

no matrimoniales preteridos en testamentos otorgados antes de la entrega en vigor de la Constitución.

retroactive nature of article 814 for non-matrimonial issue pretermitted in wills made before the Constitution took force.

1.5. Obligaciones y Contratos

DOBLE VENTA: LOS EFECTOS DE LA DEFINITIVA TOMA DE PARTIDO DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

MATILDE CUENA CASAS

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DISTINTAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—3. LA DOBLE VENTA Y LAS ADQUISICIONES A *NON DOMINO*: 3.1. LA CATEGORÍA DE LA *INOPONIBILIDAD* COMO FUNDAMENTO DE LA PREFERENCIA DEL COMPRADOR QUE INSCRIBE. 3.2. LA NECESIDAD DE QUE LA PRIMERA VENTA NO HAYA SIDO CONSUMADA COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL.—4. LA REGULACIÓN DE LA DOBLE VENTA NO CONSTITUYE UN REFLEJO DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO: LA DOBLE VENTA Y LA VENTA DE COSA AJENA.—5. EL REQUISITO DE LA BUENA FE.—6. LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA PLENARIA SOBRE LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR.—7. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA RESPECTO A LA VENTA DE COSA COMÚN.—8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Muchas y muy profundas habían sido las sentencias que daban respuestas diferentes a casos idénticos, y también muy diversas las opiniones doctrinales acerca de unos asuntos tan absolutamente básicos en el sistema como son los que se dan cita en el artículo 1.473 del Código Civil. Tantas que, por muy celebrada que haya sido y siga siéndolo la iniciativa de los miembros de la Sala primera de optar por la fórmula de las sentencias plenarios para tratar de unificar criterios en materias conflictivas —iniciativa comenzada a finales de 2005—, conviene llevar a cabo una revisión de las consecuencias que esa jurisprudencia plenaria haya podido tener, y conviene todavía más hacerlo en el seno de una revista como la *Crítica de Derecho Inmobiliario*, pues, al fin y al cabo, nos hallamos ante un precepto que, debidamente combinado con aquellos otros que conforman las bases del sistema de transmisión de la propiedad, constituye la labor diaria de los más de 3.000 profesionales de la fe pública notarial con que cuenta nuestro país. Debo adelantar que, al menos en lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, las trascendentales sentencias plenarios de 5 de marzo de 2007 (*RJ* 2007/723) y 7 de septiembre de

2007 (RJ 2007/5303) (ambas son fruto de la ponencia del Excmo. Señor don Francisco MARÍN CASTÁN) han marcado una pauta interpretativa que, a día de hoy y como me propongo exponer con esta contribución, no ha sido abandonada, si bien, como se verá *infra*, 5, tal vez todavía el propio Tribunal Supremo no haya llegado hasta las últimas consecuencias de su propia doctrina.

2. LAS DISTINTAS POSICIONES JURISPRUDENCIALES RESPECTO AL ALCANCE DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1.473 regula el supuesto de doble venta, tanto de bienes muebles como de inmuebles, estableciendo respecto de estos últimos que: «*la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro de la Propiedad*». Se trata de una norma compleja, que debe ser incardinada en el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales contemplado en el artículo 609, párrafo 2.º del Código Civil y complementada con los más importantes preceptos de la Ley Hipotecaria.

La complejidad del supuesto de hecho de la norma y su conexión con aspectos sumamente relevantes del derecho patrimonial ha provocado variada y —también hay que decirlo— contradictoria jurisprudencia. Lo que primero llama la atención es que los casos de doble venta son extraordinariamente frecuentes en la práctica (a pesar de que el acto, en algunos casos, puede ser reprochable desde el punto de vista jurídico-penal por constituir delito de estafa (art. 251 del Código Penal), e incluso no son pocos los supuestos en los que se ve involucrada una venta judicial. El hecho de que se dé esta hipótesis en nuestro Derecho se justifica por el diseño de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, que es un sistema de inscripción declarativa. Obviamente, si el sistema fuera de inscripción constitutiva, no sería precisa una norma de esta naturaleza, pues siempre prevalecería el sujeto que inscribió en el Registro de la Propiedad frente al que no lo hizo, ya que el segundo estaría adquiriendo *a domino*, dado que el primero no habría completado el proceso adquisitivo.

Sin embargo, en un sistema de inscripción declarativa como el nuestro, puede suceder que el primer comprador haya adquirido el dominio como consecuencia de la tradición realizada por consecuencia de la primera venta y, por lo tanto, la segunda venta lo sea de cosa ajena, de manera que el segundo comprador, amparado en los artículos 32 ó 34 LH, consolide una adquisición *a non domino*. Pues bien, sobre esta cuestión ha vacilado la doctrina del TS, y la sentencia de 7 de septiembre de 2007 llevó a cabo una unificación de la misma que tiene trazas de ser definitiva.

Inicialmente, hasta los años noventa del pasado siglo, el TS vino aplicando el artículo 1.473 del Código Civil a los conflictos planteados por dos ventas de un mismo inmueble por el mismo vendedor, con independencia del intervalo de tiempo que mediaba entre ambas. Igual daba que hubieran mediado horas que años. Y ello porque la aplicación del precepto no parece supeditarse a ningún criterio cronológico. En este sentido, las SSTs de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988/1554), de 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/3895) y 13 de abril de 1993 (RJ 1993/2999).

Pero fue ya entrada esa última década cuando la doctrina primero y la jurisprudencia después introdujeron un requisito adicional para la aplicación del artículo 1.473: es preciso que exista una cierta «coetaneidad crono-

lógica entre las dos ventas»: si concurre, se dará un caso de doble venta a resolver aplicando dicho precepto. Pero si no, se dará un caso de venta de cosa ajena que queda excluido de su ámbito de aplicación (SSTS de 11 de marzo de 1992 [RJ 1992/3096], 8 de marzo de 1993 [RJ 1993/2052], 1 de julio de 1997 [RJ 1997/5504], 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000/10399), 21 de junio de 2000 (RJ 2000/5736), 11 de junio de 2004 [RJ 2004/4427], 16 de mayo de 2006 [RJ 2006/446]. Este planteamiento ya parece a simple vista contradictorio, pues lo que provoca que la segunda venta lo sea de cosa ajena no es la coetaneidad cronológica entre las dos ventas, sino la circunstancia de que la primera se haya consumado por el vendedor efectuando una tradición eficaz para transmitir el dominio, y ello ya se trate de una tradición real o instrumental. La jurisprudencia citada mezcla, pues, dos cuestiones que nada tienen que ver. Aunque haya transcurrido mucho tiempo entre la primera y la segunda venta, si la primera no se consumó desembocando en una adquisición del dominio por parte del primer comprador, la segunda venta no será de cosa ajena.

Por otro lado, inexplicablemente, esta línea jurisprudencial excluye del ámbito de aplicación del artículo 1.473 la hipótesis de la venta de cosa ajena, como si doble venta y venta de cosa ajena fueran conceptos o hipótesis enfrentadas, cuando en realidad, y como señalaré en su momento, ambos supuestos juegan como si de círculos concéntricos se tratara.

Consecuencia del planteamiento de esta línea jurisprudencial es la falta de conexión del artículo 1.473 del Código Civil y los artículos 32 y 34 LH que pueden desencadenar una adquisición *a non domino*. Si la primera venta se consumó por la tradición a favor del primer comprador, la segunda venta es de cosa ajena y, por lo tanto, ya no es de aplicación el artículo 1.473, debiéndose mantener en su adquisición al primer adquirente (pues, además en muchos casos se entiende que la segunda venta es nula por falta de objeto). Siendo esto así, el artículo 34 LH no sería de aplicación a los casos en los que la adquisición proviene de titular registral que ha dejado de ser propietario por haber enajenado antes a otro. A este resultado lleva la doctrina jurisprudencial citada que, sin base legal alguna, añade un requisito al artículo 1.473 y extrae del artículo 34 LH una hipótesis que en ningún caso cabe entender excluida de su tenor literal. Así las cosas, la solución es distinta aunque la patología sea la misma: la falta de poder de disposición del transmitente. Si el *tradens* nunca fue dueño y, no obstante, aparece como titular registral, puede provocar una adquisición *a non domino* cuando enajena a título oneroso y el adquirente inscribe su adquisición. Por el contrario, la hipótesis del *tradens*, que en su momento fue dueño, pero dejó de serlo por haber transmitido antes a otro, tal supuesto no puede desembocar en una adquisición *a non domino*.

La fundamental STS de 7 de septiembre de 2007 (1) recuerda la doctrina sentada en la sentencia de 5 de marzo de 2007, también plenaria, sobre el

(1) Resulta ineludible hacer referencia a los hechos que sirven de base para el recurso de casación objeto de la presente sentencia. Se trata de una doble venta de un mismo inmueble por su titular registral a dos compradores diferentes. El objeto del contrato sólo coincide en parte en ambos contratos, ya que el objeto del primero es la porción segregada de la finca matriz y, por el contrario, el objeto de la segunda venta fue la totalidad de la finca (incluida la segregada). Por lo tanto, lo que se vendió dos veces fue la porción segregada. La primera escritura pública de venta se otorgó el 30 de octubre de 1992 y el precio pactado fue de 16.000.000 de ptas., de los cuales 1.995.000 ptas. fueron abonados en metálico y por el importe del resto la compradora se comprometió a subrogarse en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, asumiendo la deuda pendiente.

alcance del artículo 34 LH, norma que viene a subsanar la falta de poder de disposición del transmitente como consecuencia de una venta de cosa ajena que hay que considerar válida, no siendo por ello aplicable el artículo 33 LH. Asimismo en dicha sentencia ya se anuncia que no cabe excluir la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a los casos de venta de cosa ajena. Este último extremo fue apuntado en dicha sentencia, si bien el TS no pudo unificar doctrina respecto al mismo, puesto que no se citó como precepto infringido en el recurso de casación. En cambio, aprovecha el TS la ocasión que le brindaba un supuesto como el que dio lugar a esta sentencia para aclarar que:

«la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de una “cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose por tanto la primera venta, desde

La escritura de venta no se inscribió en el Registro de la Propiedad y la parte compradora no se subrogó en la hipoteca, tal y como se había comprometido en dicha escritura. No obstante, la compradora tomó posesión del inmueble vendido. La segunda escritura pública de compraventa se otorgó el 17 de febrero de 1998 a favor de una sociedad anónima. El precio pactado fue de 21.000.000 de ptas., cantidad que fue abonada al vendedor y al mismo tiempo se otorgó escritura de cancelación de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, hipoteca en la que nunca llegó a subrogarse la primera compradora. La sociedad compradora procedió a inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad. La demanda se interpuso por la segunda compradora, una sociedad anónima, contra la primera, una mujer casada en régimen de separación de bienes, a la que se reclama la entrega de la posesión del inmueble por carecer de título para poseer el mismo. La compradora demandada se opuso a la demanda alegando que la segunda venta era ya de cosa ajena, ya que ella había adquirido el inmueble con anterioridad a la sociedad demandante y que ésta, además, había actuado de mala fe, ya que conocía la existencia de una primera venta.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por dos razones: la primera, porque la venta celebrada en primer lugar no se consumó por haber incumplido la compradora sus obligaciones en orden a quedar subrogada en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble vendido. La segunda, porque la compradora que contrató en segundo lugar carecía de la buena fe requerida por el artículo 34 LH, dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*».

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora (la segunda compradora), el tribunal de segunda instancia lo estimó por entender, en primer lugar, que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, porque la primera venta no había llegado a consumarse por falta de pago de la mayor parte del precio. En segundo lugar, por aplicación del artículo 1.473 del Código Civil y 34 LH, la segunda compradora se veía amparada por estos preceptos, ya que la primera compradora no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. En tercer lugar, se considera que la posesión de la finca por la primera compradora no constituye dato suficiente para considerar la actuación de la segunda compradora como contraria a la buena fe, ya que la posesión puede obedecer a un contrato distinto de la compraventa. Y en cuarto lugar, la posesión de la primera compradora cabe calificarla de «clandestina», lo que se deduce del dato de que ni siquiera pasó a retirar de la notaría la escritura de compraventa, ni pagó los impuestos correspondientes, ni se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la parte demandada (la primera compradora) por aplicación indebida del concepto de doble venta contenido en el artículo 1.473 del Código Civil y por infracción del artículo 34 LH, por cuanto la entidad demandante no era compradora de buena fe.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

la perspectiva de las obligaciones del vendedor mediante tradición material (art. 1.462, párr. 1.º CC), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido plasmado en escritura pública (art. 1.462, párr. 2.º) e inscribió después su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1.473 tanto con los artículos 606 y 608 del Código Civil como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH (Fundamento de Derecho segundo). En definitiva, el TS no excluye la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil que, por ello, puede desembocar en una adquisición *a non domino* a favor del segundo comprador (arts. 32 y 34 LH)». Fundamento de Derecho segundo, STS de 7 de septiembre de 2007.

Son muchos los temas que suscita la frase transcrita (validez de la venta de cosa ajena, alcance del art. 34 LH y su relación con el art. 33 LH, etc...). Sin que suponga restar importancia a estas cuestiones, creo que es preciso tratar con carácter previo la delimitación conceptual entre venta de cosa ajena y doble venta, con el objeto de que quede clara la tesis por la que ha venido a optar la jurisprudencia plenaria de la Sala sobre el alcance del artículo 1.473 del Código Civil.

3. LA DOBLE VENTA Y LAS ADQUISICIONES A NON DOMINO

Se ha entendido por un sector doctrinal, al que, como he señalado, acompaña cierta jurisprudencia, que las varias ventas que prevé el artículo 1.473 del Código Civil han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida por un comprador, pues a lo que se tiende es a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende y alguien la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la venta de cosa ajena y no por la de la venta múltiple (2). Es decir, las diversas compraventas deben tener lugar antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación. Estas posiciones doctrinales quieren conectar el régimen de la doble venta con la teoría del título y el modo y parten de la hipótesis de que el artículo 1.473 determina quién de los dos compradores *adquiere*, y no quién

(2) ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pág. 20. Naturalmente, también en *Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1989, pág. 89. En el mismo sentido, GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1991, pág. 25; MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 75; PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, pág. 13; FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1994», en *CCJC*, núm. 35, 1994, pág. 665; PAU PEDRÓN, «Doble venta de inmuebles y publicidad registral», en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 570.

de los adquirentes es *preferido*. Hay que reconocer que el tenor literal de la norma favorece esta interpretación. Pero es que la letra de la norma no es el único criterio que debe valorar el intérprete (art. 3 CC).

Si el artículo 1.473 no resulta aplicable cuando la primera venta ha sido consumada, ¿cómo se explica que venza el que inscribe frente al poseedor que no llevó su título al Registro? ¿Acaso es que la primera venta no se consumó por no haber tenido lugar la inscripción? ¿Es la inscripción un requisito de la transmisión *erga omnes*? Al respecto se han dado varias explicaciones.

3.1. LA CATEGORÍA DE LA INOPONIBILIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PREFERENCIA DEL COMPRADOR QUE INSCRIBE

No son pocos los autores que, por influencias del Derecho italiano o el francés, han creído ver reflejado en el artículo 1.473 la categoría de la inoponibilidad (3). De esta forma y por ejemplo, el primer comprador que recibe la tradición real o fingida, habría adquirido. Sin embargo, cuando el segundo comprador inscribe, el derecho del primer comprador resulta inoponible al segundo, el cual adquiere de un vendedor *dominus*, pues para el segundo comprador es como si la primera enajenación no se hubiera realizado, es decir, la primera enajenación es *ineficaz* respecto del segundo comprador.

