

El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho

Estudio sobre un concepto unitario del tercero hipotecario⁽³⁸⁾

(CONTINUACION)

SUMARIO (39): e) *Reglas generales de la afección negativa. Concepto.*—1) Regla general de la afección negativa en los supuestos de conexión en derivación.—2) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de conexión patrimonial. Los privilegios.—3) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de conexión *ob rem* y conexión subjetiva. Subgrupos de estos supuestos: 1.^{er} subgrupo: Supuestos de colisión de relaciones traslativas. Clasificación de estos supuestos atendiendo al derecho trasladado: a') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad. La doble venta. Distinción de las relaciones traslativas en personales y reales. Los presupuestos de la transmisión: 1'. Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad. El artículo 1.473 del Código Civil. Inciso sobre el sistema traslativo base de nuestro sistema registral: Teoría de SANZ FERNÁNDEZ y reparos a la misma....—2'. Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relación personal y relación real traslativas de la propiedad.—3'. Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relaciones personales traslativas de la propie-

(38) Iniciada la publicación de este trabajo en el número 508 de esta Revista, causas ajenas a nuestra voluntad nos han impedido continuarla al ritmo que habíamos previsto. Lo que ahora publicamos es también desarrollo del avance que presentamos en la sesión del Seminario de Derecho Hipotecario de Extremadura celebrada en Cáceres, el 25 de enero de 1973, y mucho nos agrada que sea admitido como labor de dicho Seminario.

(39) Este sumario debe ponerse en relación con el que encabeza la parte publicada en el número 508, por ser desarrollo parcial del mismo. Los límites que a la extensión de los trabajos imponen los de esta Revista, nos impiden publicar en un solo número el total desarrollo del apartado e), que encabeza este sumario.

dad.—b') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos reales limitativos de la propiedad.—c') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos personales.—2.º subgrupo: Supuestos de colisión de relaciones constitutivas.—3.º subgrupo: Supuestos de colisión de relación constitutiva y relación traslativa.—4) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de conexión mixta.—5) Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de solo conexión *ob rem*.

c) REGLAS GENERALES DE LA AFECCION NEGATIVA

Como hemos dicho, la afección negativa es resultado de la conexión objetiva de relaciones jurídicas en los supuestos que hemos llamado «anormales». Formular este resultado deduciéndole de la clase de conexión y del contenido de las relaciones es el objeto de las reglas generales de la afección negativa.

Partiéndose de supuestos «anormales» de conexión objetiva de relaciones jurídicas, la regla general de la afección negativa podría limitarse a resaltar la ineficacia de la relación conexa y desdoblarse, atendiendo a la clase de conexión, en dos, como las siguientes: En los supuestos de conexión en derivación, la ineficacia de la relación determinante arrastra la ineficacia de la relación conexa; en los supuestos de conexión en colisión, la eficacia de la relación determinante implica la ineficacia de la relación conexa.

En los supuestos de conexión en derivación la relación determinante es perfectamente identificable y por ello la regla anterior relativa a estos supuestos resulta suficiente. Pero en los supuestos de conexión en colisión la identificación de la relación determinante depende de la solución que se dé a la colisión, y esta solución depende, a su vez, del contenido de las relaciones en colisión. Por ello, la regla anterior relativa a estos supuestos resulta insuficiente y hay que sustituirla por otras que precisen la relación determinante, que resuelvan la colisión.

Los ordenamientos jurídicos no suelen contener normas que puedan ser tomadas como reglas generales de la afección negativa. Y conviene formularlas doctrinalmente, porque la protección del tercero en sentido restringido es excepción de la afección negativa, y se comprenderán mejor las excepciones si se parte de las reglas que excepcionan (40).

(40) No faltan en la doctrina reglas generales decisorias de la colisión de derechos patrimoniales. A juicio de COVIELLO—*Doctrina general de Derecho civil*—, «sólo puede admitirse como concepto fundamental que si la colisión se plantea entre derechos de diversa entidad, debe prevalecer el derecho que la tiene mayor, y si el conflicto tiene lugar entre derechos de igual entidad, todos deben respetarse y ninguno debe ser enteramente sacrificado, debiendo sufrir cada uno un límite o una modalidad en su ejercicio». En GARCÍA DE HARO GOYTISOLO—*El salario como crédito privilegiado*—encontramos la siguiente ordenación, por su aplicación, de reglas

De aquí que intentemos formular las reglas generales de la afección negativa para cada uno de los grupos de supuestos de conexión de relaciones que antes hicimos (41).

1. REGLA GENERAL DE LA AFECCIÓN NEGATIVA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIÓN EN DERIVACIÓN

Puede valer la que antes hemos formulado: La ineficacia de la relación determinante arrastra la ineficacia de la relación conexa. Y puede aprovecharse también el viejo aforismo *resoluto iuris dantis, resolvitur ius concessus*, dando al verbo «resolvere» sentido tan amplio que comprenda todos los supuestos de ineficacia, inicial o sobrevenida, de las relaciones jurídicas.

En nuestro Código Civil hay algunas normas que aplican esta regla a supuestos especiales, como las siguientes:

«Cuando la donación—viene a decir el artículo 647—sea revocada por no cumplir el donatario alguna de las condiciones impuestas por el donante, quedarán nulas las enajenaciones de los bienes hechas por el donatario y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto.» La donación es la relación determinante y su ineficacia por la revocación arrastra la ineficacia de la relación conexa—la donación hecha o la hipoteca establecida por el donatario—.

«El vendedor—dice el artículo 1.520—que en virtud del retracto convencional recobre la cosa vendida, la recobrará libre de toda carga o gravamen impuesto por el comprador.» La compraventa es la relación determinante y su ineficacia por la resolución arrastra la ineficacia de la relación conexa—la carga o gravamen impuesta por el comprador—.

decisorias de la colisión de relaciones jurídicas: «1. En primer lugar, están los privilegios o prelaciones acordadas en virtud de la causa de la situación. 2. En segundo lugar, la seguridad del tráfico, a través del principio de legitimación de la apariencia, en los casos de inscripción o de posesión. 3. No existiendo razones especiales a favor de una de las relaciones, lo más justo es acordar el triunfo de la primera en el tiempo. 4. Y, por último, si no constase ésta, se optará por la ineficacia parcial de las relaciones.» Pero de estas reglas sólo son generales las 3 y 4 y únicamente deciden la colisión de relaciones de igual entidad. A nuestro juicio, son reglas generales de colisión las que resultan de los siguientes criterios: 1. En la colisión de relaciones de distinta entidad debe prevalecer la que tenga mayor entidad. 2. La colisión de relaciones de igual entidad puede decidirse: a) sufriendo cada una un límite o una modalidad en su ejercicio, o b) sacrificando la relación posterior en el tiempo. Podría bastar esta simple enunciación, pero las reglas generales de colisión de relaciones—antecedente obligado del Derecho hipotecario—tienen, a nuestro juicio, tal importancia que justifica la extensión con que las estudiamos en el texto.

(41) Véase el número 508 de esta Revista, mayo-junio 1975.

En los supuestos de los artículos mencionados la relación determinante es inicialmente eficaz y su ineficacia posterior es previsible por las partes al crearla. Son supuestos relativamente anormales, pues el modo incorporado a la donación o la condición resolutoria incorporada a la compraventa entran en estos negocios jurídicos como elemento accesorio, aunque en la transmisión de la propiedad originan situaciones que bien pueden ser consideradas como anormales (42).

Ningún artículo de nuestro Código Civil aplica la regla general de la afección negativa a supuestos en que la relación determinante es inicialmente ineficaz—inexistencia, nulidad radical—o en que siendo inicialmente eficaz su ineficacia posterior es consecuencia de la ilícita actuación, al crearla, de una de las partes—anulabilidad—o de la lesión que esta relación produce a una de las partes o a tercero—rescisión—. Son verdaderos supuestos anormales, hasta el extremo de que las causas de esta ineficacia de la relación determinante constituyen la Patología del negocio jurídico, que es la más amplia fuente de las relaciones jurídicas (43).

(42) La condición, el término y el modo son elementos accidentales o accesorios del negocio jurídico. «Se interponen—dice ROCA SASTRE—por voluntad de las partes o del disponente en la estructura del negocio jurídico», de modo que cuando se emplean quedan elevados a la categoría de requisitos de eficacia del negocio jurídico, bien para consolidarlo, bien para extinguirlo. La repercusión de estos elementos del negocio jurídico en la transmisión de la propiedad encontró fuerte resistencia en el Derecho romano, sobre todo en las transmisiones onerosas. Producida la transmisión, el adquirente es propietario y el transmitente no puede readquirir la propiedad sin otra transmisión en sentido inverso. Sin embargo, la dependencia de la adquisición de su causa, que fue imponiéndose con el predominio de la *traditio*, facilitó la repercusión del modo y de la condición resolutoria en las adquisiciones de la propiedad. La posterior ineficacia del título, proveniente de su revocación o de su resolución, deja sin efecto la transmisión y la propiedad vuelve al transmitente—*fundus inemptus, servus inemptus*, dicen varios textos del *Digesto* en la venta con condición resolutoria cumplida—. Nuestro Código Civil regula la condición resolutoria como modalidad de las obligaciones, pero su trascendencia en la transmisión de la propiedad se advierte en el artículo 1.114: «En las obligaciones condicionales, la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerá del acontecimiento que constituya la condición.» Aunque referida la regulación de la condición resolutoria a las obligaciones y, por tanto, con efecto inter-partes, del artículo 1.114 resulta que la propiedad adquirida con condición resolutoria es resoluble, imperfecta—enferma, dice ROCA SASTRE—y, consiguientemente, no puede transmitirse definitiva, perfecta, sana—*nemo dat quod non habet*—. Como dice el citado autor, «con el cumplimiento de la condición resolutoria, el dominio del adquirente queda extinguido automáticamente, y con él los actos de transmisión o gravamen igualmente quedan automáticamente sin efecto...». Pero con todo, se echa de menos la regla de la afección negativa. Puede deducirse de la excepción del párrafo final del artículo 1.124, que protege a los terceros adquirentes por título oneroso y de buena fe en la resolución de la condición tácita en las obligaciones recíprocas, pero la deducción no resulta claramente correcta.

(43) «La inoperancia o carencia absoluta de efectos específicos de los actos o contratos inexistentes o nulos—dice ROCA SASTRE—, así como de los anulables cuando sean anulados, tiene lugar no sólo entre las partes, sino también respecto de terceros, incluso en cuanto al tercer adquirente de la cosa que fue objeto de

2. REGLAS GENERALES DE LA AFECCIÓN NEGATIVA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIÓN PATRIMONIAL

Como hemos dicho, son supuestos de conexión patrimonial los de conexión de créditos comunes, los de conexión de créditos con privilegio general y los de conexión de créditos comunes y créditos con privilegio general (44).

En estos supuestos las relaciones son de igual entidad y se dirigen únicamente al patrimonio del sujeto pasivo o deudor. De aquí la simplicidad de estos supuestos, que pueden ser calificados de primarios, dentro de los de conexión en colisión. Por ello examinaremos en primer lugar las reglas de la afección negativa de estos supuestos.

En la conexión objetiva de créditos éstos coinciden en el patrimonio del sujeto pasivo o deudor, al atribuir a los sujetos activos o acreedores la facultad de extraer de este patrimonio el contenido de los créditos.

aquéllos.» «El Código Civil—añade—guarda silencio acerca de este punto, pero este silencio es elocuente, por cuanto que no establece en el caso de anulabilidad la norma que el artículo 1.295 aplica a los casos de rescisión. Además, el artículo 1.307 alude a la cosa perdida y no a la enajenada.» Conformes con la doctrina del primer párrafo transcrito, no creemos en la elocuencia del silencio de nuestro Código Civil, el cual se limita a regular los efectos inter-partes de la declaración de nulidad de los contratos—artículos 1.303 a 1.307—, y de esta regulación mal puede deducirse la trascendencia respecto de terceros de dicha declaración. La omisión de una norma como la del artículo 1.295 permite pensar que el Código Civil no establece para la anulabilidad excepción de una regla general, pero hay que decidir primero si admite esa regla general. Precisamente en la rescisión, la regla general se deduce de la excepción del artículo 1.295, pero en la anulabilidad, al no haber excepción, no se sabe cuál es la regla general. El artículo 1.307 sustituye la obligación de devolver la cosa por la del abono de su valor en caso de pérdida, lo que permite pensar que en el caso de enajenación no hay sustitución porque el perjudicado puede reivindicar la cosa de su poseedor. Pero para el artículo 1.122, «la cosa se entiende perdida cuando... no se puede recobrar», supuesto en el que puede incluirse la enajenación—y se incluye cuando la cosa es mueble, en algunos casos—. Insistimos en que el párrafo transcrito de ROCA SASTRE contiene la doctrina acertada, pero echamos de menos la regla legal de la afección negativa. Puede deducirse de la dependencia que tiene, en nuestro Derecho, la transmisión de su causa: el título ha de ser válido no sólo al producirse la transmisión, sino también en cualquier momento en que se pretenda que justifica la transmisión. Pero esto sólo aparece claro al profundizar en el estudio de nuestro sistema traslativo, no simplemente de la interpretación del articulado de nuestro Código Civil, en el que normas como las de los artículos 1.265 y 1.300 abonan la confusión a que lleva la omisión de una regla capital.

(44) Lo son también los supuestos en que alguno de los créditos es especialmente privilegiado, en la parte del importe de éste que excede del valor del bien sobre que recae el privilegio, pues, como dice el artículo 1.928 del Código Civil, los créditos que gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.

Si el patrimonio del deudor es suficiente para cubrir el importe de todos los créditos, éstos coexistirán pacíficamente. Pero si el patrimonio del deudor es insuficiente para cubrir todos los créditos, éstos pugnarán por su efectividad. Es la colisión de créditos que nuestro Código Civil regula en el Título XVII del Libro IV (45).

Esta colisión admite dos soluciones generales. Consiste una en dar el mismo trato a todos los créditos—*par conditio creditorem*—, en hacer que todos los acreedores sufran el perjuicio de la insolvencia del deudor en proporción a la cuantía de sus créditos, a prorrata. Con esta solución todos los acreedores son terceros en sentido restringido, a cada uno le perjudican los créditos de los demás. Y consiste la otra solución en establecer un orden entre los créditos atendiendo a sus fechas, dando preferencia a los antiguos sobre los modernos, en hacer que el perjuicio de la insolvencia del deudor recaiga sobre el último o sobre los últimos acreedores. Con esta solución sólo es tercero en sentido restringido el último acreedor o los últimos acreedores, sólo a éste o a éstos perjudican los créditos de los demás.

