADO POR EL ARTÍCULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN RELACIÓN A LA PROPIEDAD INSCRITA.

La Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 introdujo, como principales novedades, la presunción de exactitud e integridad de los asientos registrales y la denominada fe pública registral, que, en realidad, es una propiedad normativa de la inscripción que cumple ciertos requisitos y que, al igual que la transmisión por endoso en el ámbito cambiario,⁴³ supone una modificación del sistema transmisivo del título y el modo, configurando el sistema de transmisión registral, imprescindible para poder identificar al titular del *ius disponendi*, así como las cargas preferentes a la titularidad que se desea adquirir.

El sistema de transmisión registral, consagrado por el artículo 34 LH, denominado fe pública registral, es necesario para que el Registro pueda identificar al sujeto al que el Estado, a través de la inscripción, reconoce como legitimado para disponer y, en ese sentido, titular del *ius disponendi*. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 justifica su introducción —en realidad, recuperación— del siguiente modo:

“La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles”.

En mi opinión, para determinar la función del sistema de transmisión registral en el vigente sistema registral inmobiliario es necesario tener presente:

1. La voluntariedad de la inscripción y, en consecuencia, la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 referida a *“la coexistencia de dos clases de propiedad, la inscrita y la no inscrita, sometida a regímenes distintos”* y, a continuación, precisar cuál es el régimen jurídico de cada una de ellas

2. Solo el Estado puede conferir títulos y, en consecuencia, reconocer titularidades *erga omnes*. Para ello es necesario que intervenga de forma directa en el procedimiento transmisivo, pues mientras éste se base en la sola intervención de

los particulares sólo son posibles títulos y, por lo tanto, titularidades, negociales, es decir, privadas. El Registro de la Propiedad es la institución a cuyo través el Estado interviene en el sistema de transmisión inmobiliaria con la finalidad de facilitar al mercado la identificación del titular del *ius disponendi*, reduciendo de este modo costes de información y, por lo tanto, de transacción. Dicha intervención implica una modificación del sistema ordinario de transmisión del Código civil, dando lugar al modo o sistema de transmisión registral.

El sistema de transmisión registral lo introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código Civil, pero le exige tres requisitos complementarios:

1. El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.
2. Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral.
3. Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

El sistema transmisivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica una modificación del sistema transmisivo del Código civil, si bien solamente en relación a la propiedad inscrita y solo para el caso de que se desee una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, reconocida y protegida por el Estado con eficacia *erga omnes*. Mediante dicho sistema transmisivo el Estado, a través del Registro, suministra al mercado al legitimado para disponer, así como las cargas que derivan de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien y que son preferentes al derecho del adquirente, lo que permite reducir incertidumbres y, por lo tanto, facilitar las transacciones sin disminuir la seguridad de los propietarios.

Ciertamente, la Ley Hipotecaria de 1944 no introdujo el denominado contrato real abstracto, pues los contratos siguen siendo necesariamente causales —artículo 1261 del Código civil—, pero sí introdujo la abstracción *inter tertios* o, si se prefiere, las *exceptiones ex iure tertii*, dentro del sistema de transmisión registral del artículo 34 LH⁴⁴.

Tampoco sustituyó la tradición por la inscripción, pero la tradición *ex artículo 609 del Código civil* es un acto o negocio jurídico y, como tal, produce únicamente efectos *inter partes* —artículo 1257 del Código civil—, mientras que la inscripción *ex artículo 34* produce efectos *inter tertios* o *erga omnes*, excepto en relación al propio transmitente, único sujeto en relación al cual se puede afirmar que no es constitutiva *stricto sensu* —confer.: artículo 33 de la Ley Hipotecaria—, lo que no quiere decir que la inscripción a favor del transmitente

no produzca importantes efectos *inter partes*, especialmente si el adquirente no inscribe su adquisición.

Los requisitos de onerosidad y buena fe, entendida como ignorancia de la inexactitud registral, se deben a que la fe pública registral solo opera en relación a los denominados actos de mercado, en los que ambos requisitos deben estar presentes. El primero se basa en la aplicación del principio *qui certat de damno evitando anteponeendus est qui certat de lucro captando*, como expresa la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1944. El segundo se basa en que cabe que en el Registro de la Propiedad haya inexactitudes que, de ser conocidas por el tercero, no debe poder beneficiarse de dicho conocimiento, ni siquiera en perjuicio de un adquirente anterior meramente negocial. Cuestión distinta es cuáles son esas inexactitudes. Abordaré esta cuestión posteriormente.

¿Por qué se exigen los otros dos requisitos? La razón de su exigencia hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos o de tráfico como el español.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

La inscripción es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus* reconocido como tal por el Estado mediante una inscripción dotada de fe pública registral, pues el adquirente negocial no inscrito es sólo eso, un adquirente meramente negocial o privado.

Todo ello justifica la exigencia de que quien pretenda adquirir un bien inmueble beneficiándose de la inversión de las reglas de protección, haya de adquirirlo de un *titular registral*, es decir, de un *titular reconocido por el Estado* como tal y, a su vez, haya obtenido el reconocimiento de su titularidad por el Estado mediante la inscripción.

Ello es así porque si el Estado protegiese al adquirente negocial no inscrito con una regla de propiedad frente a los actos dispositivos realizados por el titular registral del que adquirió a favor de adquirentes que sí solicitaron y obtuvieron una inscripción, entonces estaría desautorizando sus propias declaraciones de reconocimiento de titularidad —inscripciones— y, en consecuencia, se volverían a generalizar las asimetrías informativas preexistentes, y, por lo tanto, las incertidumbres, para cuya eliminación surgió precisamente el moderno sistema inmobiliario registral, lo que pondría en riesgo tanto la seguridad de los propietarios como el comercio jurídico.

Por ello, si un adquirente se ha beneficiado de los costes asumidos por su transmitente de inscribir, en su momento, la titularidad que ahora transmite, en

ese caso, si adquiere de dicho titular y decide no inscribir, debe también asumir los costes de dicha decisión, como consecuencia de la vigencia de la inscripción a favor de su transmitente, que sigue siendo titular registral, lo que mantiene la titularidad del adquirente que no ha inscrito como meramente negocial.

En consecuencia, es eficiente que, en caso de conflicto, venza el segundo adquirente que decidió inscribir porque los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso —*cheapest cost avoider*⁴⁵— evitarlos y ese es el primer adquirente.

En Derecho Romano la *mancipatio* y la *in iure cesio* eran sistemas de transmisión públicos —con intervención de una autoridad pública—, mientras que el sistema de transmisión traditorio, era un sistema de transmisión privado —sin intervención de ninguna autoridad pública—.

Lo relevante del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es que *publica*⁴⁶ el sistema transmisivo del título y el modo, en el sentido de que introduce en el mismo, si las partes lo desean, la intervención de una autoridad pública, cual es el Registro de la Propiedad, y, por lo tanto, confiere reconocimiento público a la adquisición efectuada, lo que permite identificar, para futuros adquirentes, al titular del *ius disponendi*, reduciendo de ese modo incertidumbres y, por lo tanto, costes de transacción. No introduce, por lo tanto, un sistema de fe pública, sino de reconocimiento estatal de la titularidad del *ius disponendi* a favor del titular registral.

4.2. EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN REGISTRAL EL *IUS DISPONENDI* NO SE EXTINGUE CON LA *TRADITIO*, SINO CON LA INSCRIPCIÓN, DOTADA DE FE PÚBLICA REGISTRAL, A FAVOR DEL ADQUIRENTE

Conforme a las reglas básicas del Código civil —artículos 609 y 1095— el *ius disponendi* y, por lo tanto, la *titularidad* del *dominus* no se extingue por el contrato, sino que requiere, además, la *traditio*, pues el contrato solo genera obligaciones, pero no convierte en propietario al contratante adquirente.

Cabe, por lo tanto, la posibilidad de que el contratante transmitente, antes de realizar la *traditio*, celebre un segundo contrato de finalidad traslativa con un segundo sujeto y, además, se realice la *traditio*. En este caso, en relación al segundo contratante, el transmitente no está transmitiendo una cosa ajena, sino una cosa propia, pues no hubo *traditio* tras el primer contrato, por lo que ha conservado el *ius disponendi*. En relación al primer contratante, ha incumplido con su obligación de realizar el acto traditorio, por lo que este es un adquirente meramente obligacional y, en consecuencia, su titularidad es meramente obligacional y, por lo tanto, protegida por una regla de responsabilidad, por lo que cede

ante una titularidad d mejor derecho, como la del segundo contratante, al haberse consumado la *traditio*.

En este caso, al titular meramente obligacional no se le califica de *verus dominus*, ni siquiera de titular, cuando, sin embargo, es un titular obligacional porque tiene un derecho de crédito consistente en que tenga lugar la *traditio* y, mediante ella, convertirse en propietario civil. En estos casos, nos encontramos ante un conflicto de adquisiciones regulado por el artículo 1473 del Código civil.⁴⁷

En todo caso, interesa destacar en este momento que, en materia de propiedad no inscrita el *ius disponendi* no se transfiere con el contrato de finalidad traslativa, sino con la *traditio*.