Si es así, se dirá que el primer comprador que no inscribió, a pesar de haber recibido la posesión del dueño de la cosa, *no adquirió* y, por tanto la adquisición que hace el segundo comprador es *a domino*, puesto que el primer comprador no completó el *iter* adquisitivo que este precepto prolonga hasta el momento de la inscripción. En este sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA, para quien: «la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida, y deriva del dueño (adquisición *a domino*), a diferencia de los supuestos de venta de cosa ajena y de venta sin objeto o sin legitimación (...). La segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos *erga omnes*, mientras que la primera no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron» (4). La tradición no es precisa cuando el adquirente inscribe y adquiere *a domino* y tampoco cuando adquiere *a non domino* (5). Se ha llegado incluso a considerar que la regulación de la doble venta en el Código Civil constituye «una *modificación* de la doctrina del título y el modo» (la cursiva es del autor) (6).

Si se parte de la posición de que, para los bienes inmuebles, el artículo 1.473 ha prolongado el *iter* adquisitivo, añadiendo la inscripción como requisito de la transmisión *erga omnes* del derecho real, no tendrán cabida en el

(3) Tal es el caso de RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994, pág. 127.

(4) GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, pág. 82. En el mismo sentido, CANO TELLO, «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», en *RGD*, 1965, pág. 276; RAMOS FOLQUES, «La tradición y el modo», en *Información Jurídica*, 1951, pág. 406; CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, pág. 155.

(5) MIGUEL GONZÁLEZ, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 55.

(6) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta en el sistema de la transmisión de la propiedad del Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio de 2002, pág. 83.

ámbito de aplicación de este precepto las adquisiciones *a non domino*, ya que se prefiere al que *ha adquirido* (título, modo e inscripción) en detrimento de quien no adquirió por no haber inscrito, sin que en el supuesto aparezca técnicamente una venta de cosa ajena.

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito, entendido como una nueva forma de ineficacia de los actos jurídicos frente a tercero, sería un artificio legislativo tendente a preservar a toda costa la máxima *nemo dat quod non habet* y a convertir *de facto*, en determinados supuestos, la inscripción en elemento constitutivo del efecto real (7), bien alterando el sistema transmisivo al negar que el primer comprador haya adquirido en virtud de título válido y tradición derivada de un *dominus*, o bien admitiéndolo, pero considerando resuelta *ex lege* la primera adquisición por el hecho de que el segundo comprador inscribe. Se ha mantenido que cuando es el segundo comprador el que inscribe, «dicha inscripción tiene carácter convalidante, constitutivo, *resolutorio de la adquisición anterior* en su caso y que surte plenos efectos entre las partes y frente a terceros» (8).

Con este planteamiento que considera ineficaz esta primera adquisición frente al segundo comprador que de buena fe inscribe, se consigue mantener en favor de este último la facultad de disposición del vendedor, sin que quepa hablar de adquisición *a non domino*. Esta forma de pensar procede de la doctrina francesa e italiana que recurrió al principio de inoponibilidad para explicar el régimen de la doble venta con el objetivo de evitar que un Registro de simples transcripciones legitimara adquisiciones *a non domino* (9). Se trata de preservar las consecuencias que se derivan de un sistema de transmisión consensual y coordinarlo con un pobre sistema registral de transcripción. La primera venta ha resultado ineficaz por aplicación del principio de inoponibilidad, y la adquisición del segundo comprador, por el mero hecho de haber acudido al Registro, implica una adquisición *a domino*, pues «respecto a terceros es como si la primera transmisión no se hubiera efectuado, el enajenante es considerado siempre como propietario» (10). No se trata de una venta de cosa ajena que resultaría nula en virtud del artículo 1.599 *Code* y que, por tanto, permitiría al primer comprador impugnar el asiento. La primera venta genera una propiedad relativa, *inter partes*, inoponible al segundo comprador que transcribe su título. La adquisición de la propiedad no transcrita no tiene eficacia absoluta, ya que puede prevalecer la adquisición de otro comprador que adquiera esa misma cosa y transcriba su título (11).

Como señalaré seguidamente, no creo que para explicar el juego de la doble venta en el Derecho español sea preciso acudir a la categoría de la inoponi-

(7) Así lo entienden expresamente GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 31, y PAU PEDRÓN, «La eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios», en *Boletín de Información Jurídica del Ministerio de Justicia*, 5 de junio de 1990, pág. 3368.

(8) CANO TELLO, *cit.*, pág. 276. La cursiva es mía. También en este sentido, BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, 1969, pág. 57.

(9) Por todos, MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milán, 1968, pág. 11.

(10) Así, COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción española por la Redacción de la RGLJ y anotado por DE BUEN, t. II, vol. II, Madrid, 1984, pág. 760.

(11) FUNAIOLI, *La cosiddetta proprietà relativa. Studi in onore di Antonio Cicu*, Milán, 1951, pág. 386. Respecto al tratamiento de la doble venta en el Derecho francés e italiano y su incardinación con el sistema de transmisión *solo consensu*, cfr. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pág. 349 y sigs.

bilidad para *de facto*, excepcionar el sistema de transmisión de la propiedad consagrado en el artículo 609 del Código Civil al considerar que el segundo comprador adquiere *a domino* por no haber completado el primer comprador que recibe la entrega el *iter* transmisivo. Cuando el vendedor es titular registral, el supuesto encaja en el artículo 34 LH, pudiéndose llegar al resultado de su aplicación, aunque no estuviera regulada en nuestro derecho la doble venta, consolidándose una adquisición *a non domino*. Aunque el resultado sea el mismo (protección del segundo comprador), no es lo mismo decir que lo es porque la primera adquisición le es inoponible por no estar inscrita y porque el primer comprador sólo adquirió una propiedad *inter partes*, que decir que éste adquirió una propiedad *erga omnes* ex artículo 609 del Código Civil y que el segundo comprador preferido lo es por adquirir *a non domino*. No creo que sea preciso para explicar la regla del artículo 1.473, párrafo 2.º del Código Civil acudir a la discutible noción de la «adquisición de la propiedad relativa», tesis, que de facto excepcionaría el sistema de transmisión de los derechos reales consagrado en el artículo 609 del Código Civil (12).

Cosa distinta sucede cuando el doble vendedor no es titular registral y el segundo comprador procede a inmatricular la finca o a reanudar el tracto sucesivo. En esta hipótesis, el segundo comprador no reúne los requisitos del artículo 34 LH, por no adquirir de titular registral y, sin embargo, el TS entiende que en este caso sería de aplicación el artículo 32 LH, norma de corte francés que establece la inoponibilidad de lo no inscrito. El segundo comprador consolidaría una adquisición inatacable por la vía del artículo 32 LH.

Transcribe en este punto el TS la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que, en referencia a la primera versión del artículo 23 (hoy art. 32 LH) cuando se refiere al comprador que no inscribe la venta, decía: «aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción». A pesar del tenor literal de la Exposición de Motivos, entiende el TS que no puede interpretarse en el sentido de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que ha de prevalecer la seguridad jurídica, para lo que debe fomentarse la inscripción (Fundamento de Derecho segundo). El TS aclara, pues, que la preferencia de la inscripción en el artículo 1.473 del Código Civil no altera el sistema de transmisión ni supone que el primer comprador que consumó la adquisición no hubiera adquirido, sino que la adquisición del segundo comprador puede serlo *a non domino*, bien sea ex artículo 32, o bien ex artículo 34 LH.

De hecho, la STS de 7 de septiembre de 2007 parece adscribirse, siquiera sea *obiter dictum*, a la llamada teoría dualista respecto de los terceros que resultan protegidos en nuestro sistema registral (13). Quiere terciar el Alto Tribunal sobre uno de los temas más complejos de nuestro Derecho Hipotecario, y se aleja de la teoría monista (14), que contempla como única hipótesis protegible la del tercero que reúne los requisitos del artículo 34 LH, dejando huérfano de protección al segundo comprador que no adquiere de titular registral

(12) VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, enero-marzo de 2007, pág. 90, también critica el planteamiento que construye una suerte de propiedad *inter partes*.

(13) Sobre esta polémica, vid. el reciente trabajo de JIMÉNEZ PARÍS, «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», en *Diario La Ley*, núm. 6831, 29 de noviembre de 2007.

(14) Mantenido, entre otros, por ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. I, Barcelona, 1954, pág. 534, y PAU PEDRÓN, *Doble venta de inmuebles...*, cit., pág. 583.

y, por el contrario, procede a hacer pública su adquisición inmatriculando la finca en el Registro de la Propiedad o reanudando el tracto sucesivo, en contra del tenor del artículo 1.473 del Código Civil. Por el contrario, como acertadamente se ha señalado, «cualquier inscripción, tanto la primera como la causalmente engarzada en otra anterior, es, frente a la posesión y al título, causa de preferencia del comprador que inscribe» (15). Esta parece la idea acogida por el TS, al reconocer que el segundo comprador del artículo 1.473 del Código Civil, cuando no ha adquirido de titular registral, puede consolidar su adquisición *a non domino* ex artículo 32 LH.

Añade el TS que tal adquisición prevalecerá «si finalmente acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH». Tal precepto establece que: «las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores no surtirán efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha». Se entiende así que durante los dos años que dura la suspensión de efectos, el adquirente *a non domino* queda a merced de que aparezca un verdadero dueño que venza al inmatriculante no propietario. Sin embargo, no han faltado quienes entienden que la limitación de efectos que establece el artículo 207 LH, no tiene lugar en el ámbito de la doble venta en el marco del artículo 32 LH. En este sentido, ha dicho GORDILLO CAÑAS: «los efectos que en cuanto a terceros que por obra del artículo 207 LH quedan en suspenso son, desde luego, lo que, *ex fides publica*, la inscripción podría provocar a favor de los causahabientes del inmatriculante, y del inmatriculante mismo frente al *verus dominus* para suplir el defecto de titularidad o poder dispositivo de su *causam dans*, anterior y por causa distinta a los actos desencadenantes de la hipótesis de la doble venta; no, en cambio, los que, en aplicación de los principios de prioridad o inoponibilidad, se sustanciarían en hacer prevalecer frente a cualquier otra, la adquisición que primero llega al Registro; precisa y solamente por la razón de haber llegado el primero» (16). Y es que de poco vale la preferencia lograda por el segundo comprador que inscribe concedida por el artículo 1.473 del Código Civil y la inoponibilidad del artículo 32 LH, si durante dos años tal adquisición puede ser impugnada por el primer comprador que no tuvo la diligencia de hacer pública su adquisición. Con todo, el TS alude al artículo 207 LH en esta hipótesis, por lo que no parece restringir la aplicación de dicha norma al terreno exclusivo donde opera el principio de fe pública registral.

En definitiva, el TS parece partir de la tesis dualista respecto al problema de la unidad o dualidad del concepto de tercero en nuestra Ley Hipotecaria.

3.2. LA NECESIDAD DE QUE LA PRIMERA VENTA NO HAYA SIDO CONSUMADA COMO REQUISITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.473 DEL CÓDIGO CIVIL

La teoría de la inoponibilidad en el sentido de que el segundo comprador adquiere *a domino* porque la primera transmisión le es inoponible es una de

(15) GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro de la Propiedad, su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», en *ADC*, enero-marzo de 2001, pág. 196. Así también LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, pág. 175; más reciente, VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, enero-marzo de 2007, pág. 92.

(16) GORDILLO, *op. ult. cit.*, pág. 201.

las interpretaciones que ha recibido la regulación de la doble venta inmobiliaria, pero no es la seguida en la sentencia recurrida. Por el contrario, en ésta siguiendo a otras muchas anteriores, se entiende que el artículo 1.473.2 del Código Civil no resulta aplicable cuando la primera venta haya sido consumada, pues entonces ya no se trata de una doble venta, sino de una venta de cosa ajena, estando entonces este último supuesto excluido de su ámbito de aplicación.

Esta doctrina jurisprudencial se refería a la necesidad de que la primera venta no hubiera sido consumada por la entrega de la cosa por parte del vendedor al primer comprador. Sin embargo, tanto la sentencia recurrida como la de primera instancia distorsionan aún más si cabe tan discutible doctrina, al considerar que el caso planteado constituye un supuesto de doble venta y no de venta de cosa ajena por no haberse consumado el contrato con el primer comprador, pero considerando que no se consumó desde el punto de vista de las obligaciones del comprador. Así, la sentencia de primera instancia y la de apelación entienden que la primera venta no fue consumada porque la parte compradora no abonó la totalidad del precio pactado ni se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble. Tremendo error el que se comete en las sentencias recurridas por entender que la primera compradora no adquirió la propiedad por falta de pago del precio.

Con acierto corrige el TS en esta fundamental sentencia de 7 de septiembre de 2007 semejante doctrina al señalar que «la falta de pago del resto del precio por la primera compradora no podía impedir que ésta adquiriera la propiedad de la finca, pues amén de haber comprado mediante escritura pública de la que no resultaba ni se deducía nada contrario a su equivalencia a la entrega de la cosa (art. 1462.2 CC), las propias peticiones de la demanda revelan que esa primera compradora estaba en poder y posesión de la finca litigiosa» (Fundamento de Derecho segundo).

Efectivamente, de más está decir que a los efectos de la transmisión de la propiedad solamente es preciso contrato y tradición, siendo irrelevante desde el punto de vista jurídico real la falta de pago del precio, «salvo que se haya pactado una reserva de dominio a favor del vendedor o bien se haya pactado una condición resolutoria, cuya respectiva constancia registral sí afectará al tercero del artículo 34 LH» (Fundamento de Derecho segundo). Tal circunstancia tiene consecuencias desde el punto de vista obligacional, a saber, podrá provocar la resolución del contrato a instancias del vendedor, resolución que sí tendrá impacto en la transmisión de la propiedad en la medida en que deja inoperante el título. Como acertadamente señala el TS, la primera compraventa, aun no habiendo cumplido la parte compradora sus obligaciones, es absolutamente válida mientras no se proceda a su resolución (Fundamento de Derecho segundo).

Aunque la sentencia recurrida plantea mal la doctrina que supedita la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a la falta de consumación de la primera venta (ya que lo hace, como he dicho, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones de la compradora y no la del vendedor de entregar la cosa), el TS aprovecha la ocasión para descartar esa doctrina que entiende que el artículo 1.473 del Código Civil no resulta aplicable cuando el vendedor ya ha entregado la cosa al primer comprador consumando la adquisición a favor de éste y generando un venta de cosa ajena con el segundo comprador.

Según la doctrina citada, que requiere la falta de consumación del primer contrato, la preferencia que dicho precepto establece para el segundo comprador que inscribe, sólo tiene lugar cuando adquiere *a domino*, de manera que

el primero no haya recibido ninguna forma de tradición ni real ni fingida, teniendo sólo un derecho de crédito frente al vendedor. En este caso, el segundo comprador adquiere de un dueño y en virtud de tradición (la instrumental del art. 1462.2.º CC) derivada de la escritura pública necesaria para acceder al Registro. Pues bien, para llegar a esta solución no es necesario el artículo 1.473 del Código Civil, sino que basta el artículo 609, ya que el segundo comprador adquiere en virtud de tradición procedente de un *dominus* y basada en un contrato válido. Por lo tanto, la tesis que excluye del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil a la venta de cosa ajena, tal y como hacía la sentencia recurrida, lo hace por considerar que el artículo 1.473 del Código Civil fundamenta sus reglas de preferencia sobre la base de la teoría del título y el modo, es decir, el artículo 1.473 del Código Civil sería un *reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales*, lo que excluye de su ámbito de aplicación las adquisiciones *a non domino*. El segundo comprador que inscribe es preferido por haber adquirido *a domino* y no porque, como se señala en la interpretación antes descrita, la inscripción se añada como requisito para adquirir la propiedad *erga omnes*.