La primera solución aplica la regla *concurso partes fiunt*, que en la colisión de créditos se formula más explícitamente así: *non competit praelatio in aequali causa*. Tiene el fundamento jurídico de que siendo de la misma entidad las relaciones no hay razón para establecer diferencias en su efectividad. Además, es conforme con el concepto del patrimonio como masa unificada de bienes con la que el deudor responde de sus obligaciones—artículo 1.911 del Código Civil, que encabeza el título antes mencionado—, concepto que hace abrigar a todos los acreedores la misma esperanza en la efectividad de sus créditos. La segunda solución aplica la regla *prior tempore, mellior iure*, de escaso fundamento jurídico cuando las relaciones en colisión admiten fácil división (46).

(45) La regla también el Código de Comercio, sección V del libro IV, para cuando el deudor es comerciante. Las reglas generales son las mismas que las del Código Civil, si bien la *prior tempore, mellior iure*, tiene mayor órbita, pues se aplica también a la colisión de créditos por títulos o contratos mercantiles en que hubiese intervenido corredor o agente—artículo 916, en relación con el 913-4.º—. En el texto sólo nos referimos a la regulación del Código Civil.

46. La colisión existe desde que el patrimonio del deudor es insuficiente para cubrir el importe de todos los créditos. Pero esta colisión sólo resulta efectiva con la declaración del estado de concurso del deudor—o de quiebra si es comerciante—. Para entonces están las reglas que regulan la ejecución del patrimonio del deudor y la distribución de su importe entre los acreedores. Pero además de esta colisión general, de todos o casi todos los acreedores, pueden darse colisiones particulares al intentar varios acreedores la efectividad de sus créditos sobre el mismo bien del deudor y ser el valor de este bien inferior a la cuantía total de los créditos. Cuando los créditos de estas colisiones particulares son comunes no se aplican las reglas generales de colisión. Incide entonces la eficacia del embargo, que da preferencia al crédito que primero lo origina. De la incidencia del embargo sólo se salvan los créditos privilegiados, pero si estos créditos no tienen transcendencia real

Los Ordenamientos jurídicos adoptan la primera solución, la regla *non competit praelatio*... También la adopta nuestro Código Civil, pero conservando una peculiaridad de nuestro Derecho histórico, cuyo precedente está en una Real Cédula de Felipe IV, de 1636, sigue la segunda solución, la regla *prior tempore, mellior iure*, en la colisión de créditos que constan en escrituras públicas o por sentencias firmes de distintas fechas. Las dos reglas aparecen recogidas en los artículos 1.924-3.^a, 1.925 y 1.929-2.^a y 3.^a, que vienen a decir: «Los créditos comunes se satisfarán a prorrata, excepto si constan en escrituras públicas o por sentencias firmes de distintas fechas, pues entonces se satisfarán por el orden de éstas.

Por tanto, en el Código Civil tenemos dos reglas generales de la afección negativa para la colisión de créditos: la más general, la regla *non competi praelatio in aequali causa*, y la menos general, la regla *prior tempore, mellior iure* (47).

Pero estas reglas lo son sólo de los supuestos de colisión de créditos comunes. Los demás supuestos son excepción de estas reglas generales. El legislador estima que algunos créditos, por diversas razones, merecen ser preferidos a los demás en su efectividad sobre el patrimonio del deudor o sobre determinado bien de este patrimonio, y, consiguientemente, dotan a estos créditos de prelación sobre los demás. Resultan así los créditos especialmente privilegiados—o con privilegio especial—y los créditos simplemente privilegiados—o con privilegio general—. Los privilegios son excepciones de las reglas generales de la afección negativa, protecciones de terceros en sentido restringido. Al acreedor privilegiado le dejan de afectar los créditos comunes, de tercero en sentido restringido se convierte en tercero civil o tercero hipotecario, según la naturaleza civil o hipotecaria de la norma que le protege.

En la colisión de créditos privilegiados la ley, que crea el privilegio, suele decidir la colisión a favor del crédito que le merece mayor protección. Sigue este criterio el artículo 1.929-1.^a del Código Civil en la colisión de créditos con privilegio general—comprendidos también en este apartado—, que viene a decir: Los créditos que gocen de prefe-

sobre los bienes embargados, los acreedores privilegiados tienen que hacer valer su prelación en tercería de mejor derecho.

(47) En la colisión de créditos comunes, los que constan en escrituras públicas o por sentencias firmes, de distintas fechas, constituyen un mundo aparte. En la colisión de estos créditos rige la regla *prior tempore, mellior iure*, que no consagra un privilegio del crédito de la escritura o de la sentencia más antigua, sino una regla general de colisión, aunque de órbita reducida. Responde a un criterio que pudo adoptarse para todos los supuestos de colisión de créditos comunes y que sólo se adoptó para los que constan en dicha clase de documentos, sin duda con ánimo de favorecer la titulación auténtica.

rencia con relación a los demás bienes—es decir, excluidos los que la tienen respecto de bienes determinados—se satisfarán por el orden establecido en el artículo 1.924.

3. REGLAS GENERALES DE LA AFECCIÓN NEGATIVA EN LOS SUPUESTOS DE CONEXIÓN «OB REM» EN COLISIÓN Y CONEXIÓN SUBJETIVA (48)

Son los supuestos más numerosos y más variados, consecuencia de la diversidad de relaciones que en ellos pueden entrar. Para facilitar su examen los dividimos en los subgrupos siguientes:

- 1.º Supuestos de colisión de relaciones traslativas.
- 2.º Supuestos de colisión de relaciones constitutivas.
- 3.º Supuestos de colisión de relación constitutiva y relación traslativa.

Explicaremos la terminología que empleamos. La relación jurídica patrimonial se crea para dotar al sujeto activo del poder que constituye el derecho subjetivo, contenido de la relación contemplada del lado de este sujeto. El derecho subjetivo puede estar configurado en el patrimonio del sujeto pasivo, trasladándole por la relación jurídica al patrimonio del sujeto activo, o puede configurarse en la misma relación sobre la base de un derecho más amplio existente en el patrimonio del sujeto pasivo, constituyéndole y trasladándole, a la vez, por la relación al patrimonio del sujeto activo. Esta consideración permite clasificar las relaciones comprendidas en este apartado en traslativas y constitutivas, clasificación tal vez artificiosa, pero útil para catalogar los supuestos de colisión de relaciones que se dirigen a la misma cosa específica (49).

(48) La extensión de este apartado parecerá excesiva y puede entorpecer la visión de conjunto de nuestro trabajo, pero nos parece conveniente intentar una clasificación exhaustiva de los supuestos que comprende y detenernos en el examen de algunas relaciones. Además, no hemos podido eludir cuestiones que pueden parecer marginales, pero que tienen capital importancia en las soluciones de estos supuestos y no pueden ser adecuadamente expuestas en los reducidos límites de notas. Al abordar estas cuestiones nos hemos creído obligados a exponer nuestra opinión, aunque reconocemos que nada vale al lado de otras de ilustres hipotecaristas, de los que nos sentimos modestos discípulos.

(49) Esta clasificación contempla relaciones jurídicas que sirven de medio para crear situaciones que, a su vez, se destacan como relaciones jurídicas. Pueden ser llamadas «relaciones medio». La «relación fin» se aprecia especialmente cuando la situación creada es de naturaleza real, consiste en un derecho real. Pero puede apreciarse también cuando es de naturaleza personal—relación arrendaticia—. La relación que sirve de medio de creación de las relaciones reales puede ser una relación ordinaria, es decir, de contenido obligacional—Derechos latinos y Derecho

Valiéndonos de esta clasificación examinaremos separadamente los supuestos de cada subgrupo.

Subgrupo primero.—Supuestos de colisión de relaciones traslativas

Caracteriza a estos supuestos la total coincidencia en el contenido de relaciones traslativas dirigidas a una misma cosa específica. El requisito de «identidad de la prestación», exigido en la efectividad de relaciones dirigidas a cosa específica—artículo 1.166 del Código Civil—hace que en estos supuestos resulte inaplicable la regla *concurso partes fiunt*, pues la división de la cosa a que se dirigen las relaciones en colisión haría perder su identidad a ambas relaciones.

Por ello, la regla general de la afección negativa tiene que decidir, en estos supuestos, qué relación prevalece, la cual resultará relación afectante o determinante. El sujeto activo de la otra relación, totalmente afectada, es el tercero en sentido restringido.

Para situar adecuadamente estos supuestos conviene dividirlos en los siguientes:

- a') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad.
- b') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos reales limitados.
- c') Supuestos de colisión de relaciones traslativas de derechos personales.

a') *Supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad.—La doble venta de cosa corporal*

Nuestro sistema traslativo de la propiedad de cosas corporales—la propiedad por antonomasia, a que se refieren los artículos 348 y 609 del Código Civil—nos permite distinguir, abusando de la libertad de expresión, dos clases de relaciones traslativas: personales y reales.

Llamamos relación traslativa personal a la que tiene como contenido la obligación del sujeto pasivo—y correlativo derecho del sujeto activo—

suizo—, o puede ser una relación especial, es decir, sin contenido obligacional—consentimiento o *einigung* del Derecho alemán—, y puede ser bastante para crear la relación real—Derechos francés e italiano—o puede necesitar otro elemento para que surja la relación real—tradición en nuestro Derecho, inscripción en los Derechos alemán y suizo—. La relación media es de carácter personal y no se convierte en real con el otro elemento. No obstante, a la relación medio con el otro elemento constitutivo de la relación real, le llamamos—en otra clasificación que sigue en el texto—«relación traslativa real», del mismo modo que WOLFF y otros autores alemanes llaman «contrato real» al conjunto de acuerdo o *einigung* e inscripción. Nuestra terminología parecerá arbitraria, pero ayuda a sistematizar los supuestos de este apartado.

de transmitir la propiedad de una cosa—en nuestro Código Civil, la obligación de entregar una cosa para transmitir su propiedad—. Es el título de nuestro sistema traslativo. Y llamamos relación traslativa real al conjunto de la relación personal y el otro elemento de la transmisión de la propiedad de una cosa—en nuestro Código Civil la tradición—. Es el conjunto de título y tradición de nuestro sistema traslativo.

Resulta así que para facilitar el estudio de estos supuestos llamamos relación traslativa personal a parte del *iter* traslativo—el título—y relación traslativa real al *iter* traslativo completo—título y tradición—, expresiones evidentemente extrañas en nuestro Derecho pero que cumplen el cometido para que las empleamos.

La relación traslativa personal no exige presupuesto alguno pues cualquier persona, supuesta su capacidad de obrar, puede obligarse a transmitir la propiedad de una cosa. En cambio, en todo sistema traslativo de la propiedad la relación traslativa real exige, para que produzca la transmisión, que la propiedad que se transmite esté en el patrimonio del transmitente. Y el sistema traslativo del artículo 609 de nuestro Código Civil exige, además, que el transmitente tenga la posesión de la cosa, exigencia lógica ya que parte de la relación traslativa real consiste en el traslado de la posesión—tradición—. Si con algunos hipotecaristas se admite que la inscripción registral es, en algunos casos, modo de adquirir la propiedad inmueble, constituida entonces la relación traslativa real por el título y la inscripción, huelga el presupuesto de la posesión.

Los presupuestos de la transmisión no son parte del *iter* traslativo. Este puede darse sin que exista alguno de dichos presupuestos, incluso ambos. Entonces tenemos relaciones traslativas reales «vacías», que tienen los elementos de la relación traslativa real pero no producen la transmisión por la inexistencia de alguno o de ambos presupuestos (50).

(50) La preexistencia del dominio en el patrimonio del transmitente es sólo presupuesto de la transmisión, pues el dominio no entra en el «*iter*» traslativo, no se transmite directamente en nuestro Derecho. El título produce la obligación de entregar la cosa y la tradición traslada la posesión. Si el transmitente es dueño de la cosa, el título y la tradición producen la transmisión del dominio. Así considerada la preexistencia del dominio, resulta fácil admitir relaciones traslativas reales «vacías» por faltar el presupuesto del dominio en el transmitente. La preexistencia de la posesión en el *tradens* es presupuesto de la tradición, pero entra también en la tradición porque ésta consiste en el traslado de aquélla. Por tanto, podría decirse que no pueden darse relaciones traslativas reales «vacías» por falta del presupuesto de la posesión del transmitente. Sin embargo, si el traslado de la posesión se sustituye por otro acto, como la entrega de la cosa que representa a aquella cuya posesión se quiere trasladar—tradición simbólica—o el otorgamiento del título en escritura pública—tradición instrumental—, la preexistencia de la posesión en el transmitente queda reducida a presupuesto de la tradición. Cabe, pues, la posibilidad de relaciones traslativas reales vacías por falta del presupuesto de la tradición.

Partiendo de la anterior clasificación de las relaciones traslativas, distinguimos los siguientes supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad:

- 1) Supuestos de colisión de relaciones reales.
- 2) Supuestos de colisión de relación personal y relación real.
- 3) Supuestos de colisión de relaciones personales.

1) *Reglas generales de la afección negativa en los supuestos de colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad*

Partimos de la existencia de los presupuestos de propiedad y posesión en el transmitente al iniciarse la situación, es decir, al crear la primera relación. Se trata en definitiva de decidir cuál de las relaciones en colisión produce la transmisión de la propiedad, por lo que hay que dar por existentes los requisitos necesarios para que una de ellas la produzca. Prescindimos también de la mala fe del segundo adquirente, es decir, le suponemos de buena fe, porque de darse aquella circunstancia—mala fe del segundo adquirente—puede interponerse la protección del primero, con lo cual el supuesto excedería de los que aquí contemplamos, en los que no entra el de protección del tercero en sentido restringido.

Si el «modo» del sistema traslativo de nuestro Código Civil consistiera en un acto cuya ejecución agotara la posibilidad de producirlo, como ocurre con la inscripción en el sistema traslativo inmobiliario alemán, sólo podría producirse una de las que hemos llamado relaciones traslativas reales. Algo así ocurre con la tradición real, pues el traslado de la posesión material impide al *tradens* otra tradición real. Pero la llamada tradición ficticia—o algunas formas de tradición ficticia, especialmente la instrumental—es susceptible de repetición—al menos como tradición «vacía»—y no impide la tradición real. Se da así la posibilidad de colisión de relaciones traslativas reales, cuya solución divide a nuestra doctrina en la interpretación del artículo 1.473 del Código Civil.

La cuestión se reduce a la del valor relativo de las distintas formas de tradición y a la de si la inscripción es o no «modo» en la transmisión de bienes inmuebles.

Las soluciones son tres, que resumimos así:

1.^a La de MANRESA, para quien todas las formas de tradición tienen el mismo valor. Según este comentarista del Código Civil, la palabra «posesión» de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.473 equivale a cualquier forma de tradición. Considera dichos párrafos como trasunto de la Ley 50, Título 5.º, de la Partida 5.^a, que interpreta así: «De acuerdo

con la doctrina de que el contrato genera la obligación, pero el derecho real sólo se adquiere con la entrega de la cosa, la citada Ley de Partidas resolvía la cuestión a favor del comprador que primero hubiese tomado posesión.» Siguen esta opinión SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS y VALLET DE GOTTISOLO (51).