¿Sucede lo mismo en el ámbito de la propiedad inscrita y, por lo tanto, de la titularidad del *ius disponendi* reconocida por la autoridad pública? En mi opinión, no. El sistema transmisivo de la propiedad inscrita no es el mismo que el de la no inscrita —como afirma la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944— aunque esté construido sobre este último, por lo que puede sostenerse que en el Derecho de la seguridad del tráfico jurídico, instrumentado en el ámbito inmobiliario por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para que se transfiera el *ius disponendi* con efectos *in rem*, se requiere, además de la *traditio*, la inscripción a favor del adquirente, pues, hasta que no se produzca, el Estado sigue reconociendo como titular del *ius disponendi* al transmitente negocial

De este modo, la situación del adquirente negocial de propiedad inscrita que no inscribe, sería semejante, en relación a un segundo adquirente que sí inscribe, a la del adquirente negocial de propiedad no inscrita pendiente de *traditio*, regulada por el artículo 1473 del Código Civil, y, por lo tanto, más bien a la de un acreedor que a la de un propietario —artículo 1095 del Código civil—. La razón es clara: hasta que no se produce la inscripción ex artículo 34 LH, no hay reconocimiento por parte del Estado —único a quien compete hacerlo— de la titularidad negocialmente adquirida, ni protección de la misma mediante una regla de propiedad.

Así, en materia de propiedad inscrita, una vez que han tenido lugar el contrato y la *traditio*, la extinción del poder de disposición del *tradens* y su traslado *al accipiens* dependen, exclusivamente, de la voluntad de éste, es decir, de que decida inscribir o no y, si opta por lo primero, de que el Registro acepte o no su pretensión. En caso afirmativo, si la inscripción reúne los requisitos necesarios para quedar protegida por la fe pública registral, entonces la titularidad queda protegida por una regla de propiedad, pero no en otro caso.

Ahora bien, una vez que ha tenido lugar la *traditio*, incluso antes, cuando se ha perfeccionado el contrato de finalidad traslativa, pesa sobre el titular registral, pese a conservar el *ius disponendi*, la *obligación de no disponer*, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código

civil, y eventualmente, por las correspondientes normas penales —artículo 248 del Código Penal—, las cuales, si bien pueden castigar a quien ha vuelto a disponer, —vgr.: en caso de estafa—, sin embargo, protegen al tercero cuando “*haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable*” —artículo 111 del Código Penal—.

El titular registral que ha dispuesto de su derecho a favor de B solo puede volver a disponer violando la obligación de no disponer mientras sea titular registral, esto es, mientras B no inscriba. Si B inscribe, imposibilita dicho incumplimiento. Mientras B no inscriba su adquisición, si el titular registral vuelve a disponer, dispone de una cosa propia, no de una cosa ajena, por lo que estaríamos ante un supuesto de doble venta, no de venta de cosa ajena.

Si no inscribe y el titular registral vuelve a disponer a favor de C, el cual inscribe, entonces éste:

1. Adquiere *a domino*, porque adquirió de quien seguía siendo el titular reconocido por el Estado, cuyo *ius disponendi* no se extinguió porque B prefirió no solicitar la inscripción de su adquisición.

2. Como consecuencia, en el conflicto entre B y C, vence este último porque el primero es un titular meramente contractual, esto es, con una titularidad *in personam* o protegida solo mediante una regla de responsabilidad, mientras que C tiene una titularidad *in rem*, o protegida mediante una regla de propiedad, y, por definición, dicha titularidad no puede ser alterada por un sujeto privado sin consentimiento del titular.

3. Es eficiente que venza C porque los riesgos deben ser asignados al que le resulta más fácil y menos costoso —*cheapest cost avoider*⁹⁷— evitarlos y, con ello, evitar la producción del daño, por lo que es eficiente que, en el conflicto entre ambos adquirentes, el negocio que no inscribe y el que sí inscribe, el derecho del primero quede protegido por una regla de responsabilidad frente al segundo —además de por la acción indemnizatoria y, eventualmente, la acción penal contra su transmitente— y el del segundo por una regla de propiedad frente al primero.

4. La seguridad del tráfico jurídico exige que los costes y beneficios de una acción deben atribuirse siempre a su autor. Del mismo modo que el adquirente cuando inscribe se beneficia de la inscripción, cuando no inscribe debe asumir las consecuencias negativas.

La mayor parte de los autores, sin embargo, considera que la solución legal al supuesto de hecho descrito se basa en una *legitimación extraordinaria* —también denominada *registral*—, esto es, en una legitimación que confiere la ley al *titular registral* por el hecho de tener la inscripción a su favor, como consecuencia de la *presunción de exactitud* que la ley —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— asigna al asiento⁴⁸. En este sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que, “*desde*

*el punto de vista de estos efectos, puede sostenerse que el titular registral está legitimado para disponer en cuanto que su inscripción constituye un signo suficiente que, en determinadas circunstancias, le habilita como titular a los efectos dispositivos, lo cual no quiere decir que el titular registral tenga la facultad de disponer —que solo corresponde al verdadero dueño—. (...) La posición inatacable de la que, en determinadas condiciones, goza el tercer adquirente —y sus causahabientes— es un supuesto excepcional de eficacia de los actos nulos, en razón no solo de la fuerza del Registro, sino también de la buena fe del adquirente”.*⁴⁹

En mi opinión, no es necesario recurrir a una supuesta “*legitimación extraordinaria*” ni a ningún supuesto “*excepcional*” de eficacia de los actos nulos para explicar que prevalezca el segundo adquirente de un titular registral que, a su vez, inscribe: el primer adquirente es, por elección propia, un titular meramente negocial, puesto que decidió no inscribir, con todo lo que ello implica: como consecuencia, su transmitente —el titular registral— no perdió el *ius disponendi* cuando realizó un acto o negocio de finalidad traslativa seguido de *traditio*, sino que solo asumió la obligación de no disponer, cuyo incumplimiento puede ser sancionado civil y aún penalmente, pero en el primer caso, solo por vulneración de una titularidad protegida por una regla de responsabilidad. La posición de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS solo sería consistente si la titularidad del primer adquirente hubiera estado protegida por una regla de propiedad, pero no es así.

Es interesante resaltar que, en el sistema alemán, si el titular registral dispone a favor de alguien que no inscribe y este, a su vez, dispone, está disponiendo o no legitimado, pues el legitimado sigue siendo el titular registral, lo que obliga a la jurisprudencia a recurrir a la ficción de que la *Auflassung* apodera al adquirente para disponer. Como sostiene MARTINEZ VELENCOSO se trata de una construcción artificial pero funcional porque permite colocar en el tráfico la posibilidad de adquirir del receptor de la *Auflassung*⁵⁰.

En el sistema español, el titular registral conserva el *ius disponendi*, si bien con la obligación de no disponer, y si el adquirente que no ha inscrito vuelve a disponer, está disponiendo un legitimado obligacional. Si el subadquirente desea inscribir su adquisición, es necesaria la previa inscripción a favor de su transmitente, por exigirlo el principio de tracto sucesivo: —artículo 20 de la Ley Hipotecaria—. ⁵¹

Todo ello pone de manifiesto que, en materia de propiedad inscrita, la *traditio* equivale a la *Auflassung* del Derecho alemán, en tanto que acto dispositivo, pero que hasta que no se produce la inscripción a favor del adquirente, éste no queda protegido por una regla de propiedad, al igual que en el sistema alemán, por lo que si el titular registral realiza una segunda disposición a favor de un segundo adquirente que inscribe antes que el primero, el segundo adquirente queda protegido por una regla de propiedad en ambos sistemas, siempre que, en

el español, reúna las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, en el caso alemán, las del parágrafo 892 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, además de haber adquirido a título oneroso como consecuencia de lo dispuesto en el parágrafo 822 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, según el cual la acción de enriquecimiento puede alcanzar al adquirente a título gratuito.

El *ius disponendi* del titular registral, por lo tanto, no se extingue ni con la *traditio* en nuestro sistema, tratándose de propiedad inscrita, ni con la *Auflassung* en el Derecho alemán, sino, en ambos casos, con la inscripción a favor del adquirente que reúna los requisitos indicados.

V. TRADICIÓN E INSCRIPCIÓN

5.1. INTRODUCCIÓN

En el proceso de adquisición de la titularidad integral, esto es, *inter partes* e *inter tertios*, además del contrato de finalidad traslativa, son necesarias, por lo tanto, la tradición —por exigirlo el artículo 609 del Código civil— y la inscripción, por exigirlo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Esta secuencia transmisiva ha dado lugar a que las relaciones entre tradición e inscripción constituyan uno de los temas clásicos de debate doctrinal en el ámbito del Derecho Hipotecario.⁵²

Antes de abordar las diferentes cuestiones suscitadas es necesario subrayar que el enfoque tradicional o habitual de las relaciones entre tradición e inscripción parte de dos consideraciones básicas:

1. La consideración de que la tradición consiste en la entrega de la posesión con ánimo de transmitir la propiedad en virtud de una justa causa específica, dada la naturaleza causal de nuestro sistema, y que su función principal consiste en dotar de publicidad a las transmisiones inmobiliarias.