Esta es la idea que subyace en la sentencia casada por el TS, idea que el Alto Tribunal pretende descartar definitivamente. Sólo con este planteamiento cabe entender que se excluya la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, norma que se reservaría para resolver un conflicto entre un comprador (el primero que no recibe la tradición por no haberse consumado la venta) y el adquirente (segundo comprador que adquiere *a domino* por ser dueño todavía el vendedor que no llegó a transmitir). Pues bien, esta interpretación deja vacío de contenido el artículo 1.473 del Código Civil, que no añadiría nada al sistema, pues en materia de bienes inmuebles, aunque nada dijera el precepto, el segundo comprador sería preferido por ser primero en la tradición (art. 609.2 CC).

La cuestión se plantea, asimismo, en materia de bienes muebles respecto de la interpretación que merece la expresión legal del artículo 1473.1.º: «*que primero haya tomado posesión de ella con buena fe*». Nuestro Código Civil no ha especificado qué tipo de posesión debe haber adquirido el *accipiens* para ser preferido por el artículo 1473.1.º, a diferencia del artículo 1.141 del Código Civil francés, que en este punto ha sido más explícito refiriéndose a la «posesión real». Como señala RUBIO GARRIDO: «si se entiende que quedan incluidos todos los modos de adquirir la posesión derivativamente, descritos en los artículos 1.462 y siguientes del Código Civil, la regla no sería, en sustancia más que una materialización *sub specie facti* del título y modo: será legalmente preferido el comprador que primero haya conseguido el *modus acquirendi*, es decir, la entrega con valor traditorio en cualquiera de sus formas. Por el contrario, si se estima que tan sólo abarca a los compradores *que hayan recibido a título derivativo la posesión inmediata, corporal o de hecho*, la regla no sería necesariamente una secuela de la teoría del título y el modo, ya que en no pocas ocasiones consagraría la preeminencia de un comprador, *luego que el otro había consumado ya su adquisición mediante la recepción de una traditio ficta*» (17).

En definitiva, el problema de fondo que subyace en la tesis que mantiene la sentencia recurrida es el de determinar si el artículo 1.473 forma parte del sistema transmisivo de los derechos reales, en el sentido de que completa al artículo 609 o si, por el contrario, se limita a dirimir un conflicto entre *ad-*

(17) RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 83.

quirentes, de manera que juega con independencia del mismo: si, en suma, no lo altera ni lo excepciona, sino que simplemente lo ignora, eligiendo al comprador que ha sido más diligente a la hora de hacer pública su adquisición. Sólo si se interpreta el artículo 1.473 como un reflejo de la teoría del título y el modo cabe hacer las afirmaciones que se contienen en la sentencia recurrida, en el sentido de excluir la aplicación de la norma cuando se ha consumado la adquisición del primer comprador. Se entiende que en ese caso es clara la adquisición del primer comprador primero en la tradición, y *no habría que dirimir ningún conflicto*. Por el contrario, si tal venta no se consumó, la propiedad corresponderá al que inscriba y que, además, dada la eficacia traditoria del instrumento público, será un adquirente *a domino*. Se excluye la venta de cosa ajena de la hipótesis regulada en el artículo 1.473 del Código Civil (18).

(18) El ponente de la sentencia de 7 de septiembre de 2007, don FRANCISCO MARÍN CASTÁN, en su trabajo, «Análisis crítico de la jurisprudencia sobre los artículos 34, 32 y 33 de la Ley Hipotecaria, y 1.473 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil (2005-2007): Análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 133, Madrid, 2008, pág. 67, analiza las posibles causas que justifican la orientación jurisprudencial que descarta la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil cuando se ha consumado la primera venta y la segunda lo es de cosa ajena. A su juicio, tal doctrina jurisprudencial es el resultado de la «preocupación por no desamparar del todo a quienes acuden a una promoción inmobiliaria, compran en documento privado, entregan importantes sumas de dinero a cuenta del precio total y, sin embargo, nunca llegan a adquirir el dominio de sus viviendas porque éstas han sido embargadas por deudas del promotor y las ha acabado adquiriendo un tercero de buena fe que inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad (...)». Probablemente la jurisprudencia forzó el sentido de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria para defender el derecho de compradores de viviendas que no habían podido ser protegidos por otras vías (...). La necesidad de proteger a los compradores de viviendas en documento privado en las promociones inmobiliarias (abordada de manera insuficiente por la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percepción de cantidades anticipadas para la construcción y venta de viviendas), debe ser solventado por el legislador, pero no por los Tribunales de Justicia que no pueden forzar las normas que vertebran el sistema patrimonial en aras a una protección —sin duda loable— de intereses concretos. Y ello porque el momento de transmisión jurídico-real no puede ser alterado en función de cuáles sean los intereses en conflicto. Cosa distinta es que sea preciso establecer un mecanismo que permita inscribir en el Registro de la Propiedad el derecho preferente de los compradores en documento privado, para evitar la injusticia que supone la imposibilidad de éstos de ejercitar una tercera de dominio para paralizar el embargo de las viviendas que todavía siguen perteneciendo a la vendedora. O incluso que bastara el derecho preferente del comprador en documento privado para evitar el embargo por los acreedores de la sociedad vendedora. Sobre esta problemática, vid. CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, pág. 687 y sigs., quien sostiene que para la prosperabilidad de la tercera a favor del comprador, frente a un acreedor que embarga bienes del vendedor, no es precisa la tradición o entrega de la cosa (pág. 696). Aunque el comprador en documento privado pudiera parar el embargo en esta hipótesis, lo que parece dudoso es que pueda hacer prevalecer su derecho si la venta judicial consuma una adquisición a favor de un tercero que inscribe su derecho. El adquirente en pública subasta adquiere *a domino* y no requeriría siquiera la protección ex artículo 1.473 del Código Civil. Como se puede apreciar, no comparto en absoluto la afirmación del último autor citado que sostiene que el artículo 609 del Código Civil «es una norma de más contenido doctrinario que práctico». El artículo 609 constituye una norma básica del sistema, la cual —obviamente— no puede aplicarse en función de los intereses concretos que se presenten en cada supuesto particular.

Pues bien, el TS descarta dicha interpretación: *la doble venta y la venta de cosa ajena no son conceptos excluyentes*. El artículo 1.473 del Código Civil no debe ser interpretado como un reflejo de la teoría del título y el modo. En ocasiones, la solución que cabe deducir de la aplicación de la norma coincide con la que resultaría de aplicar la teoría del título y el modo. Así, por ejemplo, cuando el primer comprador no recibe la posesión y el segundo inscribe. Sin embargo, cuando el primero recibió la posesión y se prefiere al segundo que inscribe, salvo que se violente flagrantemente el tenor literal de la norma, así como su espíritu y finalidad, necesariamente, se generará una adquisición *a non domino*, lo que resultará no sólo del artículo 1.473 del Código Civil, sino también de los artículos 32 y 34 LH. Y es que no cabe olvidar que si el doble vendedor es titular registral, el segundo comprador que inscribe reúne los requisitos del artículo 34 LH, y ello cualquiera que fuera la interpretación que quiera darse al artículo 1.473 del Código Civil (19).

Cosa distinta es que como consecuencia se quiera añadir la nulidad de la venta de cosa ajena, lo que excluiría la aplicación del artículo 34 LH, al insertar el supuesto en el artículo 33 LH. Una idea por completo equivocada, como meses antes se había ocupado de aclarar otra gran sentencia plenaria, la de 5 de marzo de 2007. Por el contrario, la coordinación del artículo 1.473 del Código Civil con las normas que establecen adquisiciones *a non domino* es, en definitiva, la tesis que mantiene el TS y que, a mi juicio, se fundamenta en la circunstancia de que la regulación de la doble venta no es un reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales, tal y como expongo a continuación.

4. LA REGULACIÓN DE LA DOBLE VENTA NO CONSTITUYE UN REFLEJO DE LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO: LA DOBLE VENTA Y LA VENTA DE COSA AJENA

La interpretación del artículo 1.473 del Código Civil que el TS descarta en la sentencia de 7 de septiembre de 2007 vincula claramente la operatividad de las reglas en dicho precepto incluidas con la teoría del título y el modo. Si se entiende que el artículo 1.473 del Código Civil pretende determinar «quién adquiere», lo cual —dicho sea de paso— parece deducirse de su tenor literal, si el primer comprador recibió la posesión de la cosa del *dominus*, el segundo comprador que inscribe no puede ser preferido, pues el primero ya ha adquirido y la segunda venta ya es de cosa ajena. Esta es la tesis de la sentencia recurrida. Si a ello le unimos la idea —a mi juicio, equivocada— de que la venta de cosa ajena es nula (20), reconduciéndose el supuesto al artículo 33 LH, es claro que el principio de fe pública registral no podría aplicarse nunca a los casos de doble venta, lo que implica una restricción del ámbito de aplicación de dicho precepto absolutamente injustificada, tal y como se deduce con claridad de la sentencia de 5 de marzo de 2007.

Sin embargo, entiendo, como ya expuse hace años (21) —y así también parece admitirlo el TS en esta decidida toma de partido—, que la regulación de la

(19) GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007», en *CCJC*, núm. 75, 2008, pág. 1441.

(20) Vid., mi trabajo, «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», en *Revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 2008. <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=572>

(21) CUENA CASAS, *Función del poder...*, cit., pág. 329 y sigs.

doble venta contenida en el artículo 1.473 del Código Civil no constituye una aplicación de la teoría del título y el modo (22) que excluya de su ámbito las adquisiciones *a non domino*. Esta forma de pensar nos lleva a que sólo sea preferido el segundo comprador que inscribe cuando el primer comprador nada ha recibido del vendedor y, si esto es así, el segundo comprador que inscribe, adquiere *a domino*, y el criterio de la inscripción nada le aportaría, pues ya sería preferido según el artículo 609 del Código Civil. Interpretar el artículo 1.473 del Código Civil en clave del sistema de transmisión excluyendo de su ámbito la venta de cosa ajena, supone dejar prácticamente vacío de contenido el artículo 1.473, ya que nada aportaría al sistema (23). Ha señalado GORDILLO CAÑAS, y son afirmaciones que comparto plenamente, que «doble venta y venta de cosa ajena son tópicos jurídicos que, como tales, mantienen siempre su identidad aunque a veces puedan venir a superponerse desde el punto de vista lógico o conceptual. La doble venta, en efecto, lleva a la venta de cosa ajena, aunque no toda venta de cosa ajena tenga que darse en el caso de la doble venta. Pero cuando la venta de cosa ajena se produce por efecto de la doble venta, su tratamiento es el correspondiente a esta específica hipótesis (...)» (24). Efectivamente, una venta de cosa ajena puede proceder de una doble venta en la que el primer comprador adquirió la propiedad y la solución que deba darse a esta venta de cosa ajena no tiene que diferir de la que se produce cuando alguien compra de un vendedor que nunca lo fue. La patología en ambas hipótesis: la falta de poder de disposición del *tradens* y, por lo tanto, la solución debe centrarse en la aplicación de las normas que regulan las adquisiciones *a non domino*, normas que no tienen que excluirse cuando la hipótesis procede del artículo 1.473 del Código Civil (25).

En definitiva, el artículo 1.473 del Código Civil se limita a dirimir un conflicto entre *adquirentes*, de manera que juega con independencia del sistema de transmisión de la propiedad, el cual no es alterado ni excepcionado, sino que simplemente se ignora en una hipótesis especial, eligiendo al comprador que ha sido más diligente a la hora de *hacer pública* su adquisición (26). El tenor literal del precepto ya pone de relieve que los criterios de preferencia en materia de doble venta no guardan correlación alguna con el sistema de transmisión de los derechos reales contemplado en el artículo 609 del Código Civil.

En materia de *bienes muebles*, el artículo 1.473 del Código Civil establece como criterio la posesión de buena fe; dado que nuestro sistema exige la tradición para la transmisión de los derechos reales, aparentemente el criterio utilizado coincide con el sistema transmisivo. Sin embargo, esta coincidencia no resulta tan clara, ya que la preferencia se otorga al que obtuvo la posesión con buena fe. No parece que se atienda al sistema de transmisión del artículo

(22) Así lo puso de manifiesto CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, pág. 695.

(23) En este sentido, RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pág. 83.

(24) GORDILLO, *loc. ult. cit.*, pág. 1441.

(25) En este sentido, VELA SÁNCHEZ, *La fe pública registral en las ventas...*, cit., pág. 83.

(26) MARÍN CASTÁN, «Análisis crítico de la jurisprudencia sobre los artículos 34, 32 y 33 de la Ley Hipotecaria, y 1.473 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil (2005-2007): Análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 133, Madrid, 2008.

lo 609, pues, en ese caso, en principio, bastaría la transmisión de la posesión. Y por otra parte, se habla de *posesión* y no, como en el artículo 609 del Código Civil, de *tradición*. El criterio de preferencia tan sólo coincide con una forma de tradición, la real del artículo 1462.1.º del Código Civil. Por tanto, ni siquiera en materia de bienes muebles es patente la correlación entre el artículo 1.473 y el 609 del Código Civil (27).

Más palmaria es la falta de correlación del artículo 1473.2.º del Código Civil respecto del sistema transmisivo en bienes inmuebles: el precepto establece como criterio de preferencia la inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que ha llevado a algún autor a ver en este precepto la sustitución de la tradición por la inscripción para la transmisión *erga omnes* de la propiedad y demás derechos reales (28).

El problema de si la regulación de la doble venta constituye o no un reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales se planteó también en Francia con respecto a los bienes muebles, ya que en virtud de lo que dispone el artículo 1.141 del *Code*, equivalente a nuestro artículo 1473.1.º, parecía haberse resucitado la tradición en el sistema de transmisión francés, excepcionándose el sistema de transmisión consensual. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha rechazado semejante interpretación del artículo 1.141. Así, sostiene LAURENT que «dicho precepto no está contemplando un supuesto general. Si la finalidad del precepto hubiera sido determinar cuándo se transmite la propiedad respecto de terceros, el legislador habría dicho simplemente que la propiedad de las cosas muebles no se adquiere frente a terceros más que por la tradición; el artículo 1.141 no dice eso, ni se ocupa de un principio, éste está ya formulado en el artículo 1.138: la propiedad de los bienes muebles se transmite tanto respecto a terceros como entre partes, por efecto del contrato, aunque la tradición no haya sido hecha. La cuestión que dilucida el artículo 1.141 es la de quién adquiere cuando una cosa mueble ha sido vendida sucesivamente a dos personas y ha sido entregada a uno de los compradores. Y decide en favor del poseedor de buena fe. El artículo 1.141 resuelve una dificultad especial, su efecto ha de ser limitado al caso contemplado en él y no convertirlo en principio general» (29).

Y es que resulta cuando menos llamativo que si el artículo 1.473 del Código Civil debe resolverse en coherencia con el sistema de transmisión (y, por lo tanto, excluyendo de su ámbito de aplicación los casos en que la primera venta haya sido consumada, quedando entonces fuera de su ámbito la venta de cosa ajena), tal norma encuentre idéntico reflejo en otros ordenamientos como el italiano (art. 1.155) y el francés (art. 1.141), que se rigen por el sistema de transmisión consensual y, en los que, por lo tanto, cuando la primera venta se ha celebrado, ya se ha transmitido la propiedad. Una de dos, o realmente la norma reguladora de la doble venta terminaba con el sistema de transmisión *solo consensu* instaurando *de facto* la tradición y la transcripción o, como reconoce la mejor doctrina gala e italiana, la regulación de la doble venta contempla una

(27) Así también, PAU PEDRÓN, «Doble venta de inmuebles y publicidad registral», en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 577.

(28) Entre otros, J. M. MIQUEL, *El Registro...*, cit., pág. 55, o GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pág. 589.