2.^a La que recientemente sigue PUIG BRUTAU, a tenor de la cual el artículo 1.473 introduce la innovación de distinguir entre la entrega material y la entrega ficticia, dando a aquélla—la posesión de los párrafos 1.º y 3.º—preferencia sobre ésta. Ya MANRESA reconocía que «la Ley deliberadamente establece una gradación entre las diferentes formas de entrega admitidas, dando preferencia a la entrega material sobre la ficticia». Es de esta opinión CASTÁN TOBEÑAS. BADENES la considera dominante en la doctrina más moderna (52) (53).

(51) Añade MANRESA: «Vendida una finca a A en escritura pública y después a B, aunque se incaute éste del inmueble, la propiedad pertenece a A, primero en la tradición con arreglo al artículo 1.462, puesto que a partir del otorgamiento de la escritura, que envuelve la entrega de la cosa, el vendedor carecía ya de facultad de disponer de aquélla. Sin embargo, fuerza es reconocer que aunque ésa fuera la intención del legislador, y así queremos entenderlo en interés de los principios de justicia, el artículo 1.473 literalmente interpretado no es eso lo que dice. La posesión es sólo una forma de tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a lo que parece aludir el artículo. Y si esto es así, conviene cambiar la redacción del artículo 1.473 en la primera reforma del Código Civil, para que no se pueda sospechar siquiera que el legislador, amparando el abuso y consumando el despojo, otorga preferencia a quien en justicia puede no merecerla.» Pero si los términos del artículo 1.473 son claros, hay que entenderlos en su tenor literal, y admitir que sus autores quisieron establecer la diferencia que resulta entre la tradición real y la ficticia. Alteraron el sistema de título y tradición, pero no sin razón, pues, como el mismo MANRESA reconoce, la tradición material es prueba y signo evidente de la entrega, y hay que entender que quisieron evitar que las transmisiones clandestinas perjudicaran a terceros de buena fe, peligro que, sobre todo, vieron en la tradición instrumental del artículo 1.462.

(52) Generalmente, los civilistas que defienden esta opinión se limitan a apoyarse en la letra del artículo 1.473. CASTÁN TOBEÑAS, después de citar la opinión de MANRESA, dice: «Pero aunque ésta—la de MANRESA—sea la doctrina más racional, creemos que no es posible prescindir de la letra y del sentido del artículo 1.473, el cual, como confiesa el citado comentarista, se refiere a la posesión real, dando preferencia a ésta sobre la entrega ficticia.» Respecto de la doble venta de bienes muebles hay el precedente del artículo 1.141 del Código Civil francés, pero la doctrina francesa lo interpreta en sentido de que el segundo comprador, primero en la posesión, adquiere *a non domino*, en virtud de la regla *en fait de meubles, possession vaut titre*, lo que impide explicar con dicho precedente el artículo 1.473 de nuestro Código Civil. La explicación, que ya apunta PUIG BRUTAU, está en la publicidad de la posesión material. Los autores del Código Civil introdujeron en el sistema traslativo tradicional una innovación análoga a aquella de que partieron los autores de la Ley Hipotecaria, dando a la tradición real el valor de «modo» prevalente.

(53) No podemos pasar por alto el inciso final del párrafo 3.º, pesadilla de los intérpretes del artículo 1.473. Los últimos intentos de VALLET y de ALBADALEJO no resuelven, a nuestro juicio, la incógnita de un precepto que hoy resulta incomprensible. «Faltando la posesión—dice—pertenece la propiedad a quien presente

3.^a Al margen de las anteriores, la de nuestros antiguos hipotecaristas, defendida por VILLARES PICO, FERNÁNDEZ ALONSO y ROAN MARTÍNEZ, entre los modernos, para quienes la inscripción es «modo» de adquirir la propiedad inmobiliaria, preferente a cualquier forma de tradición, siendo el párrafo 2.º del artículo 1.473 mera adaptación del sistema traslativo del Código Civil al seguido por la Ley Hipotecaria (54).

De estas opiniones la tercera tiene especial trascendencia en el planteamiento y solución de los supuestos de colisión de relaciones traslativas de la propiedad inmobiliaria, por lo que creemos conveniente detenernos en el examen del sistema traslativo básico de nuestro sistema registral.

Al publicarse nuestra primera Ley Hipotecaria estaba en auge en España la teoría del título y el modo (55). Los autores de dicha Ley se refieren al sistema traslativo entonces vigente con las siguientes palabras de la Exposición de Motivos: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en las cosas y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlas, sólo nacieron con la tradición, o lo que es lo mismo,

título de fecha más antigua.» Parece como si la propiedad de los bienes inmuebles, precisamente, pudiera transmitirse por sólo el título. Como esta conclusión está en flagrante contradicción con el sistema traslativo del mismo Código, hay que entender que el título de dicho inciso conlleva la tradición, es decir, que en el inciso se plantea la colisión de compraventas concertadas en escrituras públicas, resolviéndola a favor de la más antigua porque es la que produjo la tradición, de acuerdo con el artículo 1.462-2. Esta interpretación es congruente con la que se dio primero a los artículos 1.278, 1.279 y 1.280: los contratos pueden celebrarse en cualquier forma, pero cuando la ley exige documento público, como ocurre con los que tienen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, los contratantes que no cumplieron este requisito sólo tienen derecho a compelerse recíprocamente a cumplirlo. Hay en dichos artículos un barrunto del negocio de disposición, como distintivo del obligacional. Para los autores del Código Civil, el título traslativo de la propiedad de bienes inmuebles tenía que constar en escritura pública, que comporta la tradición. La colisión de compraventas en escrituras públicas resultaba el supuesto base, resuelto por el inciso final del párrafo 3.º del artículo 1.473. Y resultaban variantes de este supuesto: el de posesión material del segundo comprador de buena fe, resuelto por el inciso primero de dicho párrafo 3.º, y el de inscripción del título del segundo comprador, resuelto por el párrafo 2.º Pero en la interpretación de los artículos antes citados prevaleció el criterio que da mero valor *ad probationem* al documento del artículo 1.280-1.º, con lo que desapareció la diferencia entre negocio dispositivo y negocio obligacional. Todos los contratos de finalidad traslativa, cualquiera que sea su forma, pasaron a ser títulos traslativos. Los supuestos del inciso final del párrafo 3.º se multiplicaron, y la norma de dicho inciso devino incomprensible.

(54) Podríamos incluir también a LA RICA Y ARENAL, pero su opinión presenta particularidades que la separan de la de los autores citados.

(55) Así se deduce de la difusión en España de la obra de HEINECIO, último epígono germánico de la teoría. De sus *Instituciones, relaciones y elementos* se hicieron varias ediciones en nuestra Patria y el nombre de este autor «resonó constantemente—en frase de don JERÓNIMO GONZÁLEZ—en nuestras cátedras de Derecho romano durante los dos primeros tercios del siglo pasado».

de la posesión de las cosas inmuebles.» Partiendo de esta situación legal, hacen la siguiente confesión: «Debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el proyecto en los principios generales del Derecho actual.» Y añaden: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán traspasados o constituidos, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, 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.»

Si estas palabras de los autores de la Ley tienen algún valor para interpretarla, hay que entenderlas en sentido de que partieron de un sistema traslativo de la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles en el que la inscripción es «modo» de adquirir, en concurrencia con la tradición y preferente a ésta, en caso de colisión. Si una venta se inscribe, «ya», es decir, sin necesidad de tradición, traspasa la propiedad al comprador. Si no se inscribe y el comprador obtiene la posesión, adquiere la propiedad, pero no respecto a otro adquirente que haya cumplido el requisito de la inscripción. En definitiva, cuando la tradición precede a la inscripción, ésta refuerza la transmisión, al impedir que surja otro adquirente excepcionado de la eficacia *erga omne* de la primera transmisión. Cuando la tradición no precede a la inscripción, ésta produce la transmisión de la propiedad, sin posible excepción a su eficacia *erga omne*. La inscripción es o no modo de adquirir, según los casos.

Así entendieron los hipotecaristas inmediatos a la publicación de dicha Ley Hipotecaria el sistema de que ésta partía. Don BIENVENIDO OLIVER decía que «la inscripción es el único modo absoluto de adquirir, conservar, transmitir, gravar y perder los derechos reales sobre cosas inmuebles». Y PÉREZ PUJOL, en la conocida carta que dirigió al mencionado hipotecarista, después de destacar las dos relaciones que apreciaba en la transmisión de un derecho real, la positiva, entre el transmitente y el adquirente, y la negativa, entre el adquirente y la sociedad, afirmaba que «la publicidad por medio del Registro tiene fuerza sustantiva para hacer nacer la obligación general negativa de los terceros, de los no otorgantes del acto inscrito, de los obligados por la obligación general negativa (56).

(56) Don JERÓNIMO GONZÁLEZ calificó esta misiva de «brillante alegato, acaso el más filosófico que en castellano se haya escrito en defensa del sistema adoptado

Y es que la innovación no puede ser más lógica. En la teoría del título y el modo, el «modo» responde—al menos en la transmisión de la propiedad y demás derechos reales—a la idea de la publicidad, hasta entonces plasmada en algo externo y material: la posesión. La idea de publicidad, referida a la inscripción, es básica en todos los sistemas registrales, por lo que nada más lógico que considerar la inscripción como «modo», dentro de aquella teoría, y hasta como modo preferente a la tradición, ya que tiene más publicidad y más claridad que ésta (57).

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 no recogieron en el articulado el valor de la inscripción como «modo» supletorio, bien porque entendieran que bastaba el juego del artículo 23 (hoy 32), bien porque quisieran que el sistema registral que instauraban valiera también para el caso de que el Código Civil en proyecto se decidiera por el sistema traslativo de sólo consentimiento, de sólo el contrato de finalidad traslativa, seguido por el proyecto de 1851. Pero, aunque no lo regularon, partieron del sistema traslativo que explicaron en la Exposición de Motivos, porque de lo contrario el sistema registral que intentaban instaurar resultaría prácticamente inoperante.

El Código Civil adoptó el sistema traslativo de título y tradición y no alteró la situación creada por la Ley Hipotecaria, excepto en la constitución del derecho real de hipoteca, en la que el artículo 1.875 dio a la inscripción carácter constitutivo (58). El respeto a la órbita normativa

por nuestra Ley Hipotecaria». Y aunque seguidamente advierte graves deficiencias, principalmente desde su punto de vista germanista, lo cierto es que refleja fielmente el pensamiento de los autores de la ley. La censura más certera que tal vez merezca de nuestra actual doctrina radica en la construcción de los derechos reales. Pero si no una obligación general pasiva, hay en estos derechos una dimensión que falta en los personajes y que el Registro puede crear. De aquí que PÉREZ PUJOL y don JERÓNIMO GONZÁLEZ coincidan en el valor de la inscripción, aunque lo expresen en distintos términos: para el primero puede ser modo de adquirir, para el segundo puede ser constitutiva.

(57) Para don JERÓNIMO GONZÁLEZ, los conceptos título y modo se hallan lógicamente muy distantes del principio de publicidad. Ciertamente que en la teoría a que dan nombre tan sólo son la causa remota y la causa próxima de la transmisión. Pero esto no quiere decir que en la tradición no pesara su publicidad. Cuando el título es un contrato, la única causa próxima o modo que se admite para adquirir la propiedad es la tradición, precisamente por su publicidad. Prevalece entonces el antecedente romano de la *traditio*, en la que está implícita la publicidad. Así se aprecia en los autores de nuestra primera Ley Hipotecaria, cuando dicen: «Nuestras leyes... adoptaron la diferencia entre el título y el modo y establecieron... que la propiedad y los demás derechos en las cosas... sólo nacieran con la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles.» La referencia a la teoría del título y el modo termina resaltando la publicidad de la tradición.

(58) «Nuestro Código Civil—dice ESPÍN—no menciona expresamente la teoría del título y el modo, como, por el contrario, hizo el Código austríaco; muchos artículos hablan de título y modo, pero sin rigor técnico. Sin embargo, la doctrina señala los artículos 609 y 1.095, estimando que el Código la sigue respecto a la tradición. Queda, por tanto, descartada la teoría con otros modos de adquirir la

de la Ley Hipotecaria resulta claramente en el artículo 608 y, en lo que se refiere al sistema traslativo inmobiliario, en el artículo 1.537. Después de regular la tradición en los artículos 1.462 a 1.464, comprendidos en el Título de la compraventa, dice al artículo 1.537: «Todo lo dispuesto en este Título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria.» Hasta aplica el sistema traslativo de la Ley Hipotecaria en el artículo 1.473 que, como un eco de la Exposición de Motivos, dice: «Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores... si fuere inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.»

Pero al enunciar en el artículo 609 los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes, omitió toda referencia a la inscripción registral. Sus autores partieron también de la teoría del título y el modo, pero no hicieron alusión alguna a la innovación que en esta teoría habían introducido los autores de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, esta omisión no tiene trascendencia al resultar salvada por los artículos 608 y 1.537. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, principal iniciador de la actual tendencia germanista de nuestro Derecho Hipotecario, después de examinar los artículos 609 y 1.095 del Código Civil, llegó a esta conclusión: «La inscripción del título adquisitivo transformará la situación obligacional en real, aunque en estos supuestos nada digan los artículos citados, mientras que en el de la tradición reconocerá el derecho real. Es decir, la inscripción será constitutiva o declarativa según los casos» (59).

Sin embargo, la doctrina dominante interpreta la aludida omisión como exclusión de la inscripción «modo» supletorio, como confirmación de que para el Código Civil no hay otro sistema traslativo que el de título y tradición. Pero esta interpretación topa con el grave obstáculo de que dicho sistema resulta inadecuado como base de un sistema registral de protección de tercero.

En efecto, los principios hipotecarios de protección de tercero—inoponibilidad y fe pública registral—sólo actúan respecto del presupuesto de la existencia del dominio o derecho real que se transmite en el patrimonio del transmitente, sólo producen efecto sobre este requisito, salvándole en beneficio de tercero. El favorecido por uno de estos principios—tercero hipotecario—adquiere, aunque el transmitente no fuera dueño

propiedad distintos de la enajenación voluntaria por medio de contrato.» («La transmisión de los derechos reales en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, junio 1949.)