2. El sistema registral se limita a ser un sistema de publicidad de transmisiones consumadas extra registralmente que, en el ámbito inmobiliario, concurre con la publicidad suministrada por la posesión, concurrencia no resuelta claramente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que, se dice, existen preceptos equívocos que permiten mantener abierta la discusión, si bien reconociendo que el punto débil de la publicidad posesoria, a diferencia de la registral, es que difícilmente manifiesta hacia el exterior los diferentes derechos que pueden concurrir en una misma cosa⁵³, a los que habría que añadir que no manifiesta aquellos derechos que no conllevan posesión.

Este enfoque, basado en dos premisas que, a mi juicio, son erróneas, está en el origen de que las relaciones entre tradición e inscripción se hayan adentrado en el terreno de la confusión.

La función de la *traditio* como acto, dentro del sistema transmisivo traditorio, es la de transmitir al adquirente el *ius disponendi*, que es la facultad que confiere el control jurídico efectivo y, en este sentido, la posesión, si el derecho real que se transmite la conlleva. Si se transmite la propiedad, la *traditio* transmite el *ius possidendi*. Por lo tanto, si el *tradens* carece de *ius disponendi* no puede tener lugar la *traditio* como acto ni, por tanto, consumarse la adquisición por el sistema o modo traditorio, si bien la posesión así transmitida servirá de justo título para la adquisición por usucapión.

En materia inmobiliaria, si la titularidad adquirida mediante contrato más *traditio* se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad, necesariamente deberá cumplir los requisitos de forma del artículo 3 de la Ley Hipotecaria. En el ámbito negocial privado, el título formal es ordinariamente una escritura pública.

La escritura pública equivale a la tradición en los términos del artículo 1462 II del Código civil y, por lo tanto, en esos propios términos, su otorgamiento regular conlleva la transferencia del *ius disponendi* y, consecuentemente, del *ius possidendi*, al *accipiens*, si el derecho real transmitido conlleva posesión. Por ello, no es obstáculo para que la escritura pública cumpla su función traditoria que el transmitente no tenga la posesión de hecho.

Por lo que se refiere a la inscripción, reitero lo expuesto al tratar de la misma: es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si se dan los requisitos exigidos por el sistema registral. Tal documento se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, mientras no se declare su inexactitud —artículo 1 III de la Ley Hipotecaria— e incorpora el derecho a invocar la intervención coercitiva del Estado para defender el derecho así adquirido frente a cualquiera que lo perturbe — artículo 41 de la Ley Hipotecaria—

Conviene, finalmente, precisar que, si bien los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles —artículo 5 de la Ley Hipotecaria—, sin embargo, la inscripción conlleva la presunción de que el titular registral tiene el *ius possidendi* —artículo 38 de la Ley Hipotecaria—.

Partiendo de estas consideraciones, abordaré algunas de las cuestiones planteadas clásicamente por la doctrina en relación a las relaciones entre tradición e inscripción.

5.2. ¿SUSTITUYE LA INSCRIPCIÓN A LA TRADICIÓN?

Por lo que se refiere a la cuestión de si la inscripción sustituye a la tradición, existe en nuestro ordenamiento jurídico supuestos en los que así se establece

expresamente. Así, por ejemplo, el del artículo 11.1, párrafo segundo, del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual:

*“La inscripción o registro de la transmisión en el sistema de anotaciones en cuenta o en el sistema basado en tecnología de registros distribuidos, según corresponda, a favor del adquirente, producirá los mismos efectos que la entrega de los títulos.”*⁵⁴

Si la inscripción produce los mismos efectos que la tradición, entonces es una forma de tradición, pues en Derecho, cuando no hay diferencia de efectos no hay diferencia.

La razón hay que buscarla en que, en relación a los títulos valores representados mediante anotaciones en cuenta, la inscripción es explícitamente constitutiva, según resulta del artículo 10.1 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, conforme al cual:

“1. Los valores negociables representados por medio de anotaciones en cuenta, o por medio de sistemas basados en tecnología de registros distribuidos, se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro de la entidad encargada del registro contable y desde entonces quedarán sometidos a las disposiciones de este Capítulo.

*Los valores negociables representados por medio de sistemas basados en tecnología de registros distribuidos se constituirán como tales mediante su primer registro en dichos sistemas, en favor del emisor o de los suscriptores de los valores.”*⁵⁵

Ello es así porque en aquellos casos en los que la inscripción es explícitamente constitutiva, desempeña también las funciones de la tradición *inter partes* y, por lo tanto, el legislador prescinde de ésta como trámite separado. Así, lo mismo puede afirmarse en el caso de v.gr.: la hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria, como de la prenda sin desplazamiento de la posesión, pues en estos casos la inscripción es explícitamente constitutiva —artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión respectivamente—.

Ello lleva, inevitablemente, a plantear la cuestión de por qué, en estos casos, no hay tradición, en su sentido tradicional y usual, pero sí inscripción explícitamente constitutiva, esto es, sustitutiva de la *traditio*. La respuesta para ambas cuestiones es la misma: porque se trata, en los dos primeros casos, de derechos que no conllevan *ius possidendi* y no lo conllevan porque no son susceptible de posesión ni, por lo tanto, de publicidad posesoria, y en el tercero porque no hay desplazamiento de la posesión.

En efecto, ni las anotaciones en cuenta ni la hipoteca conllevan posesión en sentido material y, por lo tanto, respecto de ellos, no cabe la tradición entendida como entrega material de la posesión con ánimo de transmitir el *ius disponendi*.

Y, dado que no cabe, la forma más apropiada de transmisión del *ius disponendi* es la inscripción, por lo que esta desempeña una función traditoria, como reconoce explícitamente el artículo 11.1 de la Ley del Mercado de Valores para el caso de las anotaciones en cuenta.

Probablemente, las razones que han llevado al legislador a adoptar esta solución se hallen relacionadas con las expuestas anteriormente. Sin embargo, no es conceptualmente necesario acudir a ellas para adoptar esta decisión. Además, el hecho de que, en estos casos, la inscripción cumpla explícitamente funciones traditorias suple con ventaja a la tradición ordinaria o no registral, pues hace que la misma, esto es, la tradición registral, surta efectos dispositivos sustantivos no solo *inter partes* sino también *erga omnes*.

5.3. ¿ES UNA FORMA DE TRADICIÓN LA INSCRIPCIÓN?

Con ello, se da respuesta, parcialmente, a la segunda cuestión: en efecto, la inscripción es, en ocasiones, una forma de tradición que sustituye a las formas tradicionales o no registrales de tradición. Eso es lo que sucede cuando así lo establece la ley expresamente o cuando la inscripción es explícitamente constitutiva, lo cual lleva a plantear la cuestión de qué es lo que sucede en los demás casos.

Me refiero a los casos ordinarios en los que la inscripción no es explícitamente constitutiva ni la ley afirma que la inscripción tiene los mismos efectos que la tradición.

En estos casos, la doctrina hipotecaria ha mantenido, clásicamente, diversas posiciones.

Así, ROCA SASTRE⁵⁶ sostiene que la inscripción requiere la previa tradición como requisito esencial. En sentido contrario, se pronuncia SANZ FERNANDEZ,⁵⁷ el cual sostiene que el Registro de la Propiedad español es un Registro de títulos y, como tal, se inhibe de la tradición. HERMIDA LINARES⁵⁸, por su parte, sostiene que no se requiere tradición para practicar la inscripción, pero su falta impide que la inscripción produzca sus efectos, salvo en relación al tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues, respecto de él, la inscripción opera como modo de adquirir prescindiendo de la tradición.

DE LA RICA Y ARENAL⁵⁹ distingue entre propiedad inscrita y no inscrita. En relación a esta última rige el Código civil y, por lo tanto, la teoría del título y el modo, y en relación a la inscrita rige la Ley Hipotecaria y la inscripción es el único modo de adquirir.

RAMOS FOLQUES⁶⁰, por su parte, no distingue entre propiedad no inscrita y propiedad inscrita, sino entre tradición, que tiene efectos *inter partes*, e inscripción, que produce efectos *erga omnes*, prevaleciendo esta sobre aquella.

En opinión de GARCÍA GARCÍA⁶¹, la tradición es requisito necesario para la práctica de la inscripción, pero solo la tradición instrumental derivada exclusivamente del otorgamiento de la escritura pública, conforme a lo dispuesto por los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1462 II del Código civil, pues la tradición derivada de la posesión real o efectiva sólo es factible en el ámbito extra registral o cuando haya sido reconocida en virtud de sentencia o resolución judicial.

En mi opinión, en estos casos —esto es, en los casos en los que la ley no establece expresamente que la inscripción produce los efectos de la tradición y en aquellos otros en los que la inscripción no es explícitamente constitutiva—, para practicar la inscripción, se requiere que haya habido tradición previamente, pues no hay ninguna norma que la exceptúe, tanto si se trata de propiedad inscrita como si se trata de propiedad no inscrita.