(29) LAURENT, *Principes de Droit Civil*, t. XVI, París, 1893, pág. 429, núm. 363. En el mismo sentido, DE LA MORANDIÈRE, *Précis de Droit Civil*, t. II, París, 1964, núm. 242, o PLANIOL Y RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil français*, t. III, París, 1926, núm. 2898.

hipótesis especial que brinda una solución al margen de la que se habría logrado aplicando el sistema de transmisión de los derechos reales (30).

Semejantes argumentos cabría aducir también con respecto al artículo 1473.2.º, en lo que se refiere a las relaciones entre tradición e inscripción. El artículo 1.473 del Código Civil está resolviendo un conflicto de venta múltiple; un conflicto para cuya resolución nuestro legislador no ha estimado suficientes las normas generales del sistema de transmisión y ha introducido un criterio adicional: el de la publicidad. Con independencia de quién haya adquirido de acuerdo con las normas generales del sistema, será preferido el *adquirente* que de *buena fe* haya hecho patente respecto de los terceros su adquisición. En este sentido, no se habla de tradición sino de *posesión de buena fe* de los bienes muebles y de *inscripción* respecto a los bienes inmuebles. Ello no quiere decir que se haya alterado el sistema de transmisión. El artículo 1.473 del Código Civil decide una dificultad *especial*, y por ello debe ser limitado al caso para el que está previsto, sin convertirlo en un principio general.

En la actualidad, y así lo mantiene el TS, el artículo 1.473 debe ser puesto en conexión con las normas que establecen supuestos de adquisición *a non domino* ya que, conforme el criterio clásico de entender este precepto en conexión con el artículo 609, aparecen supuestos de conflicto con dichas normas. Así, si se entiende que el artículo 1.473 del Código Civil constituye una aplicación del sistema transmisivo, cuando el primer comprador de un bien mueble que recibe la cosa por tradición fingida resulta preferido al segundo comprador que recibe de buena fe la posesión real del bien, se plantea el conflicto entre el artículo 1.473 y el artículo 464 del Código Civil (interpretado desde la tesis germanista). En este sentido, se ha dicho que «una solución siempre acorde al *iter* transmisivo normal llevaría a consecuencias inadmisibles, tales como proteger, frente a quien actuó de buena fe y con la debida diligencia, al propietario negligente que, descuidando la publicidad de su adquisición, y permitiendo la prolongación de una falsa apariencia de titularidad en el vendedor ha hecho posible una posterior venta de éste. Tal solución supondría un atentado contra la seguridad del tráfico y entraría además en colisión directa con lo establecido en los artículos 464 del Código Civil y 32 y 34 LH» (31).

A mi juicio, el criterio de preferencia del artículo 1473.1.º del Código Civil, en materia de bienes muebles, es el de la posesión *real* y ello no quiere decir que exista una gradación entre las clases de tradición que establece el Código Civil, sino que una cosa es la posesión y otra la tradición (32). Como ya he señalado, la tradición instrumental tiene valor traditorio-dispositivo, siempre y cuando el *tradens* sea dueño con poder de disposición, mas no puede proporcionar la posesión cuando el *tradens* no la tiene (art. 460.4.º CC). Así, cuando el doble vendedor entrega la cosa por alguna de las formas ficticias que regula nuestro Código Civil, hay tradición del artículo 609 del Código Civil e incluso puede proporcionar una posesión mediata, pero no la posesión de

(30) Puede verse de nuevo, sobre el tratamiento jurídico que la doctrina francesa e italiana dan a la doble venta, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, pág. 349 y sigs.

(31) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 105.

(32) Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1982, pág. 180; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, III, Propiedad y posesión*, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 256; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código Civil*, cit., pág. 254, o GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., pág. 191.

hecho que genera la apariencia que el artículo 1.473 requiere para proteger al comprador. Cuando un comprador ha recibido la tradición fingida del *dominus*, ha adquirido la propiedad en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, pero ello no hace inaplicable el artículo 1.473 del Código Civil. Y ello porque, a pesar de haber adquirido dicho comprador en virtud del artículo 609, el Código prefiere a quien, aun adquiriendo de un *non dominus* (o *ex dominus* por haber transmitido previamente la cosa a otro comprador) hace patente su adquisición. El artículo 1.473 no favorece con una protección especial a quien es primero en la tradición (pues eso ya lo establece el art. 609 CC), sino a quien, con independencia de haber adquirido o no conforme al sistema general, hace pública *de hecho* su adquisición. Por ello, en ocasiones, será preferido quien efectivamente adquirió primero (adquirente *a domino*), pero otras veces puede ser preferido un adquirente *a non domino*.

En este sentido manifiesta LACRUZ BERDEJO: «el artículo 1.473 no es, en su planteamiento, necesariamente de adquisición *a non domino*, porque cuando la ley atribuye la propiedad a un primer adquirente, en perjuicio del segundo, la adquisición del primero es *a domino*. El propio artículo no tiene una misión de protección incondicionada del adquirente de buena fe, sino que, en principio, su cometido es otro, a saber, el de dar un criterio para elegir quién, de entre varios compradores, va a recibir la propiedad. Mas cuando la elección recae sobre el segundo, en perjuicio de otro anterior que era ya dueño, la adquisición del protegido por el artículo 1.473 es *a non domino*» (33). Por ello, coincido con él en no negar la virtualidad transmisiva de la tradición fingida realizada al primer comprador (razón por la cual estimo que la segunda venta la realiza un *non dominus*), pero creo igualmente que dicha tradición fingida no crea la apariencia jurídica *erga omnes* que el artículo 1473.1.º exige para atribuir la adquisición *definitiva* (34).

Pues bien, creo que la interpretación del artículo 1.473 sobre la base de que resuelve una dificultad especial al margen del resultado al que se habría llegado de aplicar el sistema de transmisión de los derechos reales, atendiendo a criterios de publicidad, otorga el mismo fundamento a los dos párrafos del artículo 1.473 del Código Civil, ya se trate de bienes muebles o de inmuebles. En ambos supuestos, y al margen de quién hubiera recibido la tradición y si se hubiera o no consumado el contrato, se prefiere a quien hizo pública la adquisición, bien por la posesión material en los bienes muebles o bien por la inscripción en los bienes inmuebles.

Es por ello por lo que no cabe delimitar el supuesto de hecho del artículo 1.473 por cortes temporales, es decir, resultando aplicable tal precepto en el lapso de tiempo que media entre la perfección del contrato y su consumación, de manera que las ventas sucesivas deben haberse perfeccionado antes de la consumación de la primera. El artículo 1.473 no determina quién *ha adquirido* sino quién es *preferido* aunque algún comprador haya consumado la adquisición por aplicación general del sistema establecido en el artículo 609 del Código Civil (35). Y el criterio de preferencia tanto en materia de bienes

(33) LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 1.º, cit., pág. 255.

(34) Vid. GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pág. 407, o FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, cit., pág. 105.

(35) En el mismo sentido, RUBIO GARRIDO, cit., pág. 51; también MARTÍNEZ SANCHIZ, «El *ius disponendi* y la doble venta de inmuebles», en *La Notaría, Boletín Informativo del Colegio de Notarios*, Barcelona, 1981, pág. 105.

muebles como inmuebles es el de la apariencia. Con independencia de quién haya adquirido, se prefiere al que haya hecho pública su adquisición, bien por la posesión, bien por la inscripción (36). «La norma en estudio —insiste GORDILLO CAÑAS— no pretende hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos seguridad del tráfico» (37). Ésta prevalece aunque sea a costa de

(36) Ya expuse *in extenso* esta idea en *Función del poder...*, pág. 343. En el mismo sentido, VELA SÁNCHEZ, cit., pág. 85.

(37) GORDILLO, *La inscripción...*, cit., pág. 186. En el mismo sentido, CASTILLO MARTÍNEZ, «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7080, quien desvincula la correcta exégesis del artículo 1.473 del Código Civil de la aplicación de los esquemas propios de la teoría del título y el modo. No obstante, a juicio de la autora citada, el artículo 1.473 no genera en su aplicación una adquisición *a non domino*, sino que excepciona el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales (art. 609 CC) cuando se trata de un supuesto de venta múltiple. Basándose la autora citada en el tenor literal del artículo 1.473 del Código Civil, que señala que la «propiedad pertenecerá», mantiene que el artículo 1.473 no establece quién será preferido, sino quién adquiere y lo hace al margen de la teoría del título y el modo: «el primero de los pretendidos adquirentes que reúna título y modo de adquirir, por ejemplo, aquel que poseyó, no llega por tal razón a convertirse en propietario del inmueble, pues de otro modo, tras la segunda transmisión, se plantearía un supuesto de adquisición *a non domino* consecuencia necesaria de la calificación del caso como venta de cosa ajena, según defienden numerosas resoluciones ya indicadas (...). Al hablar de adquisición *a non domino* en el ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil se está dando por supuesto que el primer comprador que poseyó se ha convertido en propietario y que el segundo comprador, por haber inscrito su título en el Registro, adquiere *a non domino* del vendedor que en el momento de transmitir al segundo comprador había dejado de ser propietario como consecuencia de la primera venta. Es muy dudoso que esta explicación responda a la finalidad o razón de ser que determina en su origen la redacción del artículo 1.473 del Código Civil». No comparto la opinión de la autora citada que resuelve el problema de la doble venta al margen del sistema de transmisión y al margen de toda la disciplina reguladora del Registro de la Propiedad. Afirmar que el primer comprador no adquirió aunque lo hizo de un dueño en virtud de un contrato válido y tradición, y que el segundo comprador que inscribe lo hace *a domino*, implica alterar el sistema de transmisión de la propiedad, de manera que se prolonga el iter adquisitivo a la inscripción sólo para un supuesto especial, al margen del sistema general de transmisión de los derechos reales y al margen del sistema registral que configura la inscripción como meramente declarativa. Esta postura tiene, a mi juicio, un efecto destructivo sobre el sistema. Cabría plantearse acerca de las consecuencias de dicha postura, puesto que si el segundo comprador que inscribe adquiere *a domino*, no necesita cumplir los requisitos del artículo 34 LH y dado que el artículo 1.473 del Código Civil no requiere «literalmente» la buena fe, ni adquirir de titular registral, podría suceder que un inmatriculante de mala fe sería preferido a quien compró primero cumpliendo los requisitos de título y modo. Más adecuado me parece tratar de dar una explicación coherente al artículo 1.473 del Código Civil insertándolo en el sistema de transmisión de los derechos reales y en el sistema registral. El primer adquirente que recibe la posesión e inscribe, adquiere la propiedad, pues el sistema de transmisión de los derechos reales no ha sido excepcionado. Y por ello el segundo comprador que inscribe lo hace *a non domino*, resultando su protección de la mano del artículo 1.473 del Código Civil, del artículo 34 LH o, en su caso, del artículo 32 LH cuando el que inscribe lo hace por primera vez procediendo a la inmatriculación de la finca. A pesar del tenor literal del artículo 1.473 del Código Civil, creo que tal precepto señala, al margen de quién haya adquirido con arreglo al sistema general, quien es *preferido*. Vid., más extensamente, CUENA CASAS, *Función del poder de disposición*, cit., pág. 329 y sigs.

generar una adquisición *a non domino*, lo cual puede suceder cuando la primera venta ha sido consumada. Y ello no porque la primera adquisición sea ineficaz o inoponible. Fue eficaz, el primer comprador adquirió y por eso el segundo lo hace *a non domino*. De ahí que la doble venta no sea incompatible con la venta de cosa ajena.

El TS claramente adopta esta idea en la decisiva sentencia de 7 de septiembre de 2007, señalando que el artículo 1.473 del Código Civil resulta aplicable aunque se haya consumado la primera venta, y debiendo concordarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH. Es la doctrina que unifica el TS en esta sentencia y lo que hace que, tanto partidarios como detractores, tengan un criterio al que atenerse cuando en el futuro se hable de la jurisprudencia al respecto.

5. EL REQUISITO DE LA BUENA FE

En el caso que enjuicia la sentencia, después de admitir el TS que el supuesto objeto de la litis sí constituye un caso de doble venta y que no es obstáculo a ello el que se haya consumado la primera venta, al analizar la posición jurídica del segundo comprador que inscribe, se concluye que éste no merece la protección que le brinda el artículo 34 LH por carecer de buena fe. Coincide en este punto con la sentencia de primera instancia que, efectivamente, estimó que la sociedad que fue segunda compradora carecía de buena fe dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*».

La sentencia conceptúa la buena fe que se exige en el artículo 34 LH como la «creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si quiere con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa» (Fundamento de Derecho tercero). Tal concepto viene a coincidir con el artículo 1.950 del Código Civil, ubicado en sede de usucapión ordinaria. La buena fe supone, pues, un desconocimiento de la falta de poder de disposición del transmitente, defecto que viene a subsanar precisamente el artículo 34 LH (38). Engloba el TS en un único concepto las dos vertientes positiva y negativa de la buena fe: la creencia de que el Registro es exacto o la ignorancia de que es inexacto.

Obsérvese que este concepto de buena fe que preconiza el TS y que viene a coincidir con el mantenido por la jurisprudencia anterior [SSTS de 5 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996/9046), 25 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996/8559), 25 de octubre de 1999 (*RJ* 1999/7623), 8 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/3975), 17 de febrero de 2004 (*RJ* 2004/1133), 11 de octubre de 2006 (*RJ* 2006/6693)], se justifica por la admisión previa de la doble venta y la venta de cosa ajena en el marco del artículo 1.473 del Código Civil y su conexión con el artículo 34 LH. Si se mantuviera la idea que postula la sentencia recurrida de que el artículo 1.473 del Código Civil no es aplicable cuando la primera venta ha sido ya consumada, la buena fe no podría consistir en la falta de poder de disposición del transmitente, sino en el desconocimiento de la primera venta, de manera que el segundo comprador que adquiere *a domino*, no consuma su adquisición si conoce la

(38) GORDILLO, «El principio de fe pública registral», en *ADC*, abril-junio de 2006, pág. 582.

primera venta (tesis mantenida, como ya he dicho, por PAU PEDRÓN) (39). La sentencia recurrida incurrió en una importante contradicción, pues considerando aplicable la doble venta por entender que no hubo consumación (si bien lo entiende por falta de pago del precio) y no venta de cosa ajena, considera aplicable el artículo 34 LH a favor de la segunda compradora, lo cual es un contrasentido, pues si la primera compradora no adquirió, el segundo comprador no debía ampararse en el artículo 34 LH, pues adquiriría *a domino* y la buena fe exigible no podían entonces consistir en ignorar que el *tradens* no era dueño.

Pues bien, el TS entiende que es aplicable el artículo 1.473 en conexión con el artículo 34 LH, que la segunda venta lo es de cosa ajena y que el segundo comprador no debe de ser protegido porque carece de la buena fe exigida en el artículo 34 LH, que consiste en el desconocimiento acerca del poder de disposición del transmitente. Posición, pues, absolutamente coherente, ya que el concepto de buena fe en esta sede está estrechamente vinculado con la inteligencia que se profesa del ámbito de aplicación del artículo 1.473 del Código Civil. Es así que este precepto es también aplicable a la venta de cosa ajena cuando la primera se ha consumado, y que ha de interpretarse en conexión con el artículo 34 LH, la buena fe no es el simple desconocimiento de una venta no consumada, sino de la falta de poder de disposición del *tradens*.