(59) *El principio de inscripción*, uno de los primeros artículos que publicó en esta Revista—noviembre de 1925—, recogido en Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil. El examen de los demás trabajos de este insigne hipotecarista, especialmente su conferencia *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, demuestra que nunca rectificó la razonada conclusión que hemos recogido en el texto.

del inmueble o derecho real—adquisición *a non domino*—. En la adquisición del tercero hipotecario no se exige el presupuesto de la pertenencia al transmitente del dominio o derecho real que se transmite, pero se exigen todos los demás requisitos de la transmisión, del sistema traslativo. En el sistema de título y tradición también es presupuesto que el transmitente posea la cosa que transmite. Y este requisito de la adquisición del tercero hipotecario falta en supuestos en que es protegido por el principio de inoponibilidad—adquisición del segundo comprador en la doble venta—y falta también en supuestos en que es protegido por la fe pública registral—adquisición del que compra al titular registral la finca que otro ha adquirido por usucapión, adquisición del que compra al titular registral la finca que éste había adquirido por título falso o simulado y que siguió poseyendo el verdadero dueño—. En estos supuestos el principio de inoponibilidad o el de fe pública registral, pone al tercero hipotecario en condiciones de adquirir el inmueble o el derecho real, pero no lo adquirirá porque en la transmisión a su favor falta el presupuesto de la posesión del transmitente y no puede haber tradición. En el sistema registral francés, al segundo comprador que transcribe primero su título se le puede considerar dueño del inmueble que compró, porque ha seguido el *iter* de su sistema traslativo. Lo mismo puede decirse en el sistema alemán del tercero de la usucapión y del tercero de la adquisición por *einigung* falso o simulado. Pero en nuestro sistema, al tercero hipotecario de la doble venta, al de la usucapión y al de la adquisición por título falso o simulado, no se les puede llamar dueños del inmueble o derecho real objeto de la transmisión a su favor, porque en su adquisición no han seguido el *iter* de nuestro sistema traslativo.

Esta deficiencia de nuestro sistema traslativo no ha pasado inadvertida a nuestros hipotecaristas. Como dice LACRUZ BERDEJO, «todos los autores intentan superar la misma deficiencia, a saber: que quien inscribe su derecho resulte que no lo ha adquirido por falta de una tradición válida en el proceso traslativo». Estos intentos suponen diversas opiniones sobre el sistema traslativo que ha de servir de base a nuestro sistema registral, opiniones que conviene examinar detenidamente.

La opinión de SANZ FERNÁNDEZ sobre el sistema traslativo base de nuestro sistema registral (60).

Para SANZ el sistema traslativo base de nuestro sistema registral es el de título y tradición, sin otra variación que la tradición presunta que encuentra en la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria

(60) El estudio de las obras de SANZ, principalmente sus *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* y sus *Instituciones de Derecho hipotecario*, es imprescindible

vigente. En las transmisiones inmobiliarias del Registro existe siempre título y tradición. La inscripción nunca suple a la tradición y únicamente la convalida a través de la fe pública registral.

Así pueden resumirse los siguientes párrafos en sus Instituciones de Derecho Inmobiliario:

«La Ley Hipotecaria de 1861 no introdujo ninguna modificación en el sistema vigente sobre la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, construida sobre la clásica doctrina del título y el modo. Por ello, en nuestro sistema no se trató nunca de sustituir la tradición por la inscripción, eliminando aquélla, sino que se adicionó a los dos requisitos tradicionales la inscripción. De aquí que en Derecho español la adquisición perfecta del dominio llevará en sí tres elementos fundamentales: 1.º, el título, constitutivo del negocio jurídico dirigido a la transmisión; 2.º, la tradición, de fuerza constitutiva del derecho real, y 3.º, la inscripción, elemento declarativo siempre en lo que al derecho real en sí mismo considerado se refiere, y únicamente constitutiva a los efectos de la seguridad jurídica.»

«Consecuentemente con el procedimiento inicial seguido de añadir a la teoría del título y el modo un elemento nuevo, sin alterar las bases del Derecho civil, nuestro sistema ha dado carácter declarativo a la inscripción, como regla general.»

«Nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (arts. 1.º y 2.º de la Ley). Y siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración en un Registro en que lo que se inscribe no es precisamente la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, sino los actos y contratos que sirven de causa a la misma.»

«El precepto que mayores dudas provoca es sin duda el artículo 1.473 del Código Civil. Pero aparte la consideración de no ser un precepto de carácter general, sino especial para un supuesto determinado, la aplicación del mismo no permite deducir la consecuencia de que la inscripción es modo de adquirir o constitutiva... La preferencia no se concede a la persona que primero inscribe su título, sino al adquirente que primero inscribe su propiedad. El artículo 1.473, en su párrafo segundo, ni cita la tradición, ni tampoco cita el título: habla de adquisición de la propiedad. Y esta adquisición habrá de regirse por las reglas generales o, lo que es lo mismo, necesitará del título y la tradición.»

para el completo conocimiento de nuestro Derecho hipotecario. A su estilo llano y fluido unía este inolvidable hipotecarista una lógica irreproachable que le evitaba caer en artificiosas construcciones. Con su fallecimiento, para nosotros siempre presente, nuestra doctrina hipotecarista perdió uno de sus más destacados valores y los autores de este trabajo un maestro y un amigo.

«La redacción actual del artículo 34 de la Ley Hipotecaria aclara suficientemente el tema. Siendo finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, es indudable que fuera de esto han de aplicarse en todo los requisitos de la adquisición: título y tradición. Por esto, el artículo 34 se refiere a los que hayan adquirido el derecho del titular inscrito, y no solamente a los que hayan contratado, redacción de alcance muy diferente. En este sentido guarda perfecta armonía el artículo 34 con el 1.473 del Código Civil, de redacción análoga.»

«La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley, implica la de haber adquirido dicha posesión con arreglo al título inscrito o, lo que es lo mismo, la de haberse efectuado la tradición. Conforme al artículo 1.462 del Código Civil, tal como lo interpreta la jurisprudencia, quien impugne la tradición instrumental sólo deberá probar que la escritura pública no tuvo tal significación porque el transmitente no estaba en la posesión real de la misma o no tenía la posibilidad de transferir las acciones reales necesarias para reivindicarla. En cambio, si el adquirente inscribe su título, deberá demostrar, además, que no obtuvo en ningún momento la posesión, ni existió ninguna otra forma de tradición fingida eficaz. Al importante papel de la tradición instrumental se añade la presunción de tradición, que si bien no llega a constituir una forma de tradición igual en eficacia a la real, concede una protección tan enérgica que difícilmente podrá llegar a ser vencido el adquirente en virtud de escritura pública inscrita, salvo excepciones.»

«En principio la inscripción no produce ningún efecto sobre la tradición; de modo que ni la excluye, ni la suple, ni la priva de sus peculiares efectos, pero en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición.»

«La tradición podrá hacerse en alguna de las formas admitidas en Derecho. En efecto, si el transmitente tiene la posesión de la finca, podrá tener lugar la tradición real; en los demás casos cabrá cualquier forma de tradición simbólica, y siempre tendrá aplicación la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil. Ahora bien, la tradición, para que surta plenos efectos en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere de una manera indispensable que el *tradens* sea previamente dueño de la cosa, que pueda transmitir el dominio. Mas precisamente este vicio del título, esta falta de preexistencia del dominio en el transferente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública: la tradición que no podía producir sus efectos traslativos por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función

convalidante del Registro. Pero ello no quiere decir que no exista, ni que la inscripción la reemplace, sino, simplemente, que la convalida» (61).

El sistema traslativo inmobiliario defendido por SANZ «fue—según este autor—razonado ampliamente en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861» y «resulta también de la generalidad de los artículos del Código, especialmente el 609, y de la Ley Hipotecaria (arts. 1.º, 2.º, 32, 33, 34, 35 y 146)».

Disentimos de la opinión de SANZ e impugnándola hacemos a la misma los siguientes reparos:

Reparo 1.º En uno de los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, antes transcritos, la Comisión declara paladinamente el gran cambio que introduce en los principios generales de la transmisión de inmuebles. Al explicar este cambio, el inciso «para los efectos de la seguridad de un tercero» puede dar la impresión de que la inscripción sólo juega en la protección de terceros. Pero el pensamiento de sus autores se explica después con el ejemplo de la venta, en el que se parte del supuesto de que no esté inscrita ni consumada por la tradición y se sigue con los alternativos de que esa misma venta se inscriba—un supuesto—o se consuma por la tradición—otro supuesto—. Para el supuesto de que la venta se inscriba se dice: «ya traspasa al comprador el dominio respecto de todos». No se exige que la venta se haya consumado con la tradición, sino que, al contrario, con la palabra «ya» se quiso resaltar que no es necesaria la tradición, que la transmisión se produce por la venta y la inscripción.

En el sistema traslativo de la Comisión la tradición puede preceder o no preceder a la inscripción. No se prescinde de la tradición, pero tampoco se la considera necesaria. Por eso en la Comisión no se planteó el problema de la falta de tradición, como se planteó el del título nulo —artículo 33—. Partiendo de la Base 52 de LUZURIAGA, reformada por la Comisión de 1846, innovó el sistema traslativo y conservó el antiguo, dejando uno y otro a elección de los particulares. Esto es precisamente lo peculiar de nuestro sistema: inscripción voluntaria ni exclusivamente declarativa ni exclusivamente constitutiva, sino una u otra, según los casos. Del sistema antiguo se dice que «queda entre los contrayentes», porque la posibilidad de que la transmisión quede sin efecto, como consecuencia de otra efectuada por el sistema innovado, reduce de tal modo su eficacia que puede decirse que sólo es definitiva entre los contrayentes.

(61) Hemos transcrito por extensos párrafos de la citada obra porque estimamos justo exponer ampliamente las opiniones que rebatimos, aunque en el presente caso el sugestivo estilo con que están redactados acrecientan el valor de la doctrina que recogen, lo que restará valor a nuestra modesta y tal vez temeraria refutación.

El adquirente puede tener la seguridad de que su adquisición es eficaz respecto de su transmitente, que puede ejercitar las acciones dominicales frente a éste, pero no puede tener la misma seguridad respecto de otras personas porque cualquiera de ellas puede haber adquirido por el sistema innovado. Calificado el sistema antiguo con la expresión «entre partes», era lógico calificar el innovado con la expresión «respecto de terceros», o con la más larga «a efecto de la seguridad de un tercero». El tercero de esta expresión es cualquier persona que quiera adquirir *erga omnes*, respecto a todos. A esta persona le llamaron tercero porque efectivamente puede serlo respecto de otra transmisión efectuada por el sistema antiguo, pero no es necesario que surja la colisión para ofrecerle la seguridad de su adquisición con el empleo del sistema innovado.

La posición de los autores de la Ley de 1861 en el problema de la transmisión fue esencialmente práctica. De ella resultó la distinción entre transmisión *inter partes* y transmisión *erga omnes*. La iniciaron a propósito del sistema francés, que se abstienen de apreciar «cuando se limita a los mismos contrayentes» y rechazan «cuando se trata del interés de terceros». Y la aplicaron, como hemos visto, en la explicación del sistema resultante de la innovación que introdujeron. La frase «si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño—el comprador—con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción», escandaliza a algunos hipotecaristas modernos, pero en la práctica posición de sus autores significa que admitieron dos modos de adquirir la propiedad, la tradición y la inscripción, y dieron prevalencia a ésta sobre aquélla. Ante dicha posición práctica resultaba inútil exigir que la tradición precediera siempre a la inscripción, máxime habiendo manejado tanto el supuesto en que el adquirente que ha cumplido el requisito de la inscripción es un segundo comprador.

En el sistema traslativo de la Comisión la inscripción, cuando actúa como «modo» de adquirir, no es una forma de tradición, sino simplemente un acto al que el Derecho une la efectividad de la transmisión latente en el título. Dieron este valor a la inscripción por su publicidad, que es la nota que apreciaron en la tradición para resaltarla en la Exposición de Motivos: «Los romanos—dijeron—, a pesar de haber despojado el Derecho antiguo de muchas formas groseras, creyeron siempre que un acto externo, público y que pueda apreciarse por todos, debía señalar al que es dueño de la cosa inmueble.» Un acto externo, público y que puede ser apreciado por todos, es lo que los autores de la Ley de 1861 vieron en la inscripción para darle el valor que los romanos dieron a la tradición. Esta sólo es el traslado de la posesión, pero a este traslado, precisamente por su publicidad, los romanos le dieron el valor de modo de transmitir

la propiedad. De igual modo, los autores de nuestra primera Ley Hipotecaria, dieron a la inscripción, precisamente por su publicidad, valor de modo de transmitir la propiedad de los inmuebles. Respetaron la tradición, pero no la exigieron cuando la inscripción la hacía innecesaria. Y convencidos de la superioridad de la publicidad registral, dieron a la inscripción preferencia sobre la tradición (62).

Asimilar la inscripción a la tradición, viendo en aquélla una forma de ésta—tradición tabular—, conduce a negar a la inscripción la eficacia traslativa de la tradición o a subordinarla a ésta. Así puede apreciarse en VALLET DE GOYTISOLO. Distingue este autor dos vertientes o funciones de la tradición: dar efectividad a la transmisión y darle publicidad. Y partiendo de la afirmación de que la primera función es la prevalente, llega a la conclusión—en Derecho constituyente—de que la inscripción no puede ser la forma más adecuada de hacer efectiva la transmisión. «Padrá—dice—ser una más, entre las formas ficticias de tradición, pero nunca puede eliminar a las demás y deberá inclinarse siempre ante la superioridad de la entrega del señorío efectivo. La ficción puede ayudar a la realidad, pero nunca eliminarla ni borrarla.»

Pero la inscripción no es una forma de tradición, sino, al igual que la tradición, una forma de transmisión, es decir, un elemento que con el título produce la transmisión. Tradición e inscripción tienen este valor traslativo del dominio por la eficacia que les atribuye el Derecho, al que también compete precisar la superioridad de una sobre otra. Puede decirse que son formas legales de transmisión del dominio y en este aspecto de-

(62) «La tradición—dice MAINZ en su *Curso de Derecho romano*—no tiene el carácter de autenticidad que distinguía a la *mancipatio* y a la *in iure cessio* y es, además, un acto equívoco, que recibe solamente su valor traslativo de la propiedad de su elemento intencional, cuya expresión, en muchos casos, puede ser muy incierta.» La superioridad de la publicidad de la inscripción es generalmente reconocida. Pero no faltan excepciones. «Sin duda—dice VALLET—, la inscripción será la mejor manera de anunciar una hipoteca o un censo a quien vaya a comprar una finca, y el mejor aviso para quien, agazapado, espera una venta con el fin de ejercitar el retracto. Pero como forma de publicidad ante la común opinión, es mucho más perfecta la entrega y goce de la posesión efectiva.» Y lo que es más grave, este autor injerta la posesión en el principio de fe pública registral, al definir la buena fe como «la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es titular registral y puede disponer de su derecho». Entiende que la presunción del artículo 448 del Código Civil es una presunción de dominio «que, con efectos negativos, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria». «Por eso—concluye—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. La regla del artículo 36, que exige tal diligencia, no es excepción para el solo caso de la usucapión frente al artículo 34, sino aplicación a un caso concreto de la regla general implícita.» El entusiasmo por la posesión, que se aprecia en amplio sector de nuestra doctrina, puede poner en peligro nuestro sistema registral.

penden exclusivamente de la Ley. Esto es especialmente claro respecto de la inscripción—es o no elemento de la transmisión según qué legislación—y sólo exige explicación en cuanto a la tradición.