Ahora bien, tratándose de propiedad inscrita, normalmente, la tradición será instrumental, porque el artículo 3 de la Ley Hipotecaria exige, como regla general, escritura pública para la inscripción en el ámbito negocial privado. Pero, tanto si se trata de propiedad inscrita como de no inscrita, la tradición solo produce efectos en relación al transmitente, pues, aunque tenga carácter dispositivo, la tradición es un negocio jurídico y, en consecuencia, solo produce efectos *inter partes* —artículo 1257 del Código civil—.

Por ello, en el ámbito de la economía de mercado, plena de incertidumbres y con la posibilidad de que el titular, si no lo era el transmitente, pueda ejercitar una acción reivindicatoria contra el adquirente, la limitación de los efectos de la tradición al ámbito de las partes contratantes constituye una grave limitación para la seguridad de las adquisiciones posteriores basadas en una *traditio* anterior, pues no existe certeza de haber adquirido del *verus dominus*.

En efecto, si se trata de propiedad no inscrita y el adquirente no inscribe, corre ese riesgo, pues la *traditio* solo produce efectos *inter partes* y, por lo tanto, estrictamente obligacionales. Si inscribe, quedará protegido por el efecto combinado de los artículos 606 y 1473 del Código civil, 32 y 38 de la Ley Hipotecaria.

Si se trata de propiedad inscrita, esto es, si se adquiere de un titular registral, opera el sistema de transmisión registral regulado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por lo tanto, sometido a sus requisitos.

En este caso, la *traditio* ordinaria, normalmente instrumental —artículo 1462 II del Código civil y 3 de la Ley Hipotecaria—, operaría solo *inter partes*, pero no *inter tertios*. En este ámbito el titular registral sigue siendo el titular y, por lo tanto, el titular del *ius disponendi*, si bien con la obligación de no disponer, mientras el adquirente no inscriba, por virtud de lo dispuesto, entre otros, por los artículos 1902, 1111, 1291 y 1298 del Código civil y, eventualmente, por las correspondientes normas penales —v.gr.: artículos 111 y 248 del Código Penal—.

Para que el *ius disponendi* se extinga *inter tertios* se requiere la inscripción de la adquisición, para lo que se necesita la voluntad del adquirente, aunque no basta con ella, pues se requiere que supere las exigencias del procedimiento registral, a fin de asegurar que en el proceso de adquisición negocial no se han vulnerado normas imperativas ni prohibitivas. En esta línea GOMEZ GALLIGO⁶² sostiene que “*la inscripción se erige así en modo público o cuasi constitutiva, pues sin ella no se adquiere plena oponibilidad erga omnes del derecho real.*”

En todo caso, esto es, tanto si se trata de propiedad inscrita como no inscrita, para que se produzca un efecto traditorio integral, esto es, la transmisión del *ius disponendi* al adquirente tanto *inter partes* como *inter tertios*, se requieren dos actos traditorios: el acto traditorio ordinario o extrarregistral, normalmente el otorgamiento de escritura pública, que solo produce efecto *inter partes* y el acto traditorio registral, esto es, la inscripción dotada de fe pública registral en el caso de adquirir de un titular registral, la cual produce efecto *inter tertios*.

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto que en el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias, la inscripción no sustituye conceptualmente a la tradición. La *traditio* del artículo 609 del Código civil surte efectos *inter partes* y lo que podríamos denominar la *traditio* registral surte efectos *inter tertios*. Sin embargo, no habría inconveniente alguno en que la Ley Hipotecaria atribuyese a la inscripción efectos traditorios *inter partes*, al igual que hace la Ley del Mercado de Valores en relación a las anotaciones en cuenta y, por lo tanto, convirtiese la inscripción en explícitamente constitutiva, prescindiendo de la necesidad de una previa tradición *inter partes*, como sucede en Derecho alemán.

5.4. ¿SERÍA PREFERIBLE QUE SE PRESCINDIESE DE LA TRADICIÓN COMO ACTO SEPARADO DE LA INSCRIPCIÓN?

Ello plantea la cuestión de si sería preferible que se prescindiese de la tradición como acto separado de la inscripción. En mi opinión, el sistema vigente y tradicional ofrece claras ventajas.

A diferencia de lo que sucede en el sistema alemán, en el español, el adquirente, aunque no inscriba, no se halla en una situación que pueda considerarse, en cierto sentido, irregular o pendiente de ser completada, sino, simplemente, en un distinto escalón de protección de su titularidad. En realidad, el sistema alemán, al regular en el parágrafo 185 BGB la denominada *Kettenuflassung* o disposición en cadena —que incluye los actos dispositivos realizados por adquirentes que no han inscrito— está admitiendo que existe un cierto número de adquirentes que, tras la *Auflassung*, no solicitan la *Eintragung*, por las razones que fueren, entre otras, para, v.gr., ahorrarse el coste de la misma. Esta situación implica una cier-

ta irregularidad —a diferencia de lo que sucede en el sistema español— puesto que el único legitimado para disponer sigue siendo el titular registral. Ello obliga a recurrir a la artificiosa construcción de que el receptor de la *Aufflassung* dispone solo en tanto que apoderado del titular registral.⁶³

El sistema vigente hace surgir la cuestión de qué sucede si de la propia escritura resulta que no equivale a la tradición, lo cual tiene como consecuencia que no tiene efectos traditorios *inter partes* y, por lo tanto, falta uno de los requisitos exigidos por el artículo 609 del Código civil —la tradición— para que se consumme la traslación del *ius disponendi* al adquirente. Dado, además, que el artículo 2 de la Ley Hipotecaria habla de títulos traslativos y no solo de finalidad traslativa, parece exigir que se trate de títulos con efecto traditorio.

La tradición carece de una regulación autónoma en el Código civil y las diferentes formas de *traditio* que enumera son simplemente *ad exemplum*, debiendo entenderse que tiene carácter traditorio todo comportamiento del que derive un consentimiento tácito o expreso de las partes para que tenga lugar la traslación del *ius disponendi* al adquirente. Desde esta perspectiva, cabe entender que la presentación del documento formal que contiene el acto o negocio de finalidad traslativa en el Registro es una forma de *traditio* y, por tanto, cabe la inscripción de la titularidad así adquirida.⁶⁴

Adicionalmente, otra cuestión estrechamente relacionada con la tradición instrumental es la de si es necesaria la condición de poseedor en el *tradens* para que el otorgamiento de la escritura pública equivalga a la tradición. A efectos de no extenderme innecesariamente, me remito a lo expuesto al tratar de la tradición instrumental. Baste recordar que, conforme a lo allí expuesto, en mi opinión no es necesaria salvo que el objeto de la transmisión sea la posesión, lo que, desde la perspectiva del procedimiento registral es irrelevante puesto que los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles —artículo 5 de la Ley Hipotecaria—⁶⁵

5.5. EL ARTÍCULO 1473 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL

En materia de bienes inmuebles, el artículo 1473 del Código civil sienta un criterio prioritario —la propiedad se atribuye a quien sea primero en la inscripción— y dos subsidiarios —posesión y, en su defecto, título de fecha más antigua—. Para que operen los criterios subsidiarios se exige buena fe, al igual que para resolver el conflicto de adquisiciones cuando el bien es mueble.

No obstante, el artículo 1473 II del Código civil no exige buena fe para la operatividad del criterio prioritario —inscripción— cuando el bien es inmueble, a diferencia de los demás casos. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina⁶⁶ y

la jurisprudencia sostienen que también es necesaria la buena fe del segundo adquirente que inscribe primero para que venza en este conflicto de adquisiciones, pero esa exigencia no consta en el artículo 1473 II del Código civil, lo cual debe ser subrayado.⁶⁷

El artículo 1473 II del Código civil es de una elegante simplicidad. Lo que dice, sencillamente, es: “*Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro*”. El precepto no exige buena fe a diferencia del artículo 1141 *del Code* tras la reforma operada por la Ordenanza de 10 de febrero de 2016, cuya derogación propone el Informe de la Comisión de Reforma de la publicidad inmobiliaria francesa de 12 de noviembre de 2018, reduciéndola al caso de fraude.⁶⁸

En mi opinión, conforme al artículo 1473 II del Código civil, en el caso de un conflicto de adquisiciones inmobiliarias entre dos titulares que adquieren de un titular no inscrito porque el inmueble no se halla inmatriculado, prevalece el adquirente que primero inscribe, con independencia de que la primera venta se hubiese consumado por la tradición o no —pues tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 el precepto es aplicable tanto a la doble venta como a la venta de cosa ajena⁶⁹— y con independencia de que el segundo adquirente tuviese conocimiento de la misma o no.

A la hora de perimetrar el ámbito de aplicación de este artículo no debería olvidarse que la inscripción en España es voluntaria —uno de los grandes aciertos del sistema registral— y que la función de artículos como el 32 de la Ley Hipotecaria o el 1473 del Código civil —ninguno de los cuales exige buena fe— es hacer prevalecer, en caso de conflicto entre titulares de propiedades no inmatriculadas, al que primero inscriba como método de incentivar de este modo la inscripción y conseguir que, en algún momento, toda la propiedad esté inscrita.