Con todo, la afirmación más llamativa que hace el TS a este respecto es la negación de la buena fe de la sociedad que compra en segundo lugar por conocer que la finca vendida estaba siendo poseída a título de dueño por la primera compradora. El TS deduce de los hechos probados que la segunda compradora conocía la existencia de la posesión de la finca litigiosa por la primera compradora, lo que se demuestra entre otras razones por el hecho de que en la demanda interpuesta por la segunda compradora en la que ejercita una acción reivindicatoria, se solicitó que «se procediera al desalojo de la finca que ocupa ilegalmente». Pero además, estima el TS, que siendo tan pública la posesión de la finca por la primera compradora, «si fuera cierto que la demandante, segunda compradora, desconocía que la mayor parte de la finca había sido comprada varios años antes por otra persona al mismo vendedor y esa otra persona venía poseyendo lo que había comprado, sólo a su notoria negligencia podría deberse tal desconocimiento, y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa, al faltar la buena fe exigida tanto por la letra del artículo 34 LH como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código Civil» (Fundamento de Derecho tercero).

Por lo tanto, aunque el primer comprador no haya inscrito en el Registro su adquisición, ello no significa necesariamente que el segundo comprador que inscribe tenga buena fe, pues puede haber conocido la existencia de la primera adquisición por medios ajenos al Registro de la Propiedad y, a estos efectos no cabe olvidar que la posesión sigue siendo una forma de publicidad. No basta con acudir al Registro para verificar la titularidad de la finca, sino que es preciso, llegado el caso, acudir a la finca y verificar el estado posesorio de la misma. Si tal posesión es pública, su desconocimiento por parte del segundo comprador se califica de actuación negligente.

Parece que el TS en este punto se adscribe a la tesis mantenida por algunos autores respecto de la buena fe registral, según la cual no basta que el titular registral desconozca la inexactitud del Registro respecto del poder de

(39) PAU PEDRÓN, *Doble venta de inmuebles...*, cit., pág. 575.

disposición de transmitente, sino que le es exigible un grado mínimo de diligencia en la formación de su buena fe (concepción ética). Esta exigencia de diligencia previa se evidencia en el artículo 36 LH, regulador de la usucapión *contra tabulas*, una norma en la que tiene relevancia el que el titular registral conociera «o *tuviera medios racionales y motivos suficientes* para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente» (40). Con claridad se ha dicho que «una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible» (41).

Sin embargo, no faltan autores que niegan que al tercero hipotecario se le puedan exigir, con carácter general, obligaciones derivadas de una especial diligencia, tales como visitar necesariamente el inmueble antes de adquirirlo a fin de conocer su estado posesorio. En este sentido, se ha señalado que «el funcionamiento de la institución registral, como moderna institución de seguridad jurídica, parece relegar de la exigencia de este tipo de obligaciones» (42) y que «la diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca» (43). Esto es tanto como afirmar que si el tercero conoce la carga no inscrita, tiene buena fe por haber comprobado que la misma no está inscrita. Con esta concepción, el Registro de la Propiedad se convierte en un instrumento que puede amparar actuaciones fraudulentas.

Prefiere el TS, y a mi juicio con acierto, tener en cuenta el conocimiento extrarregistral de las situaciones inmobiliarias inscribibles no inscritas. Se aparta así de una concepción rígida de la institución registral por virtud de la cual lo no inscrito no perjudicaría al tercero que adquiere amparado por lo que dice el Registro aunque verdaderamente conociera una realidad extrarregistral que, como en el caso que contempla la sentencia, viene evidenciada por el hecho posesorio. Tal concepción de la buena fe basada en la simple ignorancia, y que prescinde de la diligencia exigible al tercero que se limita a la consulta del Registro, conduce de facto a un sistema de inscripción constitutiva, pues evidencia la irrelevancia del conocimiento extrarregistral de situaciones jurídico-reales que con esta concepción carecerían de eficacia *erga omnes* (44). En nuestro sistema, lo no inscrito perjudica a tercero si lo conocía y no basta para tener esta ignorancia el que no este inscrito, sino que es preciso que el tercero haya actuado con una mínima diligencia que no se agota con la consulta del Registro, sino que se extiende a la comprobación física de la finca.

Cosa distinta es si la posesión de la cosa por persona distinta del titular registral constituye un dato suficiente como para enervar la presunción de buena fe consagrada en el artículo 34.2 LH. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO: «el artículo 448 del Código Civil sienta una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño, que, con efecto negativo, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

(40) LACRUZ-SANCHO, *Elementos...*, III.bis, cit., 1984, pág. 185. Así también, VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, t. I, Madrid, 1973, pág. 439.

(41) GORDILLO CAÑAS, *El principio...*, cit., 2006, pág. 588.

(42) JEREZ DELGADO, *Tradición y Registro*, Madrid, 2004, pág. 69. Niega también que se requiera tal diligencia al titular registral, bastando que ignore la inexactitud registral; PAU PEDRÓN, «La teoría de los principios hipotecarios», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977, pág. 66.

(43) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 459.

(44) En este sentido, GORDILLO CAÑAS, *op. últ. cit.*, pág. 590.

Esta presunción del artículo 448 del Código Civil tiene la publicidad que le da la ley. Su ignorancia no se excusa. Por eso, no puede ser catalogada como diligencia normal la del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir» (45). A pesar de la institución registral, la posesión entiendo que sigue siendo una forma de publicidad. Lo decisivo no es tanto la posesión, que puede obedecer a múltiples relaciones jurídicas, sino la publicidad del concepto posesorio.

La jurisprudencia del TS no es uniforme en este punto. Hay sentencias que dan relevancia a la posesión en concepto de dueño por persona distinta del titular registral, como son las de 14 de febrero de 2000 (*RJ* 2000/822), 8 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/3975), 9 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/3892) 7 de diciembre de 2004 (*RJ* 2004/7872) o 18 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/1683). Se señala en esta última sentencia que «la buena fe del artículo 34 LH comprende no sólo el desconocimiento de la inexactitud registral, sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia, sin que sea preciso desarrollar una especial labor investigadora, ni tabular ni extratabular» (Fundamento de Derecho séptimo). Por el contrario, niegan que tal conocimiento posesorio genere mala fe en el tercero las sentencias de 23 de enero de 1989 (*RJ* 1989/19) y 19 de octubre de 1998 (*RJ* 1998/8072).

La posesión es un indicio extrarregistral de la inexactitud del Registro y como tal debe ser tenida en cuenta. Es exigible de acuerdo con un nivel mínimo de diligencia el que el tercero acuda a comprobar el estado físico de la finca. La propia Ley Hipotecaria parece partir de esta premisa al considerar que no son inscribibles las servidumbres aparentes, que, en expresión ya clásica y sumamente gráfica, no necesitan una publicidad especial para que *hieran los sentidos*. Una vez comprobado tal deber, ni siquiera es necesario un nuevo paso adelante para tener que admitir la relevancia de la posesión en concepto de dueño como dato que, al manifestar una situación inmobiliaria contraria a la que el Registro publica, tendrá que alertar a quien pretende suceder en ella al titular inscrito (46). El Registro de la Propiedad es un instrumento poderoso de prueba de la titularidad de los bienes, necesario sin duda para la seguridad del tráfico jurídico, pero una concepción rígida del mismo no puede llevar a prescindir de otros medios de prueba que sean suficientes para destruir tal presunción de titularidad. La posesión en concepto de dueño sigue siendo una forma de publicidad que no cabe desdeñar de cara a la diligencia mínima para la buena fe del titular registral.

Este es, en definitiva, el criterio que sustenta la fundamental sentencia de 7 de septiembre de 2007, que deduce la mala fe, por parte de la sociedad que compró en segundo lugar, del probado conocimiento de la posesión en concepto de dueño de la primera compradora, de la celeridad con la que la segunda compradora procedió a la inscripción y se apresuró a demandar a la primera compradora, del hecho de que la finca litigiosa se encontraba segregada por un cierre metálico, formando una sola finca perfectamente diferenciada del resto de las fincas anejas, cierre que era un signo de posesión elocuente. Todos estos datos evidencian la mala fe del segundo comprador. Como en el resto de consideraciones que se hacen, hay que aplaudir la doctrina sentada en esta sentencia.

(45) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, cit., pág. 443.

(46) GORDILLO CAÑAS, *El principio...*, cit., 2006, pág. 611.

6. LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA PLENARIA SOBRE LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR

Interesa de manera muy especial conocer si la doctrina jurisprudencial se ha consolidado. Desde luego, hay que partir de que la sentencia de 7 de septiembre de 2007, en lo que tiene de unificación de criterios por su carácter plenario, debe ser complementada con la de 5 de marzo del mismo año, una sentencia también plenaria, la redacción de cuya ponencia recayó igualmente sobre el Excmo. Señor don Francisco MARÍN CASTÁN.

En este caso, el hecho litigioso es el de una primera transmisión llevada a cabo por titular registral en virtud de una dación en pago celebrada en 1994, y una segunda que era consecuencia de un embargo trabado sobre la finca en cuestión. Sucedió que la escritura de la mencionada dación en pago fue presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción, pero ésta fue denegada por la concurrencia de defectos subsanables. Con posterioridad, y como consecuencia de un expediente administrativo de apremio, la Agencia Tributaria vendió la finca en representación del deudor en 1997, quedando debidamente inscrita la venta en favor de ese segundo comprador pocos meses después. Cuando el primer adquirente, una vez subsanados los defectos de su título, volvió a intentar la inscripción, la misma fue denegada por la previa inscripción a favor del segundo adquirente, adjudicatario en la venta judicial.

Y como era de esperar, el primer comprador solicitó la nulidad de la segunda venta, una pretensión que no encontró éxito en primera instancia, pues el Juzgado declaró que la adquisición del segundo comprador se encontraba amparada por el artículo 34 LH. Sin embargo, interpuesto recurso de apelación, la Audiencia prefirió decir que la segunda venta era nula por inexistencia de objeto, con lo cual no resultaba de aplicación el artículo 34 sino el 33: el comprador no gozaba de la protección dispensada al tercer hipotecario por ser él mismo parte en el negocio nulo, no pudiendo entonces pretender que los vicios de su título quedaran purificados por la inscripción.

La magnífica y muy celebrada sentencia de 5 de marzo de 2007, que por fortuna casó la sentencia recurrida, sentó importantísimas bases para una decidida toma de posición acerca de cómo debe entenderse el principio de fe pública registral. Por lo pronto, declara válida la venta de cosa ajena. Y como corolario, no existe razón para negar la misma validez al embargo de finca que ya no pertenece al deudor embargado por haberla vendido con anterioridad y que, sin que el comprador haya inscrito su título, es adjudicada como consecuencia del embargo a un nuevo comprador de buena fe. «La doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que procede dejar sentada, comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones *a non domino*, precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente». «(...) si se produce una venta, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión (por venta o embargo) que si se

inscribe —venta de cosa ajena— se da lugar a una adquisición *a non domino* por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero».

Aspectos pues medulares de nuestro Derecho patrimonial que quedan por fin aclarados con estas dos sentencias de unificación de doctrina de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007. No sorprende que don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores, señalase con respecto a las mismas que cuando «fueron recibidas y leídas en esta casa de los registradores, hicieron crujir de satisfacción sus cimientos, sus muros y su cubierta. Al fin el Tribunal Supremo español pronuncia la palabra definitiva, señera y esperada sobre los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, que, en definitiva, son la razón de ser del trabajo de miles de registradores que se han sucedido en nuestro Cuerpo desde su aparición en 1861 hasta nuestros días» (47).

Pero una vez expuesto el alcance de la doctrina sentada en estas importantes sentencias de unificación, procede plantearse si efectivamente han cumplido su objetivo de sentar un criterio sólido respecto de las materias afectadas, en definitiva, si se está respetando en sentencias posteriores.

El Tribunal Supremo volvió sobre el particular en la sentencia de 5 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/5502). Se trató también de un caso de doble venta de un piso en el que la primera compradora había instalado en él su domicilio familiar, pero no procedió a inscribir su escritura de compraventa. Cuando la Tesorería General de la Seguridad Social inició expediente de apremio contra el que fuera vendedor, trabó embargo sobre el piso que ya había sido vendido, pero del que aquél continuaba siendo su titular registral. Celebrada la subasta pública, el piso fue adjudicado a un segundo comprador que procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Los herederos y herencia yacente de la vendedora ejercitaron una acción declarativa de dominio y de nulidad de la segunda venta resultado del embargo instado por la Tesorería General de la Seguridad Social, siendo desestimatoria la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Esta fue revocada por la Audiencia Provincial, que compartía la, a mi juicio, muy equivocada tesis de que quien vende careciendo de poder de disposición sobre el objeto celebra una venta «inexistente frente al verdadero dueño del mismo». Con base en semejante argumentación, la Audiencia Provincial afirmaba el dominio a favor de los herederos de la primera compradora y declaraba nula la segunda venta judicial, ordenando la cancelación de su inscripción registral, pues si el contrato era nulo, ese segundo comprador que inscribió no estaba protegido por el artículo 34 LH, sino que el supuesto era subsumible en el artículo 33 LH (48). El Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida, declaró que en ningún caso la venta de cosa ajena se puede tildar de inexistente por falta de objeto («el objeto que existe es el piso»), insistió en que «la falta de poder de disposición puede dar lugar a la adquisición *a non domino* en virtud del artículo 464 del Código Civil y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria», y concluye apoyándose en la sentencia de 5 de marzo de 2007 para declarar que el dominio habría de corresponder al segundo comprador.

(47) Discurso pronunciado por don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores, en la presentación del libro «Comentarios a las sentencias de Unificación de doctrina», dirigido por el profesor YZQUIERDO TOLSADA.

(48) Sobre el alcance del artículo 33 LH y su relación con el principio de fe pública registral, vid. CUENA CASAS, *Función del poder de disposición...*, cit., pág. 315 y sigs.

Hay que hacer notar que en esta sentencia de 5 de mayo de 2008, tratándose de un caso de doble venta, el Tribunal Supremo lo resuelve con base en la aplicación del principio de fe pública registral —a mi juicio correctamente—, pero no vincula el artículo 1.473 del Código Civil con tal principio. Es más, parece excluir el supuesto objeto de la litis del ámbito del artículo 1.473 del Código Civil, entendiendo que se trata de un caso de venta de cosa ajena, pero no de doble venta. Así, se señala en el Fundamento de Derecho segundo en el cual se separan ambas figuras, que «la doble venta se da en el supuesto de que la misma cosa sea vendida por su dueño a distintos compradores, pero ninguno de ellos ha llegado a adquirir la propiedad; si uno de ellos la adquiere, se planteará el caso de venta de cosa ajena. Así, el artículo 1.473 del Código Civil soluciona quien deberá ser el adquirente, si se ha vendido la cosa a varias personas y todavía ninguna de ellas la ha adquirido». Se sigue insistiendo en una distinción que, como he señalado a lo largo de estas páginas, a mi juicio es inexistente: venta de cosa ajena y doble venta, en la medida que una doble venta puede desembocar en una venta de cosa ajena, sin que ello suponga que el supuesto deje de ser conceptuado como «doble venta». Por lo tanto, el resultado correcto de proteger al segundo comprador con base en el artículo 34 LH constituye también una consecuencia de la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, precepto que debe vincularse con las adquisiciones *a non domino*. En definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de mayo de 2008, supone una confirmación de la de 5 de marzo de 2007, de unificación de doctrina en materia de principio de fe pública registral pero, a mi juicio, no se puede afirmar que refleje claramente y en su totalidad la doctrina de la sentencia de 7 de septiembre de 2007, en materia de doble venta, pues en ésta se suprime la distinción conceptual de la venta de cosa ajena del supuesto de doble venta, y en la sentencia de 5 de mayo de 2008 parece seguir manteniéndose tal distinción.