La palabra tradición puede emplearse en triple sentido: traslado de la tenencia de una cosa, traslado de la posesión jurídica y traslado del dominio (63). Por naturaleza la tradición es sólo el traslado de la tenencia. En los Derechos que distinguen posesión y dominio, la tradición produce también por sí misma, por su naturaleza, el traslado de la posesión. Es la forma natural de adquirir derivativamente la posesión. El Derecho se limita a admitir y regular la posesión jurídica y una vez admitida esta figura resulta inevitable su transmisión por la tradición. En cambio, para que la tradición produzca la transmisión del dominio es imprescindible que el Derecho le dé esta eficacia. Por sí misma, por propia virtud, la tradición no transmite el dominio. A diferencia de la posesión, el dominio es entidad de creación legal y consecuentemente sólo la Ley—más exactamente el Derecho objetivo—puede regular su adquisición, puede establecer la forma o las formas de su transmisión. De aquí que en Derecho romano la tradición no transmitiera la propiedad quiritaria, y que en los modernos Derechos alemán y suizo no transmita la propiedad inmobiliaria. En la *traditio* romana era esencial la *iusta causa* que, entendiéndose como el contrato de finalidad traslativa o como la intención de transmitir el dominio, constituía el elemento principal de la transmisión, siendo la tradición la forma exigida para su eficacia. Si la voluntad de las partes—*nuda pacta*—era insuficiente para transmitir el dominio, el fino sentido jurídico de los romanos no podía admitir que por el hecho de convertir al contratante adquirente en poseedor adquiriera éste el dominio. La admisión de la tradición como forma de adquirir el dominio tuvo que ser consecuencia de la valoración de su publicidad. Merced a esta valoración, la tradición pudo sustituir a las formas solemnes de la *mancipatio* y la *in iure cessio*. La publicidad es también la nota de la inscripción que algunas legislaciones modernas han considerado para sustituir a la tradición, en una evolución de la publicidad adaptada al moderno tráfico inmobiliario. En las legislaciones alemana y suiza la inscripción cumple la función de dar efectividad a la transmisión. El consentimiento traslativo del *einigung*—en Derecho alemán—o del título—en Derecho suizo—, se hace transmisión efectiva con la inscripción. A esta transmisión no se la puede llamar ficticia porque no vaya acom-

(63) Conforme a su etimología—del verbo *trado*, *tradis*, *tradere*: entregar—, originariamente tradición es sólo la entrega de una cosa, que pasa del *tradens* al *accipiens*. Es el traslado de la tenencia. La conversión, en algunos casos, de la tenencia en posesión—distinta también de la propiedad—es labor exclusiva del Derecho romano.

pañada de la posesión. Lo mismo ocurre en nuestro Derecho cuando la inscripción sustituye a la tradición: el consentimiento traslativo del título se hace transmisión efectiva con la inscripción, el adquirente es dueño efectivo, aunque carezca de la posesión y su dominio no tiene por qué ceder ante el del adquirente por título y tradición, pues en las formas de transmisión del dominio distintas de la tradición la posesión es una circunstancia intrascendente.

Reparo 2.º Tampoco encontramos acertado fundamento de la opinión de SANZ «en la generalidad de los articulados de la Ley Hipotecaria, 1.º, 2.º, 12, 32, 34, 38, 146 principalmente». A nuestro juicio, el articulado de Ley lleva a la convicción de que cuando el proceso traslativo es extrarregistralmente incompleto, lo completa la inscripción.

Son muchos los artículos de la Ley que hablan de títulos inscribibles, de inscripción de títulos, de títulos inscritos, pero lo son también los que dicen derechos inscritos, dominio y demás derechos reales inscritos—20, 38, 40 b, 41, 80-2.º 81, principalmente—. Y esto no sólo en la Ley vigente, de mayor influencia germanista, sino también en la de 1861. Actualmente es opinión muy extendida que en nuestro Registro se inscriben títulos y quedan inscritos derechos (64). Pero ¿cómo explicar que inscribiendo títulos aparezcan inscritos derechos reales? Únicamente con la inscripción supletoria de la tradición. Los autores de la Ley de 1861 partieron del hecho general de que la tradición precede a la inscripción, pero no ignoraban la existencia de excepciones—sobre todo en la doble venta—y no podían tolerar que estas excepciones permitieran desmontar el sistema registral. Para evitarlo complementaron la suposición de tradición con su suplencia por la inscripción. De este modo, teniendo por existente siempre el otro elemento de la transmisión, se ocuparon únicamente del título. Inscrito un título traslativo del dominio queda inscrito el dominio del adquirente. La omisión en la Ley de toda referencia a la tradición está justificada. Poco importa que la tradición no exista si el título y la inscripción producen la transmisión. El artículo 2.º de la Ley parece así copiado del sistema de transcripción. Sólo los artículos que hablan del

(64) Defienden esta opinión DUALDE, LACRUZ y LA RICA. «La inscripción—dice LA RICA y ARENAL—la produce el título no sólo en su acepción de documento, sino en su acepción de acto jurídico causal también, y en este sentido es correcto decir que nuestro Registro es de títulos. Pero el asiento de inscripción extendido en legal forma produce el derecho real pleno y eficaz *erga omne* respecto de las fincas inscritas, y en este sentido es también correcto hablar de derechos inscritos.» Como resulta del texto, también seguimos esta opinión, pero sin la limitación que establece LA RICA, como mera consecuencia de la inscripción modo supletorio. Sin dudar lo inscribiríamos la escritura de que resultara que no ha habido tradición, si de la misma resulta también la voluntad de transmitir la indiscutida propiedad del vendedor, y la inscribiríamos porque precisamente la inscripción produce la transmisión querida por los otorgantes.

dominio inscrito, de los derechos reales inscritos, revelan que, a diferencia de los Registros del sistema de transcripción, el nuestro no es un Registro de títulos (65).

La misma técnica siguieron al regular los efectos de la inscripción respecto de terceros. Si inscrito un título traslativo del dominio queda inscrito el dominio del adquirente, lo lógico era que la protección de este adquirente, en su condición de tercero, se formulara como protección del derecho inscrito. Sin embargo, los autores de la Ley encontraron más cómodo formular esta protección como protección del título inscrito frente al no inscrito y en el artículo 23 (hoy 32) dijeron: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero.» Aunque la colisión se plantea entre un derecho real no inscrito y otro inscrito, la formularon y resolvieron como colisión de títulos. Pero hay que entenderla como colisión de títulos con sus respectivos modos, como colisión de un título con tradición y otro título con inscripción, lo que, en definitiva, equivale a la colisión de un derecho real extrarregistral y otro derecho real registral.

Y lo mismo procedieron en el artículo 34. Si el principio de fe pública registral tiene su base en el derecho inscrito del transferente, lo lógico era que apoyaran en el derecho inscrito del transferente el derecho también inscrito del adquirente tercero hipotecario. Formularon con precisión la base de este principio—«... por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello»—, pero refirieron la protección al título del tercero hipotecario —«los actos y contratos (títulos) ... no se invalidarán en cuanto a tercero»—. Salvado el título del tercero de la repercusión de la nulidad o de la resolución del derecho del transferente, queda salvada la adquisición del tercero, porque aquella nulidad o resolución sólo podría repercutir en el título, no en el modo, de la adquisición del tercero (66).

(65) El artículo 2.º de la Ley Hipotecaria enumera, con criterio exhaustivo tomado del sistema de transcripción, los títulos inscribibles en nuestro Registro. Para ROCA SASTRE, las palabras de dicho artículo: «los títulos traslativos del dominio y los títulos en que se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales», aluden a la constitución, transmisión, modificación y extinción mismas, que es lo que, a su juicio, se inscribe. Pero la palabra título no tiene otras acepciones que las aludidas por LA RICA y no puede emplearse en otra que comprenda también la tradición.

(66) El artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 decía: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.» Partiendo de la facultad de disposición dimanante del derecho inscrito, se aseguraban, en favor de tercero, los títulos que otorgara el titular registral una vez inscritos

La redacción del artículo 34 fue radicalmente cambiada en la reforma de 1944 al adoptar una técnica más ajustada al carácter germanista del principio de fe pública registral. El artículo 34 de la Ley vigente sienta la base de este principio en términos no muy diferentes de los de la redacción anterior, pero formula la protección en los términos siguientes: «El tercero... será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho...» La nueva redacción es superior en otros aspectos a la anterior, pero en el que ahora nos ocupa rompe su anterior congruencia con el artículo 2.º y da la impresión de que lo que se inscribe es el dominio y demás derechos reales.

Esta aparente contradicción entre los artículos 2.º—se inscribe títulos— y 34—se inscribe derechos—hay que resolverla a favor del primero, por ser el precepto fundamental sobre el objeto de las inscripciones. El artículo 34 sólo regula un efecto de la inscripción y sólo en este aspecto es decisivo. Lo que inscribe el tercero del artículo 34, como el tercero del artículo 32 y el inmatriculante del artículo 205, es su título de adquisición. Se puede hablar de adquisición del tercero anterior a la inscripción cuando al presentar su título en el Registro se había completado el proceso traslativo, cuando la tradición precede a la inscripción. Pero si faltaba la tradición, el tercero no había adquirido el dominio o derecho real antes de la inscripción y no puede ser mantenido en una adquisición que no existió. En la nueva redacción del artículo 34 debió decirse: «... una vez que haya inscrito su título, será mantenido en su adquisición».

La técnica de referir al título los efectos de la inscripción la tomaron los autores de la Ley de 1861 de los regímenes de transcripción. La colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad resultaba resuelta por el distinto valor que dieron a los «modos» de adquirir que admitieron, a favor de la relación con «modo» más fuerte. Pero como el modo más fuerte es la inscripción, atendieron únicamente a los títulos para decidir la colisión a favor del inscrito, o lo que es lo mismo, para postergar al no inscrito—inoponibilidad—. La regla del artículo 23, aplicable a la colisión de todos los títulos inscribibles, resultaba sumamente cómoda y los autores de la Ley renunciaron a regular con precisión lo verdaderamente genuino de nuestro sistema registral: su sistema traslativo. En el artículo 23 acogieron el principio de inoponibilidad como fórmula, como forma de expresión, pero en el fondo es el principio de inscripción el que resuelve la colisión de relaciones reales traslativas de la propiedad o constitutivas o traslativas de derechos reales que impliquen posesión. Puede conservarse la técnica formal de la Ley de 1861 y admitir que en virtud del artículo 32 de la Ley vigente rige en nuestro sistema el principio de inoponibilidad con la amplia extensión que resulta del tenor literal de dicho artículo, pero sin olvidar que el análisis de los supuestos

principales descubre que es el principio de inscripción, la inscripción modo supletorio, el que los resuelve.

No somos los únicos en reducir el campo del principio de inoponibilidad en nuestro sistema. NÚÑEZ LAGOS, su primer paladín en la última revisión de ideas hipotecarias, lo reduce a los supuestos en que una de las relaciones en colisión es de servidumbre o de hipoteca. El artículo 32 protege al tercero inscrito—tercero interno en la nomenclatura de NÚÑEZ LAGOS—contra los títulos no inscritos de servidumbres no aparentes y de hipotecas—para dicho autor la inscripción de hipoteca no es constitutiva—. Califica estas situaciones de «tercero frente al actor de mejor derecho» y también de «tercero frente a las acciones confesoria e hipotecaria». El que apoyándose en un título no inscrito ejercita una de estas acciones contra el titular registral de un derecho real contradictorio, encontrará en el Registro un valladar insuperable que defiende al tercero inscrito, al que bastará alegar que el título del ejercitante no está inscrito. El supuesto tipo es el del titular de una servidumbre no aparente cuyo título no inscribió, que intenta hacer valer su derecho contra quien con posterioridad al establecimiento de la servidumbre adquirió la finca gravada por acto o contrato *inter vivos*—oneroso o gratuito—que inscribió en el Registro—aunque la inscripción sea de inmatriculación—. «El derecho real—dice NÚÑEZ LAGOS—sigue a la cosa como la sombra al cuerpo y, por tanto, afecta a todo sucesor (67) *in re*.» La servidumbre, en el supuesto tipo, existía antes de la transmisión de la finca y, en consecuencia, el adquirente del predio gravado es el *reus adversus realem actionem*, el perjudicado por la acción confesoria, el tercer poseedor. Si este *reus adversus* inscribe su título de adquisición «queda a salvo—dice NÚÑEZ LAGOS—de toda eficacia real de acción o derecho no inscrito. Frente a las embestidas de los derechos reales extrarregistrales, la inscripción, como ha dicho GONZÁLEZ PALOMINO, es burladero. El tercero interno, que fuera del Registro es un sucesor y está afectado por cualquier acción real, en el Registro queda ileso. Pero ileso de las acciones reales extrarregistrales, no de aquellas que deban su origen a títulos inscritos y consten expresamente en el Registro» (68).

(67) El artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria dice: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.» Partiendo de la facultad de disposición dimanante del derecho inscrito, asegura el derecho inscrito del tercero. La nueva redacción responde a un cambio de técnica y sus términos no pueden ser extendidos más allá de la órbita del precepto.

(68) *El Registro de la Propiedad Español*. Memoria presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Latino (Buenos Aires, octubre 1948). Posiblemente constituya la más valiosa aportación de su autor a nuestro Derecho hipotecario. Publicada en esta Revista, marzo y mayo de 1949.

De esta breve referencia al concepto que NÚÑEZ LAGOS tiene del tercero del artículo 32, resulta que para el ilustre hipotecarista el principio de inoponibilidad no es aplicable a la colisión de relaciones traslativas de la propiedad. «Frente a la acción reivindicatoria—dice—el sistema registral español no tiene más que un baluarte: el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.» El segundo comprador que inscribió su título no encuentra contra la acción reivindicatoria—o la mera declarativa del dominio—del primer comprador la protección que el artículo 32 le ofrece contra las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas. ¿Por qué esta diferencia? Porque, a juicio de dicho autor, el artículo 33 limita al artículo 32, excluyendo de la órbita de éste la acción reivindicatoria, que es acogida, en distintas condiciones, por el artículo 34, que a su vez limita al artículo 33. TIRSO CARRETERO ha impugnado, a nuestro juicio acertadamente, la interpretación que NÚÑEZ LAGOS da al artículo 33 y sostiene que el principio de inoponibilidad rige en nuestro sistema con la extensión que aparece formulada en el artículo 32 (69). Pero de la opinión de NÚÑEZ LAGOS nos interesa resaltar que excluye del ámbito del principio de inoponibilidad la colisión de relaciones traslativas regidas en su creación por el sistema de título y tradición, con lo que, por distinto camino, viene a coincidir con nuestra limitación del principio de inoponibilidad por el principio de inscripción.