Creo que ya ha llegado ese momento porque la propiedad que queda por inscribir es meramente residual y, en todo caso, la menos valiosa. Una vez inscrita toda la propiedad, los conflictos de titularidades se plantearían entre adquirentes de titulares inscritos, mediata o inmediatamente, y esos conflictos los resuelve el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este precepto regula un procedimiento de transmisión registral que, entre otras cosas, sirve para resolver esos conflictos. En ese nuevo contexto, una vez cumplida su función, dichos preceptos carecen de utilidad —se ahí la usencia de inoponibilidad en el sistema registral alemán—, si bien el artículo 1473 del Código civil solo en relación a los conflictos entre titularidades inmobiliarias sobre fincas inmatriculadas.

La regla contenida en el artículo 1473 II del Código civil es, así, consistente con las contenidas en los artículos 606 del mismo Código y 32 de la Ley Hipotecaria, asunto este de la mayor importancia, pues el artículo 1473 del Código civil se halla ubicado en el Título IV del Libro Cuarto, dedicado a la compraventa. Y,

en esa sede, el artículo 1537 del Código civil dispone: “*Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria*”.

No se puede sostener, por lo tanto,⁷⁰ que, mientras el artículo 1473 del Código civil regula un conflicto de adquisiciones, sin embargo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria regula una adquisición a *non domino* —en el mismo sentido, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007—. En su opinión, ambos supuestos constituyen un límite a la teoría del título y el modo como sistema transmisivo.

Ciertamente, ambos casos constituyen un límite a la aplicación de la citada teoría, pero ambos regulan un conflicto de adquisiciones. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria sólo conlleva una adquisición a *non domino* cuando protege a un tercer adquirente como consecuencia de un fallo del sistema registral —v.gr.: no detecta una suplantación de personalidad del titular registral que no fue detectada por el notario—. En los demás casos regula un conflicto de adquisiciones cuando dispone un titular registral a favor, primero, de un adquirente que no inscribe y, posteriormente, a favor de otro adquirente que sí inscribe. En estos casos, no regiría el artículo 1473 del Código civil, sino el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como consecuencia de la remisión a la Ley Hipotecaria del artículo 1537 del Código civil.

VI. CONCLUSIONES

I. La esencia del acto traditorio no consiste tanto en una entrega posesoria cuanto en la realización de actos cuyo significado jurídico es el ejercicio del *ius disponendi* y, mediante el mismo, el *tradens* transmite el *ius disponendi* y, con él, las demás facultades que integran el dominio. De ahí que si se carece de *ius disponendi* el acto traditorio es ineficaz y, por lo tanto, no puede consumarse la adquisición por el modo o sistema traditorio.

La tradición instrumental a la que se refiere el artículo 1462 II del Código civil no conlleva un traspaso posesorio real o efectivo, sino que consiste en el otorgamiento de la escritura pública.

La tradición consiste así en la transferencia de los instrumentos que permiten el control jurídico efectivo sobre el bien cuya titularidad se transmite. De ello se deduce que el hecho de que el *tradens* no sea poseedor no desvirtúa el carácter traditorio del acto del otorgamiento, lo cual rige también, por las razones expuestas, en el caso del propietario despojado de la posesión contra su voluntad —artículo 460.4 del Código civil—. Solo es exigible la posesión en el *tradens* cuando sea esta el objeto de transmisión. De lo contrario, es decir, de exigir la

posesión en todo caso en *el tradens* sería inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor.

Por ello, cuando el *tradens* no es poseedor, el otorgamiento de escritura pública puede ser la única forma posible de tradición como acto traslativo porque la tradición instrumental es siempre posible, lo que permite que todos los derechos reales, incluidos los no susceptibles de posesión, puedan ser objeto de transmisión traditoria.

II. El problema no resuelto por el Derecho romano era cómo identificar al titular del *ius disponendi*, esto es, a la persona legitimada para realizar una *traditio* traslativa, así como a los titulares de *iura in re aliena* preferentes al derecho del adquirente.

Este problema tampoco lo resuelve el Código civil directamente, sino mediante diferentes remisiones a la Ley Hipotecaria, especialmente las del artículo 608 del Código civil y, en materia de compraventa de inmuebles, la del artículo 1537 del mismo.

La Ley Hipotecaria regula un sofisticado y elegante sistema de transmisión *inter tertios* o, si se prefiere, regula los requisitos que deben integrar, en materia de bienes inmuebles, el sistema transmisivo *inter partes* regulado en el Código civil para que también opere *inter tertios*, competencia esta exclusiva de la Ley Hipotecaria, como ya dijera la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y confirma el Código civil.

Conviene subrayar que, para entender adecuadamente la función del Registro de la Propiedad dentro del sistema transmisivo inmobiliario, es necesario entender que tal sistema transmisivo *inter tertios* implica necesariamente una modalización del sistema transmisivo *inter partes* regulado por el Código civil. De otro modo, no es posible suministrar al mercado la identidad del titular del *ius disponendi*.

III. El sistema de transmisión registral, consagrado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, denominado fe pública registral, es necesario para que el Registro pueda identificar al sujeto al que el Estado, a través de la inscripción, reconoce como legitimado para disponer y, en ese sentido, titular del *ius disponendi*. Así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 justifica su introducción —en realidad, recuperación— del siguiente modo:

“La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles”.

IV. El sistema de transmisión registral lo introduce el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código Civil⁷¹, pero le exige tres requisitos complementarios:

1. El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.

2. Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, definida como ignorancia de la inexactitud registral.

3. Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

El sistema transmisivo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria implica una modificación —en rigor, una *publicación*— del sistema transmisivo del Código civil, si bien solamente en relación a la propiedad inscrita y solo para el caso de que se desee una titularidad protegida por una regla de propiedad, esto es, reconocida y protegida por el Estado con eficacia *in rem*. Mediante dicho sistema transmisivo el Estado, a través del Registro, suministra al mercado al legitimado para disponer, así como las cargas que derivan de actos o negocios jurídicos anteriores referentes al mismo bien y que son preferentes al derecho del adquirente, lo que permite reducir incertidumbres y, por lo tanto, facilitar las transacciones sin disminuir la seguridad de los propietarios.

V. En el proceso de adquisición de la titularidad integral, esto es, *inter partes* e *inter tertios*, además del contrato de finalidad traslativa, son necesarias, por lo tanto, la tradición —por exigirlo el artículo 609 del Código civil— y la inscripción, por exigirlo el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esta secuencia transmisiva ha dado lugar a que las relaciones entre tradición e inscripción constituyan uno de los temas clásicos de debate doctrinal en el ámbito del Derecho Hipotecario. De entre los aspectos debatidos destaca el de si, en materia de propiedad inscrita, la inscripción sustituye a la tradición.

VI. En el sistema de transmisión registral de titularidades inmobiliarias, la inscripción no sustituye conceptualmente a la tradición. La *traditio* del artículo 609 del Código civil surte efectos *inter partes* y lo que podríamos denominar la *traditio* registral surte efectos *inter tertios*. Sin embargo, no habría inconveniente alguno en que la Ley Hipotecaria atribuyese a la inscripción efectos traditorios *inter partes*, al igual que hace la Ley del Mercado de Valores en relación a las anotaciones en cuenta y, por lo tanto, convirtiese la inscripción en explícitamente constitutiva, prescindiendo de la necesidad de una previa tradición *inter partes*, como sucede, v.gr.: en Derecho alemán.

VII. Ello plantea la cuestión de si sería preferible que se prescindiese de la tradición como acto separado de la inscripción. En mi opinión, el sistema vigente y tradicional ofrece claras ventajas.