Muy parecidamente, la sentencia de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2008/6933) resolvió también un caso de doble venta en el que el primer comprador por escritura pública no procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. La apariencia tabular a favor de la vendedora provocó que el inmueble fuera objeto de embargo y posterior adjudicación en pública subasta a favor de la segunda compradora que inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. El primer comprador demandó a la sociedad adjudicataria del inmueble en aquel procedimiento de apremio, la cual se opuso a las pretensiones del actor invocando su condición de tercero hipotecario. La pretensión del demandante fue estimada en ambas instancias declarando que el primer comprador era el propietario del inmueble litigioso. Se interpuso recurso de casación por vulneración de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Obsérvese que no se alega como precepto infringido el artículo 1.473 del Código Civil. El Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia con invocación explícita de la doctrina plenaria de 2007, en particular, con base en la sentencia de 5 de marzo de 2007. La venta de cosa ajena o, más bien, el embargo de cosa ajena no es nulo por falta de objeto y el adquirente adquiere en virtud de un título válido (razón por la cual no cabe subsumir el supuesto en el art. 33 LH) y la falta de poder de disposición del transmitente es lo que precisamente viene a ser subsanado por el principio de fe pública registral. Doctrina impecable con la que estoy absolutamente de acuerdo y que confirma la unificación que en este terreno ha llevado a cabo el Tribunal Supremo.

Donde sí se hace una explícita aplicación de la doctrina sustentada en las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, es en la sentencia del

Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009/532). Se trataba de un caso de venta múltiple de tres fincas. La propietaria de las fincas (Platensa de Tenerife, S. A., en adelante Platensa) vende en febrero de 1991 dichas fincas a Llobet de Fortuny, S. A. (en adelante Llobet). En el momento de la venta, tales fincas no estaban inscritas a nombre de la sociedad vendedora, quien las inscribe en el Registro de la Propiedad en el mes de noviembre de 1991. Es decir, Platensa inscribe las fincas nueve meses después de haberlas vendido. Cabría pensar que procede a llevar a cabo tal inscripción a los efectos de reanudar un tracto sucesivo que posibilitara la inscripción a favor de la entidad compradora (Llobet). Lo cierto es que la empresa compradora no procedió a inscribir su derecho inmediatamente después, sino que presentó a inscripción su escritura de compraventa el 20 de agosto de 1996 después de que el 8 de agosto Llobet las hubiese ya vendido a la sociedad Congelados Herbania, S. A. De nuevo, Llobet, al igual que hiciera Platensa, pretende inscribir su derecho después de haberlo vendido a otro.

El 27 de julio de 1994, fecha en la que las fincas están en el Registro de la Propiedad a nombre de Platensa, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria decreta embargo sobre las mismas, en un proceso de ejecución dirigido contra Platensa. El mandamiento de embargo se inscribió en febrero de 1995. El 11 de marzo de 1996 se adjudican las fincas embargadas a Ramón, Francisco y su esposa María Virtudes quienes inscribieron su título en 1997. Entretanto, se desestimó la inscripción instada por Llobet (de su escritura de venta con Platensa) y por Congelados (de su escritura de compraventa celebrada con Llobet).

En definitiva, de nuevo, la negligencia del primer comprador que no inscribe, posibilita una venta judicial consecuencia de un embargo trabado contra un deudor que había dejado de ser dueño por haber enajenado antes los inmuebles afectados. Por otro lado, hay que destacar la conducta de Congelados Herbania, S. A.: compra tres fincas el 8 de agosto de 1996, las cuales en tal fecha aparecían en el Registro a nombre de persona distinta de su vendedor (pues estaban a nombre de Platensa) y además sobre las mismas pesaba una anotación de embargo desde febrero de 1995. La actuación fue temeraria y francamente torpe, a pesar de que estaban comprando a quien era legítimo propietario, pero no titular registral.

La demanda es entablada por Llobet contra Platensa, la Agencia Tributaria, don Ramón, don Francisco y doña María, que eran los adjudicatarios en pública subasta, pidiendo la nulidad del embargo trabado por la Administración Tributaria y la validez de la compraventa que a su favor llevó a cabo Platensa. A su vez, Congelados inicia otro procedimiento contra Llobet, Platensa, la Agencia Tributaria, Ramón, Francisco y María, demanda que fue acumulada a la anterior. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara que la propiedad de las fincas pertenece a don Ramón, don Francisco y doña María, por tener la condición de terceros hipotecarios amparados por la fe pública registral. Se condena a Llobet a indemnizar a Congelados por los daños y perjuicios sufridos.

Llobet recurrió la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso procediendo entonces el recurrente a interponer un recurso de casación en el que se alegaba que la Sala sentenciadora no ha aplicado la doctrina referente a la doble venta. Se considera que la venta entre Platensa y Llobet es una venta válida y consumada, seguida varios años después de una compraventa de cosa ajena inexistente por falta de objeto, consecuencia de un embargo de cosa ajena que provoca la adquisición a favor de los adjudicatarios,

Francisco, María y Ramón. Asimismo, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 34 LH e inaplicación del artículo 33 LH. Sostiene el recurrente que la fe pública registral no desempeña una función sanatoria del acto que se inscribe por cuanto si es inexistente o ineficaz por falta de objeto, dichos defectos no pueden ser subsanados por haber accedido al registro tal y como establece el artículo 33 LH.

Alega pues el recurrente la doctrina del Tribunal Supremo que las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 han pretendido desterrar. Pues bien, en la sentencia de 18 de diciembre de 2008, que resuelve el caso descrito, el Tribunal Supremo confirma plenamente la doctrina sustentada en dichas sentencias: la venta de cosa ajena es válida y la falta de poder de disposición del transmitente es precisamente lo que viene a subsanar el principio de fe pública registral, no entrando el supuesto objeto de la litis en el ámbito del artículo 33 LH. Se conecta el artículo 1.473 del Código Civil con las normas de adquisición *a non domino* en cuanto no cabe excluir su aplicación cuando la primera venta ha sido consumada (argumentación mantenida por el recurrente). También asume de manera expresa la doctrina sustentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007, la de 8 de octubre de 2008 (RJ 2008/5778), referida al alcance del artículo 34 LH, precepto que viene a subsanar la falta de poder de disposición del transmitente sobre la base de un contrato válido de compraventa de cosa ajena.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009/1635) también se confirma la doctrina sustentada por las sentencias de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, con expresa cita de las mismas. Se trataba de una venta de cosa ajena en la que se impugnó el derecho del vendedor por consecuencia de la nulidad de la subasta y auto de ejecución de bienes que constituía su título de adquisición. Sin embargo, con anterioridad a la declaración de nulidad de tal título adquisitivo, el adjudicatario había procedido a la enajenación de las fincas afectadas a un adquirente de buena fe que procedió a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo declaró que la nulidad de la subasta y del auto de adjudicación no alcanzaba a la transmisión del adjudicatario al tercero. La sentencia de la Audiencia anuló la adquisición del tercero. De nuevo, se declaró nula la venta de cosa ajena lo que condujo inexorablemente a la aplicación del artículo 33 LH que priva de protección a adquirente tabular. Consideró el Tribunal Supremo que «la declaración de nulidad de un negocio jurídico transmisivo conlleva la nulidad de la adquisición por razón del mismo, pero si hay una nueva transmisión a un tercero, ajeno a aquel negocio declarado nulo, este tercero es tercero hipotecario, siempre que reúna los presupuestos que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que proclama el principio de fe pública registral. Precisamente esta norma protege al tercero respecto a la titularidad registral de su transmitente, aunque esta sea declarada nula; en otras palabras, dicho principio ampara una adquisición *a non domino*, sea el titular registral no propietario por la razón que fuere, sea su titularidad declarada nula, también por la razón que sea; es decir, se mantiene la adquisición por el tercero pese a que el titular registral carecía de poder de disposición sobre la finca transmitida, por no ser realmente titular material; la fe pública registral salva el derecho de titularidad del transmitente, que es titular registral, y protege al tercero, que es tercero hipotecario (Fundamento de Derecho segundo)».

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2009 (RJ 759/2009) se resuelve un supuesto de doble venta en el que la primera venta no

fue consumada por la entrega. La vendedora antes de consumir el primer contrato, procede a efectuar una segunda venta a favor del segundo comprador que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia consideró que la primera venta era válida y nula la segunda. A la misma conclusión llegó la sentencia de la Audiencia, matizando que la nulidad de la segunda venta se circunscribe «no al título sino al modo o entrega de la cosa». Hay que tener en cuenta que los hechos objeto de la litis, el segundo comprador compra *a domino*, dado que la primera venta no se había consumado. Es claro que a pesar de ello, se trataba de un supuesto claramente subsumible en el artículo 1.473 del Código Civil, debiendo ser preferido el segundo comprador que inscribe, si bien, a pesar de que textualmente no lo exija el precepto citado, debe haber ignorado la venta anterior. Bien entendido que si esta buena fe tiene lugar, no cabe decir que el segundo comprador adquiera con base en el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, dado que adquiere *a domino*. Pues bien, el Tribunal Supremo da preferencia al primer comprador, dado que se considera probado que el segundo comprador tenía mala fe, pues tenía conocimiento del artículo 1.473 del Código Civil. La sociedad recurrente alegaba la infracción del artículo 34 LH por entender que éste no resulta aplicable cuando la primera compradora no llega a adquirir por no haber tenido lugar la tradición real o ficticia. El Tribunal Supremo no exige buena fe porque resulte de aplicación el principio de fe pública registral, sino porque la jurisprudencia viene exigiendo la misma aun cuando el segundo comprador que inscribe adquiera *a domino*. Más discutible es la afirmación del Tribunal Supremo cuando señala que precisamente porque la primera venta no se consumó se da un caso de doble venta que contempla el artículo 1.473: «si se hubiera producido la tradición, la segunda venta al segundo comprador hubiera sido una venta de cosa ajena, en la que hubiera faltado el presupuesto de la buena fe, básico para la aplicación del artículo 34 LH (Fundamento de Derecho tercero)». Al margen de que la solución finalmente adoptada por el Tribunal Supremo fuera la acertada, creo que la afirmación citada es contradictoria con la doctrina sustentada por la sentencia de 7 de septiembre de 2007 que no excluye a la venta de cosa ajena del ámbito del artículo 1.473 del Código Civil. Decir que estamos ante un caso de doble venta precisamente porque la primera venta no se consumó, pues de haberse producido la entrega estaríamos ante un caso de venta de cosa ajena y no de doble venta, supone resucitar la doctrina que la sentencia de 7 de septiembre de 2007 ha pretendido desterrar.

Recapitulando, podemos decir que, salvo alguna excepción, la trascendental doctrina en torno al artículo 1.473 del Código Civil y 34 LH se está manteniendo por el Tribunal Supremo y también por las Audiencias Provinciales [vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 27 de enero de 2009 (*JUR* 2009/276683), sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 22 de febrero de 2008 (*AC* 2008/1863), sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/339874), y sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, de 4 de enero de 2010 (*JUR* 2010/75013)].

7. LA CONTRADICTORIA DOCTRINA RESPECTO A LA VENTA DE COSA COMÚN

Es llamativo que la doctrina plenaria, que predica sin ningún género de dudas la validez de la venta de cosa ajena celebrada con el segundo comprador

(supuesto es justo el que se da cada vez que la primera venta se ha consumado, habiéndose transmitido entonces la propiedad al primer comprador), no termine de arrojar todas las muchas consecuencias que estaba llamada a tener en buena lógica. Y es que la sentencia de 23 de junio de 2009 (*RJ* 2009/4233) (49) se nos presenta como nota auténticamente discordante y contradictoria.

Se trataba de un caso de venta de una finca en la que no intervenían como vendedores todos los comuneros. Ciertamente, si en Derecho español es válida la venta de cosa ajena, todo invita a pensar que, con mucha mayor razón, válida ha de ser la venta de cosa parcialmente propia y parcialmente ajena (venta efectuada por el cónyuge viudo de los bienes gananciales, antes de liquidación de la sociedad conyugal; o la venta aislada por el coheredero de bienes hereditarios, pendiente la partición de la herencia; o finalmente, la venta por un copropietario en el condominio ordinario), y que cuando el artículo 397 del Código Civil establece la regla de la unanimidad para llevar a cabo alteraciones en la cosa común, si el precepto ha de aplicarse para los actos de disposición, será porque éstos no son válidos cuando falta el consentimiento de alguno de los comuneros. Pero no son válidos como tales actos dispositivos, *sin que ello signifique que no lo sean en cuanto títulos que preparan la disposición*. Para transmitir es preciso que concurren todos los comuneros. Se parte del error de no asumir las consecuencias que nacen de un principio fundamental: vender no es enajenar, regla que deriva del artículo 609 del Código Civil. De la misma manera que la venta de cosa ajena no logra transmitir la propiedad (pero no porque la misma no sea válida en cuanto título, sino porque, al faltar el poder de disposición, no puede operar la tradición como modo de adquirir), se debería entender que a la venta de cosa común por comunero aislado le sucede exactamente lo mismo. Hay venta, pues, pero no transmisión (50).

Sin embargo, erróneamente a mi juicio, se ha mantenido que la venta de cosa común por un comunero aislado es nula por faltar la unanimidad (51) que el artículo citado requiere (arts. 397 y 6.3.º del Código Civil) (52).

(49) Vid. el comentario a esta sentencia que lleva a cabo ALONSO PÉREZ, T., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, pág. 537 y sigs.

(50) Más correcta es la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de enero de 1994 (*RJ* 1994/642), cuando señala que si falta el consentimiento de los demás comuneros ello determina la «nulidad» de la venta «para producir con la tradición la transmisión del dominio». Es decir, lo que es nulo es la transmisión y no la venta, y ello porque «vender no es enajenar». La naturaleza obligacional del contrato de compraventa justifica este resultado.

(51) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954, pág. 279; ALBALADEJO, *Derecho Civil, III*, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 405; DELGADO ECHEVARRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil, III*, vol. 2.º, Barcelona, 1991, pág. 477; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954, pág. 397. Así lo viene entendiendo también la jurisprudencia: En contra, MIQUEL, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Albaladejo, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 384, y también en «Comentario a la sentencia de 5 de mayo de 1983», en *CCJC*, núm. 3, 1983, pág. 727; MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», en *Revista del Notariado*, abril-junio de 1992, pág. 172.

(52) Sentencias de 11 de febrero de 1952 (*RJ* 1952/283), 9 de febrero de 1954 (*RJ* 1954/332), 10 de octubre de 1956 (*RJ* 1956/3184), 8 de abril de 1965 (*RJ* 1965/2150), 25 de abril de 1970 (*RJ* 1970/2044), 14 de diciembre de 1973 (*RJ* 1973/4780), 4 de enero de 1965 (*RJ* 1965/152), 23 de junio de 1976 (*RJ* 1976/2920), 14 de marzo de 1983 (*RJ* 1983/1475), 29 de abril de 1986 (*RJ* 1986/2065), 16 de mayo de 1991 (*RJ* 1991/3704), 25 de septiembre de 1995 (*RJ* 1995/6670), 6 de octubre de 1997 (*RJ* 1997/7356), 30 de junio de

No parece que, para resolver el problema de la validez de la venta de cosa común por un solo comunero, sea necesario recurrir a la polémica acerca del ámbito de aplicación del artículo 397 del Código Civil; es decir, a si este precepto es aplicable o no a los actos de disposición jurídica (53). La solución al problema planteado, a mi juicio, es independiente de la posición que se adopte sobre este particular, y ello porque aun cuando se admita que los actos de disposición jurídica requieren la unanimidad establecida en el artículo 397 del Código Civil, la venta es un negocio de obligación y no de disposición (54). La naturaleza obligacional de la compraventa posibilita la validez de la venta de cosa ajena y *a fortiori* la de cosa común (55).

Las sentencias que declaran nula la venta de cosa común atribuyen a la venta efectos que la misma no puede producir en virtud de lo dispuesto en el

1993 (*RJ* 1993/5358), 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/6446) y 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001/9689), 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008/5684).