(69) Según NÚÑEZ LAGOS—trabajo citado—, en la comisión redactora del proyecto de Ley Hipotecaria de 1961 se planteó la cuestión de si había que aclarar o no que la acción reivindicatoria quedaba inmune de la eficacia enervante del artículo 23, aduciendo los sostenedores de la opinión afirmativa el precedente del artículo 442 del Código Civil austríaco de 1 de junio de 1811. Prosperó la opinión afirmativa y se introdujo el artículo 33 como límite del artículo 23. Le rebate TIRSO CARRETERO: «Si la inscripción en el Registro austríaco tenía el valor de *traditio* y protegía frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas, pero no contra la reivindicatoria, esta reivindicatoria sobre la que se está discutiendo no puede ser la del primer adquirente no inscrito frente al segundo inscrito, porque en el sistema austríaco el primer adquirente, al faltarle el modo, no es dueño, luego no puede tener reivindicatoria. Tenía que tratarse de otro supuesto de reivindicación, porque para los legisladores de 1861 el caso de la doble enajenación por títulos contradictorios provenientes de un mismo titular no ofrecía duda y estaba claramente regulado por el precepto sobre el cual ya se había discutido bastante en torno a la base 52. Por eso GÓMEZ DE LA SERNA decía que no había que aclarar nada. No había que aclarar nada porque nadie pensaba en excluir la acción reivindicatoria del *verus dominus*, si bien nadie dudaba tampoco que el primer comprador (adquirente) no inscrito no tenía reivindicatoria contra el segundo que inscribió, precisamente porque eso disponía el artículo 23 y ésa era la norma fundamental que pretendía instalar la Ley Hipotecaria, por no llegar a la inscripción como modo del artículo 431 del Código austríaco (*Retorno al Código Civil*, publicado en esta Revista, enero 1965). Conformes con la refutación, creemos que en el pensamiento de los autores de la ley estaba que el primer adquirente que no inscribió no tenía acción contra el segundo que inscribió porque la inscripción era modo superior a la tradición.

Reparo 3.º Tampoco encontramos acertado fundamento de la opinión de SANZ en el articulado del Código Civil, especialmente en los artículos 609, 1.095 y 1.473, alegados por dicho hipotecarista.

Por el contrario, de los artículos 609 y 1.473 resultan dos técnicas en la transmisión del dominio, la de la tradición y la de la inscripción. «El párrafo 2.º del artículo 609—dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ—sanciona la técnica de la tradición romana... Podrán discutirse las formas de tradición y sus clases: natural, real, simbólica, presunta, ficticia, *longa manu*, *constitutum possessorio*..., pero cuando no exista los problemas se resolverán aplicando las reglas del Derecho de obligaciones. La inscripción del título adquisitivo, sin embargo, transformará la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los preceptos citados nada digan.» Y en apoyo de esta afirmación se remite, por nota, al artículo 1.473, sin comentarlo (70).

El artículo 1.473 recuerda el ejemplo de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, sólo que referido a varias ventas de una cosa. Comienza planteando el supuesto como mera colisión de compraventas: «Si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores (en la Exposición de Motivos: una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición...), y a continuación lo desdobra en otros dos, principalmente, añadiendo la inscripción en uno y la posesión en otro.» «Si fuere inmueble—dice el párrafo 2.º—, pertenecerá la propiedad al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro» (en la Exposición de Motivos: si se inscribe, ya traspasa el dominio al comprador respecto a todos). «Cuando no haya inscripción—dice el párrafo 3.º—pertenecerá la propiedad al que de buena fe sea primero en la posesión» (en la Exposición de Motivos: si no se inscribe, aunque el comprador obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción).

La interpretación correcta del párrafo 2.º del artículo 1.473 es precisamente la más sencilla, la que da a sus términos el significado adecuado para que el precepto resuelva el problema que plantea. Hay que leer el párrafo 2.º como si dijera: Si una misma cosa inmueble se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al comprador que antes haya inscrito su compraventa en el Registro. La palabra «adquirente» de dicho párrafo no tiene otro significado que el de sujeto activo de un contrato de finalidad traslativa de la propiedad. Y el antecedente del pronombre «la», lo que ha de inscribir el comprador que adquiere la propiedad, es la cosa inmueble. Sólo con esta interpretación el sentido del párrafo 2.º del artículo 1.473 resulta siempre aceptable y

(70) «Principio de inscripción», párrafo, en parte, ya citado.

congruente con el párrafo 3.º, cualquiera que sea la interpretación de éste. Cuando el primer comprador es primero en la posesión y el segundo comprador primero en la inscripción, antes que ésta se practique, el segundo comprador no es verdaderamente adquirente, no ha adquirido la propiedad de la cosa y, por tanto, no puede inscribir la propiedad.

Para SANZ, el adquirente de dicho párrafo 2.º es un comprador que ya ha adquirido la propiedad y lo que este adquirente inscribe, el antecedente del pronombre «la», es la propiedad. «El problema—dice—se plantea entre dos adquirentes de la propiedad.» Pero para admitir la colisión de propiedades sobre la misma cosa hay que admitir la propiedad relativa, al menos en sentido de una propiedad que se extingue a la aparición de otra adquirida del mismo transmitente, lo que sólo es posible interpretando la palabra «posesión» del párrafo 3.º como tradición real, y SANZ la interpreta como tradición, como cualquier clase de tradición, lo que impide ver en el párrafo 2.º más de un adquirente.

Partiendo de la máxima concesión a la teoría de SANZ—que los compradores son adquirentes y que la escritura pública es siempre tradición—el supuesto tipo del párrafo 2.º se plantearía como colisión de dos adquirentes, el primero de los cuales tiene la propiedad que ha adquirido por título y tradición, y el segundo sólo tiene título y tradición instrumental, pero inscribe su título. Evidentemente, el párrafo 2.º resuelve la colisión a favor del segundo adquirente. Pero ¿cómo este adquirente ha podido adquirir la propiedad por título y tradición si el transmitente no tenía la posesión? A juicio de SANZ, porque la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil no exige la posesión del transmitente. «La tradición—afirma—podrá hacerse en alguna de las formas admitidas en Derecho. En efecto, si el transmitente tiene la posesión de la finca, podrá tener lugar la tradición real; en los demás casos cabrá cualquier forma de tradición simbólica, y siempre tendrá aplicación la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil.»

Esta interpretación del artículo 1.462 predomina en la práctica notarial. Como dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «La tradición presunta del artículo 1.462 ha sido utilizada sin reparo en los formularios notariales, a lo más, los fedatarios precavidos, sin meterse en profundidades sobre la existencia o no de la *vacua possessio*, se contentan con estampar una cláusula de estilo: “El adquirente toma posesión en el hecho de firmar esta escritura”, u otra análoga» (71).

(71) «La tradición de fincas en los instrumentos públicos», conferencia de 11 de enero de 1943 incluida en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. En Derecho constituyente rechaza la sustitución de la tradición por la inscripción. Pero en nuestro Derecho constituido sigue pensando que la inscripción puede transformar la situación obligacional en real. Lo demuestra el siguiente párrafo: «El Notario no puede desestimar la técnica de la tradición fundándose en que el asiento

«El Notario—dice también el ilustre Maestro—no puede desestimar la técnica de la tradición.» «A pesar de la avasalladora influencia del Código Civil francés sobre los juristas españoles, nuestra tradicional doctrina se mantuvo incólume... Ahora bien, se ha omitido la reglamentación, o se encuentra desperdigada, sin unidad, en el Código Civil, de esta fundamental institución—la tradición—y los autores españoles de más renombre, ofuscados por el paralelismo entre la obligación de entregar la cosa vendida, que los artículos 1.462 y siguientes regulan, al estilo francés, y la tradición propiamente dicha, tampoco sientan con claridad las bases de este modo de adquirir la propiedad.»

Afortunadamente, en nuestra última doctrina se advierte el tratamiento de la tradición en su primitiva concepción de transmisión de la posesión, lo que sin duda ayudará a la mejor comprensión de la tradición como técnica de transmisión de la propiedad. Creyéndolo así transcribimos los siguientes párrafos de MARTÍN PÉREZ:

«La tradición es la entrega de una cosa para trasladar a quien la recibe la posesión de la misma (S. de 8 de abril de 1926). La tradición, que es transmisión de la posesión, puede servir para obtener otros fines jurídicos, singularmente la transmisión de la propiedad y derechos reales, por consecuencia de ciertos contratos (art. 609 del Código Civil).»

«Aun ciñendo el estudio a la tradición misma, con independencia de las funciones que, normal pero marginalmente, cumple, no es institución de fácil comprensión o acorde entendimiento por la doctrina, en cuanto que en ella se reflejan necesariamente las cuestiones fundamentales controvertidas en materia de posesión.»

«La controversia u oposición dominante es siempre la del hecho y el derecho en la posesión. De esta oposición surge un tratamiento de la tradición que parece conducir a la ruptura de su concepto unitario, con el reconocimiento de dos especies de tradición, de naturaleza y requisitos distintos: a) De un lado, la tradición o entrega efectiva (*Tathandlungen*) o acto real (*Realakte*), encaminado a obtener un resultado de hecho, al que se enlazan luego los efectos jurídicos. No, por tanto, negocio jurídico (WOLFF), ni exigencia de capacidad negocial (WESTERMANN). Su realización, como afirma en nuestra doctrina G. VALDECASAS, no presupone la capacidad legal de las partes, es suficiente la capacidad natural de querer. b) De otro lado, la tradición o adquisición derivativa por acuerdo (*Einigung*), cuando el adquirente se encuentra ya en situación de ejer-

regstral cubrirá los puntos vulnerables: 1.º, porque las escrituras tienen un período de vida entre su firma y su inscripción; 2.º, porque son muchos los instrumentos que han de quedar fuera del Registro por falta de previa inscripción, por abandono del adquirente o por defectos subsanables o insubsanables, y 3.º, porque un número considerable de parcelas no pueden ingresar en los libros hipotecarios sin gastos extraordinarios y diligencias inacabables.»

citar su poder sobre la cosa. Esta situación es generalmente entendida por los autores alemanes como simple posibilidad, no ya como ejercicio efectivo del poder. Sólo cuando existe una simple posibilidad nace la posesión del acuerdo; cuando el poder se encuentra ya en ejercicio la adquisición ha sido originaria, aunque no deja de surtir alguna eficacia el acuerdo. En nuestra doctrina, en cambio, G. VALDECASAS trata como casos de transmisión por simple acuerdo o convenio tanto los referidos a una posibilidad de ejercicio, que aún no ha sido efectivo (*traditio longa manu*), como los de tradición *brevis manu*, en que el adquirente ya tenía la cosa en su poder. El acuerdo de tradición, a diferencia de la entrega material —acto real—, es un negocio jurídico propiamente dicho, un contrato, dice WOLFF, opinión que comparten GIERKE, HEK, PLANCE-BROADMANN, WESTERMANN, etc. Por consiguiente, dice este último, tal supuesto está sometido a las reglas sobre la declaración de voluntad. En especial, se requiere la capacidad de obrar de las partes (G. VALDECASAS).»

«Una gran diferencia resulta, por tanto, de naturaleza y requisitos para ambas formas de tradición, diferencia que ya a primera vista parece excesiva si se piensa que la eficacia y finalidad es en ambas la misma e idéntico el esquema del acto. Pero el abismo entre las dos formas empieza a reducirse si se considera que: a) La tradición por entrega efectiva requiere las voluntades concordes del que transmite y el que adquiere. Un acuerdo, pues, es necesario en cualquier forma de tradición (BARASSI prefiere llamarle concordancia); precisamente por él la tradición existe, en lugar de considerarse la entrega efectiva como la combinación de dos actos independientes: un abandono de la posesión de la cosa—por parte del poseedor anterior—y una subsiguiente aprehensión unilateral—por parte del nuevo—. La adquisición de la posesión se justificaría también por esta construcción, pero no los efectos que a la tradición se ligán y que, aun siendo limitados, encuentran su única explicación en el reconocimiento de una derivación de la nueva posesión desde la antigua, a través de un acto de transmisión. b) La posesión que se entiende transmitida por acuerdo requiere también efectividad. Sin el hecho no se transmite la posesión; la intención no sería suficiente si no llevase consigo la realización (FUNAIOLI). Como presupuestos de la efectividad lógicamente se exigen: 1.º En el transmitente, la realidad de su señorío posesorio. Aun en las formas más típicas, admitidas por el Derecho positivo, de la llamada tradición ficticia, su eficacia se entiende condicionada a la exigencia de aquella realidad. 2.º En el adquirente, la realidad o posibilidad de ejercicio, a su vez, del señorío de hecho. La eficacia del acuerdo de tradición se alcanza y reconoce bien porque el adquirente tenía ya realmente poder de hecho sobre la cosa (en alguno de los casos que G. VALDECASAS señala), bien porque se encuentra con posibilidad de ejercitarlo

(supuesto al que únicamente atienden VON THUR y WOLFF sobre la base del parágrafo 854-2 del B. G. B.)»

«Resulta, por tanto, que la transmisión posesoria, cuando se produce por entrega efectiva, no puede prescindir de la concordancia de voluntades, y cuando se pretenda realizada por simple acuerdo o convenio presupone la existencia de una situación de hecho que valga como señorío posesorio. En uno y otro caso la voluntad opera, pero no es por sí bastante para producir la transmisión. La voluntad, parece, siempre habrá de referirse y dirigirse a un resultado de hecho. Por esta referencia se unifica el concepto de tradición» (72).

En los párrafos transcritos, MARTÍN PÉREZ se refiere a la tradición misma en el solo sentido de traslado de la posesión, y recoge una construcción inspirada principalmente en la doctrina alemana. En nuestro Derecho, el artículo 609 del Código Civil parece aludir a la tradición en el mismo sentido, viendo en ciertos contratos únicamente la causa de la tradición. Pero al regularla entre las obligaciones del vendedor, la doctrina más generalizada la considera en el único aspecto de cumplimiento de la obligación de entregar, con lo que resulta aún más confusa esta institución. Se subestima el acuerdo traditorio—pese a presumirlo el artículo 1.462-2 y recogerlo expresamente el artículo 1.463—que queda embebido en la voluntad contractual, con lo que la tradición queda reducida a simple peripecia del contrato.