A diferencia de lo que sucede en el sistema alemán, en el español, el adquirente, aunque no inscriba, no se halla en una situación que pueda considerarse, en cierto sentido, irregular o pendiente de ser completada, sino, simplemente, en un distinto escalón de protección de su titularidad. En realidad, el sistema alemán, al

regular en el parágrafo 185 BGB la denominada *Kettenauflassung* o disposición en cadena —que incluye los actos dispositivos realizados por adquirentes que no han inscrito— está admitiendo que existe un cierto número de adquirentes que, tras la *Auflassung*, no solicitan la *Eintragung*, por las razones que fueren, entre otras, para, v.gr., ahorrarse el coste de la misma. Esta situación implica una cierta irregularidad —a diferencia de lo que sucede en el sistema español— puesto que el único legitimado para disponer sigue siendo el titular registral. Ello obliga a recurrir a la artificiosa construcción de que el receptor de la *Auflassung* dispone solo en tanto que apoderado del titular registral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil III-1º*, ed. Bosch, Barcelona, 1983
- ALBALADEJO M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VIII, vol. 1º, EDESA, Madrid, 1987
- ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.); GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009
- ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En CARRASCO PERERA, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013
- BADOSA COLL F.” El poder de disposición en el Dret civil català”, en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009
- BERCOVITZ ÁLVAREZ G., *Tradición instrumental y posesión*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999
- CALVO SORIANO A, *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 2ª, Vol. 1º, Madrid, 1962
- CASTILLO MARTÍNEZ C.C, *El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008*, Diario La Ley, núm. 7080, 19 de diciembre de 2008, año XXIX, ref. D-373.
- CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996,
- CUENA CASAS M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la venta de cosa ajena llevada a cabo por el titular registral”, en YZQUIERDO TOLSADA M (Dir.), *Comentarios a la unificación de doctrina civil y mercantil (2005-2007)*, ED.: Dykinson, Madrid,

- CUENA CASAS M., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil*, en YZQUIERDO TOLSADA M. (Coord). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil) vol. I* (2005-2007), Madrid, Dykinson
- CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI. Núm. 722,
- DE LA RICA Y ARENAL R., “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario,” conferencia pronunciada en 1950. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976
- DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ed.: Thomson Civitas, 2008
- DOMÍNGUEZ LUELMO A. (Director), *Comentarios a La Ley Hipotecaria*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2019
- D’ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989
- GARCÍA CANTERO G., Comentario al artículo 1462 del Código civil, PAZ-ARES C., DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.). *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, 1991
- GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T. I, ed. Civitas, Madrid 1988
- GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993
- GIMÉNEZ ROIG E., *El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código civil*, RCDI, 2003, núm. 677
- GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784,
- GÓMEZ GÓMEZ M., En *Inscripción y Tradición*, RCDI, 1958
- GONZÁLEZ J. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de enero de 1943, titulada *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013
- GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicitaria de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica ADC*, 2001
- GORDILLO CAÑAS A. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007*, en CCJC, núm. 75, 2008
- IHERING R., *La posesión*, Madrid, 1926.
- HERMIDA LINARES M., *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles*, RCDI, núm. 457,
- JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, CORPME, Madrid 2004
- LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IIº 3ª, ed. Bosch, Barcelona, 1979
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz *Modos de adquirir*, T. XVI, ed. Seix, Barcelona 1990

- LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002
- LASSO GAITE M., *Crónica de la Codificación española*, Vol.I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970
- MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI, n.º: 703
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011
- MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017
- MIQUEL J., *Derecho Privado Romano* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992
- MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009
- MIQUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 7 1º del Código civil” en *Comentario del Código Civil*, T. I —PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.)—, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991
- MIQUEL GONZÁLEZ J. M^a, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1
- PAZ-ARES C. *Seguridad jurídica y Seguridad del tráfico*, RDM, 175–176, 1985
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999
- PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002
- PETIT SEGURA M. A, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990
- RAMOS FOLQUÉS R., *La tradición y el modo en Curso d conferencias de 1951 —sobre Derecho Inmobiliario Registral—*, ed. CORPME, 1951
- ROCA SASTRE R. *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1968
- ROCA SASTRE R. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, TII, 7ª ed. Bosch, Madrid, 1979
- ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L, *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1995
- SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, T.III, ed. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900,
- SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario* TI, ed. Reus, Madrid, 1947
- SCHÄFER H.B y OTT C. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, págs.: 332-333. ed. Tecnos, Madrid, 1986
- SCIALOJA V. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931
- YU-CHIENG CHANG, “The Economy of concept and possession”, en YU-CHIENG CHANG (Ed.), *Law and Economics of Possession*., Cambridge University Press, 2015,

NOTAS

¹ Así, por ejemplo, para ALBALADEJO M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VIII, vol. I.^o, EDESA, Madrid, 1987, pág. 3, el artículo 609 del Código civil es inútil, inexacto e incompleto. Inútil porque el Código civil regula después cada modo de adquirir, aun cuando le reconoce el mérito de incorporar la teoría del título y el modo. Es inexacto porque incluye la ley entre los modos de adquirir, pero los derechos reales se adquieren y transmiten por ciertos hechos que establece la ley, como por ejemplo ciertos contratos —entre los que la donación— mediante tradición. Por lo que se refiere a la ley, MIGUEL GONZÁLEZ J.M., “Comentario al artículo 609” en *Comentario al Código Civil, Tomo I*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1543-1544 precisa que si bien la mención de la ley puede ser inútil, sin embargo, sirve para recordar supuestos en que la adquisición se produce, incluso sin el conocimiento del adquirente, sin requerir una declaración de voluntad de este, o, si se quiere, supuestos de hecho a los que el legislador les atribuye esta eficacia independientemente del conocimiento de los interesados. Por lo que se refiere a la donación, LALAGUNA E, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz *Modos de adquirir*, T. XVI, ed. Seix, Barcelona 1990, pág. 557, critica la posición de ALBALADEJO y otros sobre la donación como modo de adquirir: “*Al excluir la consideración de la donación como modo de adquirir se incurre en una petición de principio. Se puede sostener que la donación es contrato, pero el hecho de que el legislador la considere como modo de adquirir en el mismo cuerpo legal en que habla de los contratos para lograr su finalidad traslativa requiere del acto de la tradición, obliga al intérprete a preguntarse si en esta referencia a la donación como modo de adquirir existe o no un designio legislativo de considerar un contrato de finalidad traslativa de naturaleza diferente a aquellos otros ciertos contratos que necesitan de la tradición para adquirir el derecho*”.

² Precisamente por ello, DURÁN y BAS consideraba innecesario el artículo 609 del Código civil, puesto que cada modo de adquirir es regulado posteriormente. LASSO GAITE M., *Crónica de la Codificación española*, Vol. I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 603.

³ La teoría del título y el modo también es recogida por el Código civil de Cataluña según resulta del artículo 531,1 y 3 del Libro V. En el Preámbulo se afirma explícitamente: “*regula la tradición en concordancia con los títulos de adquisición configurando el sistema transmisor-adquisitivo de acuerdo con la teoría del título y del modo vigente tradicionalmente en el ordenamiento jurídico catalán*”.

⁴ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246, se expresa en este mismo sentido, si bien con la matización de que la regulación referida debe entenderse como regulación de la tradición como modo de adquirir.

⁵ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.); GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 143 y 144, señala que la entrega desempeña (1) una función traslativa si funciona como elemento de la tradición (2) solutoria cuando funciona, además, con la finalidad de cumplir una obligación contraída y (3) de transmisión o restitución posesoria, Con base en ello, afirma que hay una incorrección evidente en el artículo 531-2 del Libro V del Código civil de Cataluña, cuando afirma que “la tradición consiste en la entrega de la posesión de un bien”, pues ello significa que considera a la tradición como una *datio possessionis*, que es característica de la entrega como elemento constitutivo de la tradición. Lo cual entra en contradicción con el artículo 531-1 del mismo cuerpo legal que valora la tradición, correctamente, como modo de transmitir y adquirir la propiedad y demás

derechos reales, realizada como consecuencia de una justa causa o “determinados contratos”. No es aceptable confundir la tradición, como modo adquisitivo y traslativo, con la entrega como cesión posesoria.

⁶ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 246.

⁷ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, págs. 132 y 133. Según este autor, la razón por la cual no cabe la tradición abstracta en nuestro sistema radica en que el Código civil no acoge la distinción romana entre el título *pro soluto* y el título *pro emptore* porque sigue la teoría del título y el modo, la cual solo acoge este último.

⁸ D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, ed. EUNSA, 1989, págs. 221-222.

⁹ MIQUEL J., *Derecho Privado Romano* ed. Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 186-187.

¹⁰ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 199, pág. 174.

¹¹ BADOSA COLL F. “El poder de disposición en el Dret civil català”, en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193 realiza un estudio exhaustivo sobre esta figura en el Derecho civil catalán, aplicable, en sus fundamentos conceptuales, al ordenamiento jurídico español en su conjunto.

¹² CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 256.

¹³ SCIALOJA V. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*, T.II, Anonima Editoriale, Roma, 1931, pág. 124.

¹⁴ Como ha señalado YU-CHIENG CHANG, “The Economy of concept and possession”, en YU-CHIENG CHANG (Ed.), *Law and Economics of Possession*, pág. 108, Cambridge University Press, 2015, pág. 108, el común denominador que define a la posesión es el control real. Esta definición permite explicar por qué hay razones económicas sustantivas para imponer cargas o conceder beneficios a quien ostenta el control real. En su opinión es el común denominador de la concepción de la posesión en diferentes códigos civiles como los de Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, España, Portugal, Austria, Japón, Corea del Sur y Taiwan.

¹⁵ MIQUEL J., *Causa de la tradición y el título de la usucapión en el vigente Derecho español*, ed. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia 2009, pág. 133. Resalta MIQUEL que mantiene esta posición, que comparto, frente a la totalidad de la doctrina.

¹⁶ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil*, T.III, ed. Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, págs. 198-200.

¹⁷ ALONSO PÉREZ M., “Título y modo de adquirir en el Código civil,” en BADOSA COLL F. y GETE-ALONSO CALERA C. (Dirs.), GINEBRA MOLINS M.E y NAVAS NAVARRO S. (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales. Estudio del derecho ca-*

talán y otros sistemas jurídicos, ed. CNC, Marcial Pons, 2009, págs. 175-193. CUENA CASAS M. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 177.