(53) Así lo hace MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, cit., pág. 175: «Si consideramos que los actos de disposición jurídica son distintos de las alteraciones materiales contempladas en el artículo 397 del Código, la venta de comunero aislado no está en contradicción con dicho precepto y no es procedente hablar de su nulidad radical y absoluta por contravenir una norma prohibitiva». Este autor está tratando a la venta como acto de disposición jurídica. A su juicio, aun cuando se entiendan incluidos en el artículo 397 del Código Civil, los actos de disposición jurídica, la sanción no debe ser la nulidad absoluta y acude para ello a la analogía con el artículo 597 del Código Civil referido a la constitución de servidumbre por un comunero aislado. En mi opinión, como he señalado en el texto, la solución al problema planteado se encuentra en la naturaleza obligacional del contrato de compraventa. Sobre este particular, vid. ESTRUCH ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998, pág. 229 y sigs.

(54) Como señala GARCÍA VALDECASAS, «La comunidad hereditaria», en *AAMN*, t. VII, Madrid, 1953, pág. 265, «cualquier coheredero puede obligarse respecto de un objeto hereditario singular en todo o en parte, ya que tal cosa no implica disposición. Si el coheredero no obtiene la propiedad exclusiva del objeto respecto del cual se obligó, el cumplimiento de la obligación será imposible (...)». Por supuesto, admitir la validez de la venta de cosa ajena y de la cosa común por un comunero aislado en ningún caso significa admitir la eficacia traslativa de la venta, pues el contrato, aunque versara sobre cosa propia, no es acto dispositivo. Plantea la cuestión en estos términos ALONSO PÉREZ, T., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2009», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, pág. 529. El contrato de venta de cosa ajena válido, unido a la transmisión de la posesión, no provoca la transmisión del dominio (*nemo dat quod non habet*), artículo 1.160 del Código Civil, sino que el comprador ostentará una posesión civil que, junto al justo título válido y el transcurso del tiempo, le permitirá consumir una adquisición por otro modo de adquirir que es la usucapión. E incluso si se dan los requisitos del artículo 34 LH se provocará una adquisición *a non domino* que requiere como presupuesto un contrato válido. Por ello considero que la validez de la venta de cosa ajena es una exigencia de sistema. Vid. mi trabajo, «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», en *Revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 2008. <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lo-del/document.php?id=572>. Ahora bien, es preciso distinguir la venta de la totalidad de un bien por un comunero aislado, de la venta de una cuota indivisa sobre el mismo. Este último supuesto es factible en el terreno traslativo (art. 399 CC).

(55) En este sentido, como advierte RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, pág. 83: «la compraventa no transmite por sí misma la propiedad de la cosa común, sólo puede producir efectos (obligacionales) entre las partes. De ahí que, en puridad, difícilmente pueda el contrato “alterar” el derecho que corresponda al verdadero propietario de la misma».

artículo 609.2.º del Código Civil, confundiendo venta y transmisión (56) como si el sistema vigente en nuestro Código Civil fuera el consensual francés. A mi entender, el artículo 397 del Código Civil viene simplemente a consagrar de nuevo (y siempre que se entienda que entra en su ámbito de aplicación los actos de disposición jurídica), la regla *nemo dat quod non habet*. Dado que la cosa es común, será necesario el consentimiento de todos los comuneros para la validez del acto dispositivo. Por ello, su ámbito de aplicación son los actos de disposición, y la venta en nuestro sistema no tiene esta naturaleza (57). Predicar la nulidad de la venta de cosa común por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil implica considerar a la venta como acto de disposición, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 609.2.º del Código Civil.

Tampoco parece correcto estimar nula la venta de cosa común por un comunero aislado por falta de consentimiento de los demás comuneros (art. 1261.1.º CC) (58). En este sentido y, como ha puesto de relieve MIQUEL, «es evidente que el consentimiento al que se refiere el artículo 1.261 del Código Civil es el de las partes contratantes. Es muy claro que para asumir obligaciones contractuales no hace falta una específica titularidad, como sí hace

(56) MIQUEL, J. M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ-ALABART, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1982. pág. 397.

(57) En este sentido, señala LARRONDO LIZÁRRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, pág. 619, que «la validez del acto dispositivo no unánime se logra merced al mecanismo de la venta obligacional. El objeto de ésta no es un *dare*, sino un *facere*, que consiste en una obligación de adquisición de la propiedad por el disponente, a fin de verificar la entrega en favor del otro contratante. La venta de un bien herencial indiviso por un coheredero ha de calificarse como venta de cosa ajena, que en sí es válida como justo título para la usucapión ordinaria y produce efectos obligacionales entre las partes —tales como la responsabilidad por incumplimiento y saneamiento por evicción— aunque no provoque inmediatamente un efecto traslativo». Sin embargo, a mi juicio, la naturaleza obligacional de la compraventa permite mantener su validez, pero no la del acto dispositivo. Precisamente la venta realizada por un comunero aislado es válida por carecer de naturaleza dispositiva. Afirmar que la venta es válida no implica sostener que el acto dispositivo también lo sea. Este autor, queriendo justificar la validez de la venta, se refiere constantemente a lo largo de su trabajo de validez del acto dispositivo. Defecto terminológico que se aprecia también en el trabajo de MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, cit. pág. 187.

(58) Así, la *sentencia de 29 de abril 1986* (RJ 1986/2065) en la que se declara que «no ofrece duda racional alguna para proclamar que las convenciones cuya nulidad se postula en la demanda inicial de estas actuaciones no estaban adornadas de los requisitos que el artículo 1.261 de nuestro Código exige para la existencia del contrato, habida cuenta de que el condómino vendedor no podía prestar el consentimiento para la enajenación de pleno dominio de unos inmuebles de los que sólo corresponde participaciones indivisas». Asimismo en la *sentencia de 8 de noviembre de 1983* (RJ 1983/6067) ante una venta de cosa común (se venden dos pisos de un edificio común) se encuadra la cuestión en el artículo 1261.1.º del Código Civil, señalando que «si todo negocio de disposición precisa como esencial presupuesto el poder jurídico de disponer sobre la cosa o el derecho transmitido, carecerá de eficacia frente al titular exclusivo o el cotitular la enajenación realizada por quien carece de poder de disposición, pues ya se entienda que se trata de una comunidad o se califique a la situación de sociedad particular informal, los artículos 397 y 1.695, regla 4.ª, del Código Civil, impedirían a dos de los condueños o socios proceder a la venta de los pisos sin recabar la intervención o la anuencia del tercero, por lo cual los negocios celebrados no vinculan a éste, pues con relación a los actos dispositivos no rige el principio de la mayoría (Considerando tercero)».

falta para ser transmitente» (59). Efectivamente, el artículo 1261.1.º del Código Civil requiere que las partes contratantes presten su consentimiento en obligarse (art. 1.457 CC). El consentimiento de los demás comuneros será necesario para la realización del acto de disposición, siendo para ellos irrelevante el contrato celebrado por el comunero vendedor y el comprador en virtud del principio *res inter alios acta* (art. 1.257 CC). Sostener lo contrario implica, una vez más, confundir venta y transmisión, en definitiva, dotar a la venta de naturaleza dispositiva. Cosa distinta es que el comunero vendedor no actúe en nombre propio sino atribuyéndose la representación de los demás, supuesto que queda fuera de la problemática de la venta de cosa ajena y donde sí existe un problema de consentimiento y no de carencia de poder de disposición y que se resuelve conforme lo dispuesto en el artículo 1.259 del Código Civil (60). Esta delimitación de supuestos aparece claramente reflejada en la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008/5684).

Afortunadamente no han faltado sentencias favorables a la validez de la venta de cosa común a la que se considera como una modalidad de la venta de cosa ajena (61). En este sentido hay que destacar, por lo acertado de su doctrina y por la claridad de su exposición, la sentencia de 27 de mayo de 1982 (RJ 1982/2605) (62), que aplica a la venta de cosa común la doctrina general de la validez de la venta de cosa ajena:

(59) MIQUEL, J. M., «Comentarios...», *op. cit.*, pág. 397; MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa común por un comunero aislado*, cit., pág. 167; LARRONDO LIZÁRRAGA, *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, cit., pág. 558.

(60) Así sucedió en los hechos que enjuicia la *sentencia de 23 de junio 1976* (RJ 1976/2920). La viuda (usufructuaria) por sí y en representación de uno de sus hijos que no ostentaba, y sus otros dos hijos vendieron una finca de la que los tres hijos eran nudos propietarios. El comprador demanda la elevación a escritura pública de dicho contrato. El TS declara nulo el contrato de compraventa por contravenir lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil (Considerando cuarto). En este supuesto, la madre se atribuye la representación de uno de sus hijos sin ostentarla, por lo que, a mi juicio, debiera haber sido reconducida la solución al artículo 1.259 del Código Civil. A los distintos efectos que produce la venta aquejada de falta de poder de representación (venta en nombre de otro) y la venta en nombre propio de cosa ajena, se refiere la *sentencia de 14 de octubre de 1991* (RJ 1991/6921). Por su parte, señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pág. 190, que «cuando se vende la cosa común no y no se especifica que el resto de los copropietarios quedan al margen, hay una intención implícita de comprometerlos (algo parecido a lo que ocurre con el *falsus procurator*)». Ahora bien, esta afirmación deberá ser demostrada en cada caso concreto y no cabe generalizarla a todos los supuestos de venta de cosa común. Resulta esencial para determinar su tratamiento si el comunero vende o no la cosa común en nombre propio o también en nombre de los demás comuneros. Si vende la cosa común en nombre propio, falta el poder de disposición y el contrato es válido resultando ineficaz la tradición. Si, por el contrario, contrata también en nombre de los demás comuneros, falta la legitimación para contratar.

(61) Así, las sentencias de 19 de enero de 1965 (RJ 1965/152), 5 de febrero de 1968 (RJ 1968/732), 28 de mayo de 1986 (RJ 1986/2832), 14 de octubre de 1991 (RJ 1991/6921), 11 de mayo de 1992 (RJ 1992/3896), 26 de febrero de 2008 (RJ 2008/2819) y 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/266).

(62) Los hechos que enjuicia esta sentencia son los siguientes: la demandada vendió, con la asistencia de su marido, ocho fincas pertenecientes a una comunidad hereditaria derivada de la herencia de sus padres. La vendedora declaró que las fincas eran de su exclusiva propiedad. En la compraventa se pactó un precio que no fue totalmente

«En los supuestos de venta de cosa ajena, lo que supone vender como propios bienes que pertenecen a una comunidad hereditaria de la que forma parte el transmitente, cuya validez proclamaban Las Partidas (P. 5.5.19), admitió el Fuero Juzgo y negó el Fuero Real, que en rigor era la regla vigente al promulgarse el Código Civil, tiene solución afirmativa en éste, pues si ciertamente no contiene precepto alguno que declare válida la venta de cosa ajena, no obstante, cabe admitirla, debido a que dicho ordenamiento jurídico en vigor construye fundamentalmente el contrato de compraventa bajo el patrón del Derecho romano, como lo revelan los artículos 1.445, 1.450 y 1.461 y las específicas normas referentes a la evicción contenidas en los artículos 1.474, 1.475, 1.476, 1.477, 1.480 y 1.502, determinante todo ello de que, siguiendo sustancialmente el sistema romano sobre compraventa, en que ésta es sólo generadora de obligaciones, de modo que el vendedor contrae únicamente la obligación de proporcionar una cosa al comprador, sin que ningún precepto obligue al primero a que sea propietario de la cosa vendida, puesto que este extremo es indiferente, de momento, para la eficacia de la compraventa en sí, de tal manera que si el vendedor es dueño, la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no, lo es todo el poder y posesión que el tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador puede producirse usucapión a favor de éste, y si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y éste, antes de consumarse la usucapión, es reivindicada por el verdadero dueño, entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador (Considerando segundo)».

«Que la solución acogida en el precedente es consecuencia de que, por esta orientación del Derecho romano, la compraventa en el Código Civil español es meramente una relación jurídica obligacional, de modo que el vendedor exclusivamente está obligado directamente a la entrega y, en su caso, al saneamiento en caso de evicción, porque el legislador estima que aunque nadie puede transmitir lo que no tiene (nemo dat quod non habet), nada impide que el vendedor se obligue a entregar más tarde una cosa que al tiempo del contrato era de otro, lo que es consecuencia del negocio meramente obligatorio que supone la venta romana, inspiradora del citado Código Civil español, significativo de un sistema en que la compraventa es un simple contrato generador de obligaciones, o sea, en el que la emptio venditio no puede engendrar otra cosa que la obligatio, a diferencia del negocio transitorio o de disposición, en que su objeto inmediato o directo es la cosa transmitida o de que se hace disposición, con la consecuencia de que en la venditio rei alienae en el sistema adaptado al Derecho romano, seguido por nuestro precipitado ordenamiento jurídico general, y que tiene específico reflejo en ordenamientos forales que también mantienen esa orientación, es indiferente

satisfecho en el momento de la firma del documento privado. El comprador demandante solicita que se condene a los demandados a recibir el resto del precio y al otorgamiento de la escritura pública. Los demandados reconvienen solicitando que se declare nulo o, por lo menos, anulable el contrato de compraventa por no pertenecer ninguna de dichas fincas a su dominio, haber resultado viciado por error el consentimiento por ella prestado y por carecer asimismo la propia compraventa de objeto cierto. Las sentencias de instancia estimaron la demanda desestimando la reconvencción, y el TS declara no haber lugar al recurso de casación.

que las cosas vendidas sean o no del vendedor, ya que el ser suya o ajena la cosa vendida no es condición o requisito incorporado al contrato, al limitarse la obligación del que vende a tener como objeto directo e inmediato la prestación, es decir, su actividad propia de suministrar al comprador las cosas especificadas en la compraventa, pero sin ser éstas propiamente objeto directo de la obligación asumida por aquél, pues si bien es cierto que en el Derecho romano la obligación del vendedor que imponía sólo a éste el entregar o apoderar de la cosa vendida al comprador (vacuum possessionem tradere) (...) no impedía finalidad traslativa del dominio, sin embargo aquel carácter meramente obligacional de la compraventa determinaba que con relación a la traditio en que había una intención de transferir la propiedad a fin de que el comprador se hiciera dueño de las cosas tradidas (animus transferendi et accipiendi dominii) creando una obligación a cargo del vendedor de hacer todo lo necesario para que el comprador pueda tener las cosas vendidas como propias, o sea, que se porte respecto de ella como dueño, a causa de que en la traditio no sólo hay un corpus, consistente en el acto real del traspaso meramente posesorio, sino que además existe un animus, que consiste en querer hacer dueño al comprador, sin embargo, en la compraventa romana, que sigue el Código Civil español mediante la tradición del vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvertirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene la finalidad traslativa del dominio y otro que un negocio sea de transmisión del dominio (Considerando tercero)».

Como se ve, el Tribunal Supremo destaca con contundencia la naturaleza obligacional de la compraventa y, por tanto, en su falta de eficacia dispositiva, para con ello justificar la validez de la venta de cosa ajena de la cual no es sino una variedad la venta de cosa común.

Más recientemente el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008/2819) ha incidido en la necesidad de equiparar la solución del problema de la venta de cosa común por un comunero aislado a la de la venta de cosa totalmente ajena: «no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquélla ni sobre ésta tiene poder de disposición el mismo (Fundamento de Derecho segundo)».

Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2009 (RJ 2009/2562) (63) vuelve —a mi juicio equivocadamente— a retomar a la tesis de la nulidad absoluta de la venta de cosa común por un comunero aislado, en evidente contradicción con las sentencias de unificación de doctrina, de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007, que claramente sitúan la patología que genera la falta de poder de disposición del transmitente (déficit que comparte tanto la venta de cosa ajena como la de cosa parcialmente ajena en nombre propio) al margen del contrato.