Pero a los fines de este trabajo es el otro elemento de la tradición—el traslado de la posesión—el que principalmente nos interesa, y de las conclusiones a que llega MARTÍN PÉREZ recogemos la afirmación de que toda tradición «presupone la existencia de una situación de hecho que valga como señorío posesorio». Llamando posesión a esta situación puede afirmarse más brevemente que toda tradición exige en el *tradens* la posesión que quiere transmitir al *accipiens*. Esta posesión puede ser

(72) *Derechos reales. I. Doctrinas generales: La posesión.* Trata la tradición como adquisición derivativa de la posesión principalmente. En el tratamiento como modo de adquirir la propiedad, la dirección que NÚÑEZ LAGOS llama hispano-bolonesa reduce la tradición al hecho material de ejecución de un contrato. «La tradición—dice dicho autor—no es un negocio jurídico, ni siquiera un acto material autónomo, es simplemente una consecuencia de un contrato obligacional (art. 609 del Código Civil), una peripecia del cumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa.» Opuesta es la posición que siguió DE DIEGO al definir la tradición como «modo de adquirir el dominio, derivativo y singular, consistente en la transmisión de la posesión de una cosa de una persona a otra, ambas capaces, con intento en ambas de que la última se haga propietaria». Como posible posición intermedia apuntamos que para nuestro Código Civil no basta que la tradición se haga con intención de transmitir la propiedad, sino que tiene que ser consecuencia de un contrato; pero tampoco se reduce a un acto material, sino que precisa la intención de transmitir la posesión. Por eso la tradición que transmite la propiedad no siempre coincide con el cumplimiento de la obligación de entregar, pudiendo darse aquella sin cumplirse completamente ésta.

inmediata—ejercida por el transmitente, su representante o un servidor de la posesión—o mediata—ejercida por un mediador que a su vez es poseedor—. Si el transmitente tiene la posesión inmediata y la transmite al adquirente, tenemos la tradición real. Si teniendo la posesión inmediata transmite la posesión mediata, quedando como mediador posesorio del adquirente—*constituto posesorio*—o si teniendo la posesión mediata transmite esta posesión, tenemos la tradición ficticia, en la que cabe que el adquirente tuviera ya la posesión como mediador de la posesión del transmitente—*traditio brevi manu*—. La posesión mediata explica la mayoría de los supuestos de tradición ficticia (73).

El presupuesto de la posesión del *tradens* no admite excepciones, que irían contra la naturaleza de la tradición. Hay casos en los que parece faltar, como cuando el transmitente es un despojado de la posesión que transmite dentro del año siguiente al despojo, y cuando el transmitente es el heredero del poseedor que no ha entrado en posesión de la cosa que transmite. Se salvan estos supuestos entendiendo que el poseedor despojado conserva la posesión durante el año siguiente al despojo, que tiene una posesión incorporal, y que el heredero adquiere sin *corpus ni animus, ministerio legis*, la posesión que tenía su causante, que tiene una posesión civilísima. La doctrina discute si estas situaciones son o no posesión, pero en todo caso arrancan de una posesión anterior, tienen su base fáctica en la posesión anterior, por lo que no es arbitrariedad doctrinal o legislativa considerarlas y tratarlas como posesión (74) (75).

(73) «El concepto de posesión mediata—dice ESPÍN—ha sido recibido por buena parte de la doctrina española, a partir de la traducción y anotación del *Tratado de Derecho Civil*, de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, por los profesores PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, que estiman que esta doble graduación de la posesión, inmediata y mediata, está establecida en el Derecho español a base del artículo 432, en relación con el 430...» La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha recibido esta distinción, que aplica con frecuencia en los últimos años para justificar la posesión del que no tiene en su poder material o de hecho la cosa de que se trata... La posición jurisprudencial viene a reconocer, en todo caso, de modo rotundo, la tendencia a la espiritualización de la posesión, por virtud de la cual, no obstante verse privado el poseedor de la tenencia material o de hecho de la cosa poseída, conserva la posesión. Esta posesión, espiritualizada en cuanto concurre con otra posesión de mero hecho o tenencia de la cosa, no resulta anulada, sino que, por el contrario, vienen ambas compatibilizadas a través de una gradación posesoria, en que, junto al poseedor superior, existe un poseedor inferior (*Manual de Derecho Civil*, 3.ª edición).

(74) La posesión incorporal del despojado se deduce del artículo 460-4.º del Código Civil: «La posesión puede perderse... por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiere durado más de un año.» «Despréndese de este precepto—dice G. VALDECASAS—que antes de cumplir el año la nueva posesión no extingue la antigua. Existen, por consiguiente, dos posesiones, la antigua y la nueva, de las cuales la primera desaparece tan pronto como la segunda ha durado un año.» En nuestra reciente doctrina predomina la opinión de que es verdadera posesión, aunque limitada. «La eficacia de la posesión mantenida—dice MARTÍN PÉREZ—es, naturalmente, limitada. Los efectos pose-

Partiendo de que estas situaciones son posesión, puede decirse que el propietario de una cosa que quiere transmitir su propiedad por título y tradición, ha de tener la posesión inmediata, o la posesión mediata, o la incorporal del despojado, o la civilísima de heredero. Incluso las formas más espiritualizadas de tradición exigen alguna de estas posesiones, pues

sorios de la relación directa con la cosa se producen en la posesión nueva. Pero cualquier otro efecto que no requiera esta relación se da para la posesión conservada. G. VALDECASAS señala acertadamente que si el plazo de la usucapión se cumple dentro del año del despojo, el poseedor despojado habrá adquirido la propiedad, puesto que no se considera interrumpida su prescripción (art. 1.944 del Código Civil). No se trata, pues, de una posesión ficticia y vacía de contenido, sino realmente conservada, aunque limitada.» En la doctrina italiana, DUSI, BONFANTE y MONTEL niegan que sea una posesión. Resta sólo un derecho a la posesión (DUSI, BONFANTE), una posibilidad jurídica de recuperar la posesión (MONTEL). «Opiniones éstas—dice MARTÍN PÉREZ—ceñidas a una concepción estricta de la posesión como hecho, y éste en entendimiento naturalista.»

(75) La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero, sin interrupción y desde la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia (art. 440 del Código Civil). «Esta disposición—dice MARTÍN PÉREZ—se considera generalmente—frente a la concepción romana—como el producto de una evolución que arranca de la germánica *Gewere*. En ésta confluirían los aspectos de hecho y de derecho en el poder sobre las cosas, y tal fusión haría que la transmisión hereditaria por la *saisine* alcanzara también el aspecto de señorío de hecho, correspondiente a la romana *possessio*.» En la concepción romana, la posesión civilísima del heredero se justifica con la subrogación en los efectos jurídicos de la posesión. «Como el heredero—dice ROCA SASTRE—se subroga en la misma posición jurídica de su causante, pasan a él los correspondientes derechos, consecuencias y efectos jurídicos derivados de la posesión, ya que por constituir materia jurídica forman parte del *ius* del difunto.» La acción del heredero por el despojo producido después de la muerte del causante y antes de la efectiva toma de posesión, el mismo autor la considera de lógica admisión; el heredero debe poder reaccionar con el interdicto de recobrar, pues fallecido el causante, la ley mantiene el *statu quo* hereditario. Sobre la naturaleza de esta posesión dice MARTÍN PÉREZ: «La posesión reconocida al heredero sin efectiva aprehensión carece de *corpus* y *animus*, se halla desvinculada de sus normales presupuestos genéticos. Se califica por ello de fingida, artificial o anómala. Generalmente, se considera que la ley opera con una ficción: estimar como existente la situación de hecho posesoria. Pero actualmente, relegando el recurso de la ficción, se pretende encontrar una explicación naturalista. Algunos autores, al no hallarla fácilmente, si desechan la ficción, aceptan la anomalía. La ley no ha de fingir que existe una situación de hecho posesoria, pero crea una posesión sin sus normales presupuestos. Una anomalía útil, necesaria si se quiere, pero anomalía (BARASSI).» Rechazando esta posición, conviene evitar otra puramente naturalista del hecho posesorio. «Es éste—dice MARTÍN PÉREZ—un hecho real, pero la realidad jurídica no es una con la realidad natural (FUNAIOLI). El hecho posesorio es un hecho para la ley y surge cuando cumple las condiciones que ésta predetermina. En consecuencia, a veces no constituye hecho posesorio—al que se enlazan las consecuencias jurídicas—, poderes efectivos sobre la cosa que la ley desvaloriza (actuaciones por tolerancia, en dependencia, sobre cosas fuera del comercio, etc.), mientras que, por el contrario, puede aquélla reconocer posesión—efectos jurídicos, situación jurídica de poseedor—aunque falte un hecho posesorio, en sentido naturalista. En definitiva, la calificación más acertada de esta posesión tal vez sea la de ‘posesión incorporal’, que le aplica G. VALDECASAS.» «Posesión incorporal nos indica una verdadera posesión, aunque carente de materialización sobre su objeto. Una posesión que produce todos sus efectos, salvo aquellos que presuponen necesariamente un señorío de hecho (PÉREZ Y ALGUER).»

tales formas no suprimen la tradición, sólo la facilitan. Y no puede haber tradición sin una posesión que pueda transmitirse.

Hechas las anteriores consideraciones sobre la tradición, volvemos al párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil, que dice: «Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario.»

Para MANRESA este precepto establece una tradición simbólica con precedentes en las Partidas. «La tradición—dice—podía ser verdadera o real y fingida... La tradición fingida podía ser de varias clases. Era simbólica cuando para realizar la entrega se valían las partes de un signo o símbolo que representaba la cosa que se iba a entregar... No dudamos en calificar también de simbólica la entrega de la cosa que se supone verificada por el otorgamiento de la escritura, según el artículo 1.462 del Código Civil. Esta forma de tradición tiene precedentes en la Ley 8.ª, Título 30, de la Partida 3.ª, que dice: Dando algún ome a otro heredamiento, u otra cosa cualquiera apoderándole de las cartas que por tal ovo, o haciendo otra de nuevo e dandogela, gana la posesión, maguer no le apodere de la cosa dada corporalmente.»

Según esta opinión la tradición del párrafo segundo del artículo 1.462 sería una *traditio cartae*, a la que sería aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1889, que MANRESA recoge así de ALCUBILLA: «la tradición simbólica, como todas las ficciones legales de igual índole, debe responder a la virtualidad del derecho que se atribuye el que la realiza, por cuya razón, cuando es notorio que el vendedor no estaba en posesión de la cosa que representaba la escritura de venta que entregó a los compradores, lo es también que no se infringe dicha Ley de Partidas al estimar que el vendedor, en tal caso, no ha cumplido la obligación de entregar la cosa vendida».

Para otros autores más modernos, el párrafo 2.º del artículo 1.462 establece una *traditio per cartam*, que es la etapa final, en nuestro Derecho, del *constitutum possessorium* que regulaba la Ley 9.ª, Título 30, de la Partida 3.ª (76). Según don JERÓNIMO GONZÁLEZ, «la práctica nota-

(76) «Enagenan—dice esta ley—los omes los unos a los otros sus heredamientos a las vegadas a tal pleyto, que retienen para sí en toda su vida el usufructo dellos; o después que los han enagenado, antes de que apoderen dellos a aquellos a quienes los enagenaron, arriéndalos a los compradores. E en cualquiera destos casos dezimos que gana la posesión de la cosa aquel a quien es enagenada: e aún ha el señorío dellas, bien assí como si fuesse apoderado corporalmente della. Esso mismo sería si aquel que enagenare la cosa dixere: otorgo que de aquí adelante tengo la posesión della en vuestro nombre.» Resalta don JERÓNIMO GONZÁLEZ el constituto posesorio abstracto del último inciso, «sin prueba ni alegación de la causa (arriendo, depósito, comodato, sociedad, etc.) por la que yo, antiguo dueño, tengo en la tenencia.» Y resalta también que en los modelos de cartas o escrituras

rial del siglo XIX y las disposiciones del Código Civil español no tienen sus inmediatos antecedentes en la *traditio cartae*: El desenvolvimiento del documento público y la distinción de la escritura matriz, destinada a la autenticación de la prueba y constancia de las relaciones jurídicas, frente a la primera copia, instrumento enfocado al tráfico jurídico y a la ejecución procesal, no se prestan a la cristalización de los derechos adquiridos ni a la incorporación de facultades en los testimonios notariales expedidos. La entrega de la copia, su tradición material para perfeccionar la cesión de derechos o su pignoración directa, desaparecen absorbidos por el *constitutum possessorium*» (77). Y según NÚÑEZ LAGOS: «Al lado de la transmisión de propiedad con reserva del usufructo, en la que hay tradición sin entrega alguna porque el *corpus* queda en manos del *tradens*, se colocó la transmisión con reserva del derecho de arrendamiento (ni más ni menos que nuestras escrituras con pacto de retro) o con reserva de algún otro derecho real o personal, y finalmente sin reserva de derecho alguno, *animo retinere possessionem*, quedando el transmitente en precario. La *traditio* se hizo posible en todo caso mera voluntad—*missio in vacuam possessionem*—, sin actuación ninguna sobre la cosa. Fue un pacto. Se recogió en los documentos (*traditio per cartam, per epistolam*). Cuando el pacto no fue expreso, se sobrentendió, como *naturalia negotia*, en toda clase de contratos en el Derecho francés, y en las escrituras públicas en el Derecho español (art. 1.452)» (78).

Encuadrada la tradición instrumental del artículo 1.462 en la *traditio per cartam*, la exigencia de la posesión en el transmitente es igualmente evidente, porque implica un *constituto posesorio* y éste exige, por naturaleza, que el *tradens* continúe en la posesión que ya tenía, aunque con la correspondiente *intervesio possessionis*.

Nuestro Tribunal Supremo, que en algunas sentencias calificó de tradición simbólica la instrumental del artículo 1.462, exige decididamente la posesión del transmitente, doctrina reiteradísima que MARTÍN PÉREZ recoge así: «Para que el otorgamiento de la escritura signifique tradición es preciso que el vendedor transmitente posea real y efectiva-

que contiene el título XVIII de la partida 3.^a, se prefiere, cuando no hay tradición real, conceder al comprador «libre y llenero poder para entrar en la tenencia de aquella cosa sobredicha que le vendió, sin otorgamiento del Juez o de otra persona cualquiera». En los formularios de los siglos XV a XVIII, la fórmula del libre y llenero poder para entrar en la tenencia se acumula a la del *constituto posesorio*, y en ocasiones a la de la *traditio cartae*. Así, en el *Tratado de las escrituras y contratos públicos*, de ANTONIO ARGÜELLES—Madrid, 1651—: «... y le doy poder cumplido, según se requiere, para que por su autoridad o de la justicia, tome y aprehenda la posesión della, y la venda, enagene y disponga a su elección, y desde luego la doy por tomada, y por posesión real le entrego esta escritura y en el entretanto que no la tomare me constituyo en su inquilino...»

(77) *La transmisión de fincas en los instrumentos públicos*.

(78) *Hechos y derechos en el documento público*.

mente la finca que vende (SS. de 12 de abril de 1890, 10 de noviembre de 1903, 29 de mayo de 1906, 10 de febrero de 1909, 24 de noviembre de 1914, 25 de noviembre de 1917, 25 de octubre de 1924, 9 de enero de 1941, etc.). Pues de otro modo falta la real existencia de una posesión que pueda transmitirse. La presunción de tradición, entonces, tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otra persona posee la cosa enajenada (S. de 22 de marzo de 1930), pues es combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica (S. de 25 de abril de 1949)» (79).

De todo lo cual resulta la inadmisibilidad de esta proposición de SANZ: «Siempre tendrá aplicación la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código Civil.» Esta tradición tendrá lugar cuando el transmitente tenga la posesión de la cosa, alguna posesión. Cuando no tenga posesión alguna no podrá transmitir su propiedad por título y tradición. Esta laguna de todo sistema traslativo basado en la tradición es lógica consecuencia de la naturaleza de ésta.