¹⁸ Por el contrario, la venta mediante documento privado no equivale a la tradición: v.gr. seentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, 14 de junio de 1997 y 13 de octubre de 2004.

¹⁹ CUENA CASAS M, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 263.

²⁰ En este mismo sentido JERÓNIMO GONZÁLEZ: “...en el fondo de todos estos problemas yace una confusión entre las formas legales de tradición y el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida. El Código francés, que no admite aquel modo de adquirir, contiene preceptos que han sido la base de nuestro articulado como resulta de la comparación de los artículos 1604 y siguientes de aquel con los artículos 1462 del Código Civil español, y parece desprenderse de las palabras empleadas por los que intervinieron en la redacción de los últimos que hay una perfecta analogía entre el cumplimiento de la obligación de entregar y la transferencia por medio de la tradición.

El Tribunal Supremo, en cambio, no ha tenido más remedio que distinguir la tradición propiamente dicha de la posesión o tenencia material de la s fincas”. En *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, T. I, ed. Civitas, 2009, pág.439. Es una colección de escritos y conferencias del autor. La cita corresponde a una conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 11 de enero de 1943, titulada *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*.

² Por el contrario, el artículo 621.1 del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, dispone: “La compraventa es el contrato por el que el vendedor se obliga a entregar un bien conforme al contrato y a transmitir su titularidad, ya sea del derecho de propiedad o de los otros derechos patrimoniales, según su naturaleza, y el comprador se obliga a pagar un precio en dinero y a recibir el bien.”.

²² Los artículos citados por la sentencia son todos del Reglamento Notarial. Los artículos. 193 y 195 han sido modificados por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.

²³ GARCÍA CANTERO G. sostiene, en el comentario al artículo 1462 del Código civil, que la tradición instrumental opera no solo en el caso de escritura pública notarial, sino también judicial (STS 11 de diciembre de 1904 y 30 de noviembre de 1939), así como el auto aprobatorio de la adjudicación (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1963), aunque tratándose de cosas muebles el criterio es más restrictivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1946). También en el caso de los documentos administrativos. En PAZ-ARES C., Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. BERCOVITZ R., SALVADOR CODERCH P (Dirs.). *Comentario del Código civil*, T.II, ed. Ministerio de Justicia, 1991, pág 912.

²⁴ ROCA SASTRE sostiene que si el transmitente no tiene la posesión el otorgamiento no equivale a la tradición, puesto que esta implica la entrega de la cosa. Si se hubiera practicado una inscripción puede ser rectificada, salvo que hubiera surgido un tercero protegido por la fe pública registral, ROCA SASTRE R. *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1968, págs. 249-265.

²⁵ GARCÍA GARCÍA critica la solución ROCA SASTRE de porque no es una solución para las situaciones normales —pues, a juicio de este autor, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria solo contempla una adquisición a *non domino*—. GARCÍA GARCÍA J.M, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 644.

²⁶ LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil*, T. IIº 3ª, ed. Bosch, Barcelona, 1979, págs. 145-146.

²⁷ ALBALADEJO GARCÍA,, el artículo 1462 II no establece una presunción *iuris tantum* de tradición real sino que configura la tradición instrumental como otra forma de tradición, estableciendo que el otorgamiento conlleva una presunción *iuris tantum* de tradición instrumental, no de entrega de la posesión. ALBALADEJO GARCÍA M., *Derecho Civil III-1º*, ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 143.

²⁸ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 644.

²⁹ GIMÉNEZ ROIG E., *El vendedor desposeído y el artículo 1462.2 del Código civil*, RCDI,2003, núm.677, págs. 1463-1536. La posición de este autor es criticada por JEREZ DELGADO, C., *Tradición y Registro*, CORPME, Madrid 2004, págs. 53-56, la cual argumenta dos fallos:1.—Prescinde del título y el modo, lo que no es admisible tratándose de la transmisión *inter vivos* de derechos reales. El artículo 1526 del Código civil puede estimarse aplicable a estos supuestos, pero no para regular la transmisión del derecho real sino con vistas a la protección del tercero. 2.—Impone al comprador el resultado a través del artículo 1186 del Código civil aun cuando hubiera querido comprar una cosa y no la acción reivindicatoria. Suscriben el primer argumento GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T.II., Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 670, GORDILLO CAÑAS A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicitaria de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica ADC*, 2001, págs. 179-180, o BERCOVITZ ÁLVAREZ G., *Tradición instrumental y posesión*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 184.

³⁰ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registralo Hipotecario*, T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 666.

³¹ JEREZ DELGADO C., *Tradición y Registro*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 68 y 69.

³² Son contrarios a esta posición los autores que conciben la tradición como una entrega posesoria. Además de los citados, entre otros HERMIDA LINARES M., *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles*, RCDI, núm. 457, 1966, pág. 420.

³³ CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 269. Señala esta autora que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que la expresión “*de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*” se refiere al hecho posesorio, es decir, que de la misma escritura no se deduzca la voluntad contraria a la transmisión de la posesión real o material, lo que conduce a interpretar el artículo 1462.2 como una presunción de entrega real o material, que puede destruir acreditando la posesión de la cosa por un tercero (STS de 31 de octubre de 1951 o 17 de noviembre de 1992), pág. 272.

³⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999, pág. 107.

³⁵ Como afirma CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona,1996, pág.282: “*La consideración de la tradición instrumental como una forma de traditio que no requiere la condición de poseedor en el tradens permite la aplicación sin excepción del artículo 609 cuando señala expresamente que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten...por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”.

³⁶ ROCA SASTRE R. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, T.I, ed. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 220.: “El Código civil equipara los derechos reales no susceptibles de posesión a los derechos personales o de crédito a los efectos de su transmisión, salvo lo que dispone el artículo 1526 cuando dichos derechos reales sean sobre inmuebles. El Código engloba unos y otros bajo la rúbrica “transmisión de créditos y demás derechos incorporales” y emplea igualmente para los derechos reales el concepto de cesión, como acto dispositivo por el solo consentimiento, es decir, *solo consensu*”.

³⁷ Según el Diccionario de la Real Academia Española, “equivaler” significa, en su acepción primera: “Dicho de una persona o de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia”.

³⁸ En este mismo sentido, GÓMEZ GÓMEZ M., En *Inscripción y Tradición*, RCDI, 1958, pág. 242, para quien la tradición instrumental es una verdadera forma de tradición a los efectos del artículo 609 del Código Civil.

³⁹ CALVO SORIANO A., *La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público*. Centenario de la Ley del Notariado, Secc. 2ª, Vol. 1º, Madrid, 1962, pág. 463, sostiene que la entrega a la que se refiere el artículo 1462.2 del Código civil es la tradición del artículo 609 del Código civil y no la entrega posesoria.

⁴⁰ En un moderno Estado de derecho los ciudadanos no pueden hacer uso de la fuerza para ejercer o proteger sus derechos, salvo el de la propia vida usando su derecho a la legítima defensa. En los demás casos, el uso de la fuerza es un monopolio del Estado, que puede ejercitar una vez que el sistema judicial haya adoptado la decisión que legitima dicho uso.

⁴¹ Así lo expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de marzo y 28 de junio de 1961, que consideran irrelevante que unos testigos declaren que no hubo entrega. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*. T.I, ed. CORPME, 1999, pág. 105, matiza acertadamente que el Tribunal Supremo entiende que la tradición instrumental conlleva también la presunción de la transmisión de la posesión en concepto de dueño y que dicha presunción cede ante la prueba de que el poseedor era una persona distinta al vendedor o transmitente. La escritura, aunque, en esos casos, no implique transmisión de la posesión equivale también a la entrega a efectos de transmitir el dominio, citando las sentencias del Tribunal Supremo siguientes: 21 de diciembre de 1905, 20 de enero de 1912, 6 de diciembre de 1983, 7 de febrero de 1985, 29 de mayo de 1997.

⁴² Por esa razón, el Código civil solo puede suministrar un sistema seguro de adquisición de una titularidad *erga omnes*: la usucapión, cuyos requisitos temporales y procedimentales son incompatibles con las exigencias de una moderna economía de mercado. Adicionalmente, la adquisición por usucapión solventa el problema de seguridad en la titularidad de quien ha adquirido por esa vía, pero no sirve para asegurar a quien pretende adquirir de quien adquirió por usucapión que este siga siendo el titular del *ius disponendi*.

⁴³ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI, n.º: 703, año 2007.

⁴⁴ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, pág.34. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. *La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título*, RCDI, n.º: 703, año 2007.

⁴⁵ SCHÄFER H.B y OTT C. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, págs.: 332-333. ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág.49. CUENA CASAS M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, ed. Bosch, Barcelona, 1996. CUENA CASAS M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo

de 2007. Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación a la venta de cosa ajena llevada a cabo por el titular registral”, en YZQUIERDO TOLSADA M (Dir.), *Comentarios a la unificación de doctrina civil y mercantil (2005-2007)*, ED.: Dykinson, Madrid, págs. 351-380. CUENA CASAS M., *Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo*, RCDI. Núm. 722, págs. 2909-2948.