La sentencia no merece precisamente un juicio favorable. En su Fundamento tercero, recuerda que: «*existe una gran discrepancia entre los autores de la doctrina científica acerca de la solución técnicamente más correcta para pro-*

(63) Ponente: Don Francisco MARÍN CASTÁN.

blemas como el aquí examinado o similares, cual sería el del coheredero que vende un bien determinado de la herencia antes de la partición, polémica cuya razón de ser viene determinada por el sistema de transmisión del dominio de nuestro Código Civil “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición” (art. 609) y la configuración de la compraventa como contrato consensual (arts. 1.445 y 1.450) que no transmite por sí solo la propiedad de la cosa vendida al comprador sino que únicamente obliga al vendedor a entregársela, por más que, ciertamente, la finalidad de la compraventa sea traslativa y en la realidad social se presente como el más característico de esos “ciertos contratos” a que se refiere el artículo 609».

No acabo de entender, a la vista de la grata experiencia iniciada en 2005 por la Sala Primera del TS en orden a unificar criterios en las cuestiones tradicionalmente conflictivas, que la venta celebrada por comunero aislado no haya sido considerada en esta ocasión merecedora de una sentencia plenaria. Pero es que la propia sentencia continúa:

«La mejor prueba del carácter polémico de la cuestión planteada es que prácticamente todas las soluciones barajadas en este litigio, tanto las propuestas por las partes (cumplimiento del contrato —parte demandante—, anulabilidad por error o sustitución de la finca por su cuota indivisa —demandados—) como las adoptadas por las sentencias de primera y segunda instancia (nulidad absoluta por aplicación conjunta de los arts. 397 y 1.261 CC y nulidad por cambio de objeto del contrato, respectivamente), cuentan, en mayor o menor medida, con autores de la doctrina científica que las defienden con argumentos en cualquier caso a considerar».

«Algo parecido se desprende del repertorio de sentencias de esta Sala. (...) [L]o cierto es que no hay un criterio de decisión absolutamente uniforme. Así, la STS de 9-5-1980 (RJ 1980/1790), citando como precedentes las SSTs de 28-12-1932, 31-1-1963 (RJ 1963/753) y 20-10-1954, se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto, tesis próxima a la de la sentencia de apelación ahora recurrida, mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no sólo por la cosa sino también “por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar”; la STS de 27-5-1982 (RJ 1982/2605), citando como precedente la STS de 1-3-1949 (RJ 1949/261) y resolviendo un caso de venta de cosas determinadas de la herencia por un solo coheredero antes de la partición, opta decididamente por la validez del contrato desde el principio general de la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento (...); el mismo principio general de la validez de la venta de cosa ajena preside los razonamientos de la STS de 31-1-1994 (RJ 1994/642), que sin ajustarse literalmente a lo pedido por las partes litigantes declara “la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (...);” y como no podía ser menos, tampoco faltan sentencias que, dadas las circunstancias del caso, singularmente la creencia de buena fe del comprador e incluso la creencia común de comprador y vendedor de que la cosa era propia de éste, resuelven el problema declarando la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento (por ejemplo, SSTs de 11-4-1912, 26-6-1924, 8-3-1929, 7-4-1971, 15-10-1973, 15-2-1977 y 6-7-1992 (RJ 1992/6183))».

«Ahora bien, la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir, nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1.261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común, por uno solo de los partícipes, una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTs de 19-12-1985 (RJ 1985/6603), 8-7-1988 (RJ 1988/5587), 25-5-1990 (RJ 1990/4082), 23-10-1990 (RJ 1990/8036), 30-6-1993 (RJ 1993/5358), 24-7-1998 (RJ 1998/6446) y 13-11-2001 (RJ 2001/9689), así como también por la STS de 9-10-2008 (RJ 2008/5684), ya citada, en otro de sus fundamentos».

El Tribunal Supremo declara la nulidad del contrato basándose en la jurisprudencia que avala tal nulidad. Da la impresión de que la pretendida causa de nulidad no se encuentra en la falta de consentimiento, pues, si así fuera, menos consentimiento todavía existe en la venta de cosa totalmente ajena. Del último párrafo transcrito se deduce que nos encontramos ante una nulidad de las que tienen lugar cuando se celebra un contrato contra una prohibición legal. El argumento sería el siguiente: si para los actos de ordinaria administración, el artículo 398 requiere la mayoría de partícipes, en cambio el artículo 397 del Código Civil exige la unanimidad para los actos de alteración, que incluyen los de administración extraordinaria, gravamen y disposición. Y ello es cierto, pero que lo es que aunque no lo diga el Código Civil, también hace falta para transmitir la cosa propia que ésta pertenezca a quien la transmite. Y si el propio Tribunal Supremo no duda a la hora de calificar la validez de la venta de cosa ajena, de proclamar con una claridad meridiana que vender no es transmitir, parece fuera de duda que el único caso en que la venta de cosa común por comunero aislado es nula será aquel en el que el interviniente se haya atribuido falsamente la representación de los demás. En tal caso, aparecen consintiendo por medio de un falso representante quienes en realidad no consienten, y la nulidad radical es clarísima. Pero una cosa es la venta por un comunero arrogándose indebidamente la representación de los demás (hipótesis que, como esta misma sentencia dice, se debe resolver aplicando el artículo 1.259 del Código Civil como hace la reciente STS de 9-10-2008 (RJ 2008/5684), y otra bien distinta las ventas que tienen como único inconveniente la ajenidad de la cosa vendida. Naturalmente que la venta celebrada por comunero aislado no transmite la propiedad, como le pasa a la venta de cosa ajena. Y hasta hay que insistir en que, en rigor, tampoco consigue hacerlo la venta de cosa propia.

Aun cuando no comparto el resultado, es preciso tener presente los hechos que enjuicia la sentencia para comprender adecuadamente la razón por la que el Tribunal Supremo se decanta por la solución de la nulidad, razón que podría justificarse en una «jurisprudencia de intereses», dado que las pretensiones de ambas partes conducían finalmente a provocar la ineficacia del contrato.

El 6 de octubre de 2000 se celebra un contrato privado de venta de un inmueble, siendo vendedores un padre y sus hijos que habían heredado la finca tras el fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente. La finca se encontraba absolutamente identificada en el contrato, si bien los vendedores no eran titulares de la misma en el Registro de la Propiedad. En el contrato privado citado, los vendedores se obligaban a inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad antes del otorgamiento de escritura pública de compraventa.

El problema surge cuando los vendedores se percatan de que la finca vendida no les pertenecía en su totalidad, sino que la misma formaba parte de otra de mayor entidad de la que eran titulares otras personas que no habían concurrido a la firma del documento privado de compraventa. Es decir, los vendedores en realidad sólo eran titulares de una cuota indivisa. El comprador demanda a los vendedores pidiendo el cumplimiento del contrato y éstos se oponen y —sin formular reconvencción— alegan la anulabilidad del contrato por error.

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad del contrato por falta de poder de disposición del transmitente con base en los artículos 397 y 1.261 del Código Civil. La Audiencia Provincial confirmó la nulidad del contrato si bien «por apreciar un cambio de objeto, ya que lo vendido fue una finca determinada físicamente y no una porción o cuota ideal». El Tribunal Supremo confirma la nulidad del contrato y lo hace con base en la jurisprudencia que declara nula la venta de cosa común por un comunero aislado.

Trasladado el supuesto de esta resolución al escenario de las sentencias de 2007, tantas veces citadas en estas páginas, resultaría que quien compró la finca común a unos vendedores que al vender no reunían la totalidad de las cuotas, nunca podría invocar la condición de tercero protegido por el artículo 34 LH, al ser parte de un contrato nulo. A ese comprador, siempre según esta tesis que considero equivocada, le es de aplicación el artículo 33, de manera que su título nulo no se vería sanado por obra de la inscripción registral. Y por lo mismo, tampoco podría beneficiarse de una usucapión ordinaria, al faltarle el justo título exigido por el artículo 1.953 del Código Civil.

Merece ser destacado que aunque el Tribunal Supremo, en esta sentencia que critico, se oponga a lo señalado en resoluciones anteriores de unificación de doctrina, lo cierto es que por el camino —a mi juicio, equivocado—, se llega a una solución «práctica». Se señala expresamente que «aunque se siguiera el camino previsto por la parte recurrente, es decir, el de la validez de la venta de cosa ajena (...) no era posible el cumplimiento pretendido en la demanda por falta de poder de disposición del transmitente (art. 1.160 CC) y la acción que habría podido ejercitar el comprador era la resolución del contrato». Por lo tanto, la validez de contrato de compraventa habría conducido por la vía de la resolución a la ineficacia del contrato. Más práctico era declarar directamente la nulidad, al igual que hicieron las sentencias de instancia. Probablemente el resultado habría sido distinto si el comprador hubiera adquirido por usucapión o por el principio de fe pública registral y la demanda la hubieran interpuesto los condueños preteridos en el contrato de compraventa.

Con todo, sería deseable la pronta celebración de una nueva deliberación plenaria que ponga fin a la problemática de la venta de cosa común por un comunero aislado en coherencia con las sentencias de unificación de doctrina de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 que, correctamente, expulsan del ámbito de la invalidez contrato la patología que genera la falta de poder de disposición del transmitente.

8. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1989.

— «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Batlle Vázquez*, Madrid, 1978, pág. 19 y sigs.

BADENES GASSET, *La compraventa*, Madrid, 1969.

- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954.
- CANO TELLO, «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», en *RGD*, 1965, pág. 276 y sigs.
- CARRASCO PERERA, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, pág. 690 y sigs.
- CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000.
- COLÍN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción española por Redacción de la RGLJ y anotado por DE BUEN, t. II, vol. II, Madrid, 1984.
- CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- DE LA MORANDIÈRE, *Précis de Droit Civil*, t. II, París, 1964, núm. 242.
- ESTRUCH ESTRUCH, *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998.
- FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1994», en *CCJC*, núm. 35, 1994, pág. 647 y sigs.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.
- FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria*, Barcelona, 1954.
- FUNAIOLI, «La cosiddetta proprietâ relativa», en *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milán, 1951.
- GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XIX, Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Madrid, 1993.
- GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978.
- «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», en *ADC*, enero-marzo de 2001, pág. 1 y sigs.
- «El principio de fe pública registral», en *ADC*, abril-junio de 2006, pág. 509 y sigs.
- «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007», en *CCJC*, núm. 75, 2008.
- JEREZ DELGADO, *Tradición y Registro*, Madrid, 2004.
- JIMÉNEZ PARÍS, «Nuevos aspectos del monismo hipotecario», en *La Ley*, núm. 6.831, 29 de noviembre de 2007.
- LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, III, Propiedad y Posesión*, vol. 1.º, Barcelona, 1990.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, III bis, Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta en el sistema de la transmisión de la propiedad del Código Civil», en *RCDI*, núm. 671, mayo-junio de 2002, pág. 831 y sigs.
- JEREZ DELGADO, *La buena fe registral*, Madrid, 2005.
- LAURENT, *Principes de Droit Civil*, t. XVI, París, 1893.
- MARÍN CASTÁN, «Análisis crítico de la jurisprudencia sobre los artículos 34, 32 y 33 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil (2005-2007): Análisis Crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 133, Madrid, 2008, pág. 57 y sigs.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, «El *ius disponendi* y la doble venta de inmuebles», en *La Notaría, Boletín Informativo del Colegio de Notarios*. Barcelona, 1981, pág. 91 y sigs.

- MÉNDEZ APENELA, «La venta de cosa común por un comunero aislado», en *Revista del Notariado*, abril-junio de 1992.
- MENGGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milán, 1968.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, pág. 45 y sigs.
- MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975.
- PAU PEDRÓN, «La eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios», en *Boletín de Información Jurídica del Ministerio de Justicia*, 5 de junio de 1990, núm. 1604, pág. 3364 y sigs.
- «Doble venta de inmuebles y publicidad registral», en *La publicidad registral*, Madrid, 2001, pág. 567 y sigs.
- «La teoría de los principios hipotecarios», en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977.
- PLANIOU Y RIPERT, *Traité Practique de Droit Civil français*, t. III, París, 1926.
- PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II. vol. 2.º, Barcelona, 1982.
- RAGEL SÁNCHEZ, *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad*, Valencia, 1994.
- RAMOS FOLQUES, «La tradición y el modo», en *Información Jurídica*, 1951, pág. 385 y sigs.
- ROCA SASTRE, «La venta de cosa ajena», en *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid, 1948, pág. 363 y sigs.
- *Derecho Hipotecario*, t. I, Barcelona, 1954.
- RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990.
- RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I, Madrid, 1947.
- VALLET de GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, t. I, Madrid, 1973.
- VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», en *ADC*, enero-marzo de 2007, pág. 67 y sigs.

RESUMEN

DOBLE VENTA. VENTA DE COSA COMÚN FE PÚBLICA REGISTRAL

En el presente trabajo se analiza la contradictoria jurisprudencia en torno a la figura de la doble venta de bienes inmuebles, doctrina que parece haberse aclarado con las trascendentes sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007. La delimitación conceptual entre doble venta y venta de cosa ajena, su conexión con la teoría del título y el modo, así como su incardinación con el sistema registral y las adquisiciones a non domino derivadas de la aplica-

ABSTRACT

DOUBLE SELLING. SALE OF SHARED PROPERTY CONCLUSIVE TITLE

This paper looks at the contradictory case law concerning the double selling of immovable property. Legal doctrine on the subject would appear to have been clarified by the vitally significant Supreme Court rulings of 5 March and 7 September 2007. The paper looks at points including the conceptual delimitation between double selling and the selling of third-party property, its connection with the rule whereby validity in transactions requires written agreement and delivery, its

ción del principio de fe pública registral, son aspectos que se analizan en el presente trabajo. Asimismo, se estudia en qué medida la doctrina del Tribunal Supremo, asentada en las citadas sentencias, se está respetando o no en resoluciones posteriores.

incorporation in the registration system and a non domino dispositions under the rule of conclusive title. The paper also discusses the extent to which the Supreme Court jurisprudence set in the aforesaid rulings is being respected or ignored in later decisions.

LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogado

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA.—II. FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS.—III. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.—IV. CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

Cuando se produce un suceso como consecuencia del cual una persona experimenta un daño, la pregunta que surge es si el perjudicado debe soportar el daño o si, por el contrario, se le concede un derecho a obtener un resarcimiento, lo que implicará que el daño sea soportado por otras personas: aquellas que vienen obligadas a satisfacer el importe de la indemnización. Como señala Díez Pícazo (1): «conviene no perder de vista, como dato muy importante, lo que se puede llamar la irreparabilidad del daño, si las cosas se contemplan globalmente. Aunque existe la idea difusa, sin duda optimista, de que indemnizar un daño es hacerlo desaparecer, este pensamiento no pasa de ser una cabal ilusión. Decidir que un daño debe ser indemnizado no significa otra cosa que traspasar o endosar ese daño poniéndolo a cargo de otro, porque si quien inicialmente lo sufrió, recibe una suma de dinero como indemnización, ello se producirá a costa de una disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar, empleando para ello otros bienes preexistentes».

Este problema del desplazamiento del daño es el que configura la materia de la responsabilidad extracontractual que va a dar lugar a una serie de obligaciones que tienen por objeto resarcir el daño causado a otra persona por una acción u omisión culpable no constitutiva de delito ni de incumplimiento contractual.

Al no estar basadas en un incumplimiento del contrato, la doctrina se pregunta por su fundamento, encontrándose las siguientes teorías:

Tradicionalmente se fundamenta la responsabilidad extracontractual en un criterio subjetivo que viene determinado por la existencia de culpa en el

(1) Díez Pícazo, L., *Derecho de daños*, Civitas, 2000, págs. 41 y 42.