⁴⁶ Esta intervención del Estado implica la publicación del sistema transmisivo en un doble sentido: (1) creación de títulos y de titularidades de alcance erga omnes reconocidos por el mismo mediante su intervención en el sistema transmisivo a través del Registro de la Propiedad, introduciendo un sistema transmisivo registral y (2) acceso público al conocimiento de tales títulos y titularidades para quien tenga interés legítimo en ello, lo que elimina las incertidumbres al respecto. MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 69 ss. Véase también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed.: Thomson Reuters, 2011, págs. 116-136.

⁴⁷ Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 es pertinente destacar, en este punto, que, a partir de 1989, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que el artículo 1473 del Código civil solo se refiere a los supuestos de doble venta, excluyendo los supuestos de venta de cosa ajena, válida en nuestro derecho al seguirse un sistema transmisivo que la permite, a diferencia del sistema francés de *solo consensu*. A diferencia de la venta de cosa ajena, la doble venta se caracteriza porque, en ella, el primer adquirente no ha consumado su adquisición mediante la *traditio*, por lo que la cosa aún no le pertenece —no es propietario— sino que se le debe —es acreedor—, y, por lo tanto, tiene una titularidad meramente negocial u obligacional, protegida tan solo mediante una regla de responsabilidad. Ello es así porque al no haber tenido lugar la *traditio*, el *tradens* sigue conservando el *ius disponendi*. A esta sentencia corresponde el mérito de señalar que el artículo 1473 del Código civil incluye ambos supuestos, el de doble venta y el de venta de cosa ajena. Como afirma GORDILLO CAÑAS A. *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007*, en CCJC, núm. 75, 2008, pág. 1441.: “La doble venta lleva, en efecto, a la venta de cosa ajena aunque no toda venta de cosa ajena se produce por efecto de la doble venta, su tratamiento es el correspondiente a esta específica hipótesis”.

⁴⁸ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T. I, ed. Civitas, Madrid 1988, pág. 274, el cual cita a LADARIA CALDENTY J., *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona 1952, págs. 39 ss.

⁴⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. T. II. ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 546.

⁵⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO L.M., *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán. Aspectos registrales*, ed. CORPME, Madrid, 2004, págs. 88 ss.

⁵¹ El artículo 208 de la Ley Hipotecaria regula el expediente para la reanudación del trazo sucesivo interrumpido. El artículo 312 del Reglamento Hipotecario, por su parte, regula el procedimiento para la inscripción de derechos reales sobre finca no inscrita.

⁵² GARCÍA GARCÍA enumera acertadamente las cuestiones planteadas por la doctrina: 1.— ¿Sustituye la inscripción a la tradición?, 2.— ¿Es una forma de tradición la inscripción?, 3.— ¿Cómo operan la tradición y la inscripción respecto de terceros?, 4.— ¿Es requisito previo para poder inscribir que se dé o exista la tradición?, 5.— ¿Cuál sería el efecto de la falta de tradición respecto a un derecho inscrito en el Registro?, 6.— ¿Qué valor hay que dar a la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1462 del Código civil?. GARCÍA

GARCÍA J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 640.

⁵³ En este sentido MORALES MORENO A.M., en el “Prólogo” a la obra de JEREZ DELGADO C. *Tradición y Registro*, ed. CORPME, 2004, págs. 18 y 20.

⁵⁴ Con anterioridad a la reforma disponía: “I. La transmisión de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta tendrá lugar por transferencia contable. La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos.”

⁵⁵ Con anterioridad a la reforma disponía: “Los valores representados por medio de anotaciones en cuenta se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro de la entidad encargada del registro contable y desde entonces quedarán sometidos a las disposiciones de este capítulo.”

⁵⁶ ROCA SASTRE R. Y ROCA-SASTRE MUNCUNILL L., *Derecho Hipotecario*, TII, 7ª ed. Bosch, Madrid, 1979, pág. 222.

⁵⁷ SANZ FERNÁNDEZ A., *Instituciones de Derecho Hipotecario* TI, ed. Reus, Madrid, 1947, pág. 251.

⁵⁸ HERMIDA LINARES M, *La inscripción y la tradición en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales*, RCDI, 1966, págs. 1401 ss.

⁵⁹ DE LA RICA Y ARENAL R., “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario,” conferencia pronunciada en 1950. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976, págs. 427 ss.

⁶⁰ RAMOS FOLQUÉS R., *La tradición y el modo en Curso d conferencias de 1951 —sobre Derecho Inmobiliario Registral—*, ed. CORPME, 1951, págs. 37 ss.

⁶¹ GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II. Ed Civitas, Madrid, 1993, pág. 670.

⁶² GÓMEZ GÁLLIGO J., *Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo*, RCDI, núm. 784, Marzo-Abril 2021, pág. 979.

⁶³ MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Ed.: Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 126-127.

⁶⁴ En opinión de GARCÍA GARCÍA J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario* T.II., ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 670, sin embargo, si de la misma escritura resulta que no se ha querido otorgar la tradición instrumental, el documento no es inscribible, por no tratarse de un tratarse de un título traslativo ni constitutivo de derecho real, salvo el caso de condiciones suspensivas en que, por imperativo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, cabe la inscripción en esa forma condicional.

⁶⁵ DE LA RICA Y ARENAL R. “Dualidad legislativa en nuestro régimen inmobiliario”, conferencia pronunciada en 1950, pág. 126. Consultada en el *Libro Homenaje* al autor, T.II, CORPME, 1976, ha sostenido que tradición y Registro de la Propiedad son incompatibles porque son incompatibles Registro y posesión y que, por tanto, en materia de propiedad inscrita la inscripción debería sustituir a la tradición.

⁶⁶ Entre otros, PETIT SEGURA M. A, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, pág.123, MIQUEL GONZÁLEZ J. Mª, *El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm.1, págs. 45 a 61. GORDILLO CAÑAS A, *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)*, ADC, 2001, fascículo 1, pág.202, LALAGUNA

DOMÍNGUEZ E., *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil*, RCDI, 2002, núm.:671, págs. 847-873. MOLINA GARCÍA A., *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, RUBIO GARRIDO C, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1999*. CCJC, 2000, núm.52, págs. 65 y 71, PÉREZ GARCÍA M.J. *La protección aquiliana del derecho de crédito*, ed. CORPME, 2002, pág.202.

⁶⁷ Tampoco sus precedentes más inmediatos exigían buena fe. Como señala PETIT SEGURA M.A., *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, ed. Signo, Barcelona 1990, págs. 24 y 25, tales precedentes los hallamos en el Proyecto de Código civil de 1851, concretamente:1.— Artículo 1396:”Si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, se estará a lo dispuesto en el artículo 892.” 2.-Artículo 892:” Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le correspondía, según lo dispuesto en la Sección 3 de este título”. 3.— Artículo 1859: Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título”. 4.— “La preferencia entre los acreedores hipotecarios y demás adquirentes de cualquiera otros derechos reales sobre unos mismos bienes inmuebles, se regulará por la prioridad de su inscripción en el registro público”. No debe olvidarse que el Proyecto de Código civil de 1851 introducía un sistema registral de mera oponibilidad, similar al francés, que no exigía buena fe. Esa es la razón, a mi juicio, por la que tampoco la exige el artículo 1859 del Proyecto ni el vigente artículo 1473 del Código civil, que procede del mismo.

⁶⁸ *Rapport de la Commission de réforme de la publicité foncière, Pour une modernisation de la publicité foncière*, remitido a la Ministra de Justicia el 12 de noviembre de 2018, pág.84. Puede consultarse en <https://www.bing.com/search?q=Comission+de+%C3%A9forme+de+la+publicit%C3%A9+fonci%C3%A8re,+Pour+une+modernisation+de+la+publicit%C3%A9+fonci%C3%A8re,&form=APMCS1&PC=APMC>.

⁶⁹ Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha seguido la misma línea hermenéutica, con la excepción de las sentencias de 13 de noviembre de 2009 y 13 de mayo de 2013. En el ámbito doctrinal, sin embargo, hay dos posiciones. Una de ellas sostiene que en el artículo 1473 del Código civil sí cabe la venta de cosa ajena, v.gr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en el comentario al artículo 1473. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. (coord.) *Comentarios al Código Civil VII*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013 pp 10426 ss, mientras que otros autores sostienen que sólo cabe la doble venta, v.gr. ARCOS VIEIRA, M.L. ¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta? En Carrasco Perera, A (dir.), *Tratado de la compraventa, Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 864 ss.

⁷⁰ CASTILLO MARTINEZ C.C., *La teoría del título y el modo y los conflictos de adquisiciones inmobiliarias. Reflexión crítica sobre la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar los artículos 1473, párrafo 2º, del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria*. RCDI, nº 780, págs. 1995 a 2036, pág. 2016.

*Trabajo recibido el 26 de agosto de 2025 y aceptado
para su publicación el 20 de octubre de 2025*