La transcrita proposición de SANZ no encaja, a nuestro juicio, en la lógica de este hipotecarista, que, en la Comisión redactora del Proyecto de Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, le llevó a oponerse a la solución del artículo 36 porque falta la tradición del tercero, al estar la posesión en el usucapiente, y que, en la *Revista de Derecho Privado*, le hizo contestar a PELAYO HORE que el *verus dominus* inscrito no puede ser despojado de su dominio por la posterior inscripción de un título falso porque falta la tradición del adquirente de este título, al estar la posesión en el *verus dominus*. Como explicación de la desviación que a su lógica supone la transcrita proposición, encontramos una nota en las Instituciones de Derecho Hipotecario en la que transcribe el conocido pasaje de don JERÓNIMO GONZÁLEZ donde este autor clasifica en cinco rúbricas «los variadísimos sucedáneos de entrega, determinados por la particularidad de la posesión inmediata (real) de la cosa transferida: 1.^a El adquirente se halla en la tenencia (*traditio brevi manu*). 2.^a El transferente continúa detentando la cosa (*constitutum possessorium*). 3.^a La cosa se halla en poder de un tercero unido al propietario por vínculos que nadie pone en duda. 4.^a El tercer poseedor no se halla en una relación clara y conocida con el dueño que transfiere. 5.^a Entrega por

(79) ROCA SASTRE formula así la misma doctrina: «El Tribunal Supremo tiene declarado que la tradición ficta o la instrumental admitida por el artículo 1.462, si bien implica la presunción *iuris tantum* de la entrega posesoria del *tradens* al *accipiens*, ello necesariamente requiere que el primero se halle en la posesión efectiva de la cosa objeto del contrato de finalidad traslativa, pues si no tiene tal posesión jurídica no podrá ésta hacer tránsito al segundo.» Los calificativos de real y efectiva, aplicados a la posesión del *tradens*, proceden de las sentencias más antiguas, rectificadas por las modernas, que admiten esa posesión como mediata.

medio de servidores de la posesión (criados, dependientes) del *tradens*, del *accipiens* o de un tercer poseedor, y transmisión de un copropietario a otro». Y seguidamente dice SANZ: «A mi juicio, estos cinco casos deben considerarse como posibilidad de entregar la posesión y, por tanto, en todos ellos la tradición instrumental producirá la transmisión del dominio. Es cierto que en algún supuesto, especialmente en el cuarto, la tradición, como dice el mismo autor, se desvanece, y si no concedemos al cesionario el papel de un representante en cosa propia (*procurator in rem suam*), concluimos por sancionar la transmisión de las acciones características del dominio por el solo consentimiento de los interesados. Mas aparte de que así ocurre en algunas formas clásicas de tradición fingida (*longa manu*, *brevi manu*, *constitutum possessorium*), debe tenerse en cuenta que la tradición instrumental produce este efecto como derivación de la formulación pública del contrato, de la escritura pública, y no del consentimiento contractual.»

La explicación de SANZ no nos parece convincente. En el supuesto cuarto de la clasificación de don JERÓNIMO GONZÁLEZ no es posible la tradición, no puede considerarse como posibilidad de entregar la posesión. Por ello no es equiparable a los de tradición ficticia. Esta facilita una tradición siempre posible. La doctrina reciente califica de supuestos de «entrega efectiva no necesaria» los de *traditio longa manu*, *traditio brevi manu* y *constitutum possessorium*. Para G. VALDECASAS en la *traditio longa manu* la posesión se transmite por simple acuerdo o convenio, pero según MARTÍN PÉREZ no parece que falte una entrega real, si bien en las condiciones adecuadas a la naturaleza de la cosa y a un entendimiento flexible del *corpus* posesorio. La *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium* se explican como supuestos de *interversio possessionis*, como cambio del concepto de la posesión del adquirente—en la *traditio brevi manu*—o del transmitente—en el *constitutum possessorium*—, pero también se afirma que en ambos supuestos hay transmisión de la posesión mediata. La misma doctrina califica de «tradición atenuada» los supuestos que en la doctrina tradicional se consideraban de tradición simbólica o fingida—instrumental del artículo 1.462, entrega de llaves del artículo 1.463, acuerdo o conformidad del artículo 1.463—. «Estas formas de tradición—dice BARASSI—no son simbólicas, sino atenuadas, porque con ellas se consigue el efectivo ingreso del adquirente en la posesión de la cosa, con medios que se la aseguran.» «El recurrir—dice RUGGIERO—como la doctrina antigua y sobre todo la medieval hacían, a la idea de una tradición fingida y simbólica, era provocado por el concepto excesivamente materialista del *corpus* posesorio.» «Mientras

más se espiritualiza el concepto del *corpus* posesorio—dice MARTÍN PÉREZ—, menos dificultades habrá para admitir formas inmateriales de tradición que sirven para procurar, sin embargo, el ejercicio del poder de hecho.»

De este superficial repaso de opiniones doctrinales se deduce que las formas de tradición comprendidas en la amplia rúbrica de *traditio ficta* son siempre formas de trasladar la posesión, en algunos casos de una posesión muy espiritualizada, pero posesión. Y que no puede hablarse de tradición cuando el transferente carece en absoluto de posesión, cuando es un tercero quien posee la cosa en nombre propio. La Ley puede derivar la transmisión de la propiedad de la formulación pública del contrato traslativo, pero, aparte de que no fue éste el propósito de los autores del artículo 1.462, no podrá decirse que esa formulación es una forma de tradición, si efectivamente no traslada la posesión. SANZ llama tradición al otorgamiento de la escritura, en este caso, pero otros autores, como URIARTE BERASATEGUI y LACRUZ BERDEJO, lógicamente prescinden de esta vana denominación.

Lo que sí puede afirmarse, rectificando la proposición de SANZ, es que «siempre tendrá aplicación la tradición presunta del artículo 1.462 del Código Civil», la presunción de tradición instrumental que el Tribunal Supremo ha visto en dicho precepto. Al establecer la tradición instrumental del artículo 1.452, los autores del Código Civil, por influencia del constituto posesorio, admitieron una excepción: el otorgamiento de la escritura no equivaldrá a la entrega de la cosa si así resulta o se deduce claramente de la misma escritura. Y el Tribunal Supremo ha aprovechado esta excepción para ver en el párrafo 2.º del artículo 1.462 una presunción *iuris tantum* de tradición. La presunción debería limitarse a la tradición, es decir, al acuerdo traditorio, pero el Tribunal Supremo la ha extendido a la posesión del transmitente, con la cual el otorgamiento de la escritura tiene el valor de la siguiente doble presunción: que el transmitente tenía, en el momento del otorgamiento, la posesión de la cosa y que ha habido acuerdo de los otorgantes de trasladar esta posesión al adquirente (80).

(80) La jurisprudencia ha proclamado reiteradamente el carácter *iuris tantum* de esta presunción. Sin embargo, según la sentencia de 30 de septiembre de 1964 —que se apoya en las de 25 de abril de 1949 y 23 de marzo de 1952—, la tradición instrumental del artículo 1.462-2 se verifica cuando no resulte con claridad contrariada en la propia escritura, ya que el precepto no establece una presunción *iuris tantum* rebatible por cualquier medio, puesto que sólo puede oponerse que de la misma escritura resulta o se deduce claramente lo contrario. De consolidarse esta doctrina habrá que entenderla sólo aplicable al acuerdo traditorio, a la segunda parte que hemos visto en la presunción, pero no a la posesión, a la primera parte de la presunción. Esta presunción de posesión del *tradens* es *iuris tantum* por

El desarrollo de esta presunción hay que entenderlo así: Si al otorgamiento de la escritura el vendedor tenía la posesión de la cosa vendida y de la escritura nada resulta ni se deduce en contra de la tradición, el otorgamiento es tradición—tradición instrumental—, el comprador «gana la posesión, maguer no le apodere el vendedor de la cosa dada corporalmente». Si al otorgamiento de la escritura el vendedor no tenía posesión alguna de la cosa vendida, aunque de la escritura nada resulte ni se deduzca en contra de la tradición, el otorgamiento no es tradición, si bien mientras no se pruebe que el vendedor no tenía la posesión, el comprador será considerado propietario de la cosa, como si en su adquisición hubiera tradición—tradición presunta—.

La tradición presunta no es, pues, tradición, no traslada posesión alguna. El párrafo 2.º del artículo 1.462 no cubre la apuntada laguna. Por eso don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que consideró acertada «la introducción, en los textos legales traducidos del Código napoleónico, de una tradición presunta que acerca los dos sistemas», no aprobaba la actuación de los Notarios que se limitan a descansar en la tradición de dicho precepto, ni siquiera la de los «más precavidos que, sin meterse en profundidades sobre la existencia o no de la *vacua possessio* se limitan a estampar una cláusula de estilo». Si se quiere que la escritura transmita la propiedad de la cosa vendida, hay que partir de la posesión, de alguna posesión, del vendedor.

Reparo 4.º La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no implica presunción de tradición y, por tanto, no refuerza la presunción del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código Civil.

Dicha presunción posesoria es consecuencia del principio de legitimación, y éste lo es únicamente de la inscripción, abstracción hecha de los antecedentes de ésta. La inscripción de dominio atribuye al titular registral una presunción de posesión *ex novo*, es decir, independiente de todo antecedente posesorio y de toda idea de tradición. Por tanto, la presunción posesoria del artículo 38 no puede relacionarse con la presunción traditoria del artículo 1.462. Aquélla se produce y actúa con independencia de ésta, y por ello la presunción posesoria se da también en las inscripciones practicadas mediante títulos ajenos al sistema traslativo de título y tradición, como las de inmuebles adquiridos por herencia o legado, las de inmatriculación por certificación del artículo 206 de la Ley Hipotecaria o por expediente de dominio, las de escrituras de extinción

naturaleza. La tradición instrumental del artículo 1.462-2 podrá ser atacada siempre con la prueba de que el transmitente no tenía posesión alguna al otorgar la escritura.

de comunidad, etc. El titular registral tiene a su favor la presunción de posesión porque es titular registral, no porque se presume que ha adquirido la posesión por la tradición instrumental del artículo 1.462 o por cualquier otra forma de tradición. El carácter abstracto, en sentido de derivar únicamente de la inscripción, del principio de legitimación, impide conectar la presunción posesoria del artículo 38 con cualquier antecedente de la inscripción o de la transmisión inscrita.

Aun en el supuesto más favorable de que el transmitente tuviera inscrito a su nombre el dominio que transmite, la presunción posesoria a favor de éste en nada apoyaría la tesis de que la presunción posesoria a favor del adquirente implica una presunción de tradición. Podría pensarse que la presunción posesoria pasa, en este caso, del transmitente al adquirente, que hay tradición de la presunción posesoria y que esta presunción implica presunción de tradición de la posesión. Pero la presunción posesoria del adquirente y la del transmitente son distintas e independientes, como nacidas de hechos distintos: las respectivas inscripciones. La inscripción del transmitente y su presunción posesoria se extinguen por la inscripción del adquirente—artículo 76 de la Ley Hipotecaria—, y esta inscripción produce una nueva presunción posesoria. Ni en la Ley Hipotecaria, ni en su Reglamento, se descubre el menor indicio de transmisión de la presunción posesoria.

La presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no produce, pues, efecto alguno que trascienda a la tradición, no refuerza la presunción traditoria del artículo 1.462 del Código Civil. La tradición y la inscripción son entidades distintas, y si bien la inscripción puede sustituir a la tradición como modo de transmitir el dominio, porque para la efectividad de la transmisión basta la publicidad de la inscripción, no puede presumir la tradición porque ésta es algo más que publicidad, es también traslado de la posesión. Al derivar de la presunción de posesión una presunción de tradición, se subordina la inscripción a la tradición, se hace depender de la tradición el efecto traslativo de la inscripción, error que ya hemos combatido.

Reparo 5.º El principio de fe pública registral es totalmente ajeno a la tradición y, por tanto, nunca convalida la tradición presunta del artículo 1.462 del Código Civil.

«Siendo—dice SANZ—finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición *a non domino* el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño, es indudable que fuera de esto han de cumplirse en todo lo demás los requisitos de una adquisición perfecta (título y tradición).»

Partiendo de la primera afirmación contenida en el párrafo transcrito resulta difícil admitir que, como también afirma SANZ, «la inscripción, en su función estrictamente convalidante puede reaccionar y producir importantes efectos sobre la tradición».

SANZ lo explica así: «La tradición, para que surta plenos efectos en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere de una manera indispensable que el *tradens* sea dueño de la cosa, que pueda transmitir el dominio. En caso contrario no se producen estos efectos. Mas precisamente este defecto del título, esta falta de preexistencia del derecho del transmitente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública... Pero esto no quiere decir que la tradición no exista, ni que la inscripción la reemplace, sino, simplemente, que la convalida.»

Conviene puntualizar:

Cuando el transmitente es un poseedor no propietario, la escritura pública es tradición—tradición instrumental—, traslada la posesión al adquirente. Pero esta tradición no transmite la propiedad por faltar ésta al transmitente. Si el adquirente de buena fe inscribe su título oneroso, adquiere la propiedad porque la fe pública subsana la falta de propiedad del transmitente. Entonces la tradición produce un efecto que no producía antes de la inscripción. La tradición era perfecta antes de la inscripción, pero usando de cierta libertad en la expresión para explicar el nuevo efecto de la tradición, se puede decir que la inscripción, a través de la fe pública registral, convalida la tradición. Ahora bien, se trata únicamente de una cómoda expresión, pues en realidad la fe pública registral no actúa sobre la tradición, sino sobre el presupuesto de la transmisión.

Cuando el transmitente no es poseedor, sea o no propietario, la escritura pública no es tradición, no traslada posesión alguna por no tenerla el transmitente. Tampoco traslada la propiedad, aunque el adquirente sea considerado provisionalmente como dueño—tradición presunta—. Si el adquirente de buena fe inscribe su título oneroso, la fe pública registral en nada altera la situación anterior a la inscripción porque no actúa, no puede actuar, sobre la falta de posesión del transmitente, no le convierte en poseedor, no transforma en presunción *iuris et de iure* la presunción *iuris tantum* de tradición, no transmuta la tradición presunta en tradición efectiva. En este caso no puede decirse en modo alguno que la inscripción, a través de la fe pública registral, convalida la tradición.

No pasó inadvertido a SANZ este resultado, pues reiteradamente se refiere a la tradición presunta. Pero entusiasta mantenedor de la vigencia exclusiva en nuestro actual Derecho del sistema traslativo de título y tradición, apuntó, más que mantuvo, una solución para llenar la laguna

normativa de dicho sistema, aprovechando la confusa redacción del apartado 2.º del artículo 1.462. Respecto a otros civilistas tiene el mérito de conservar intacto el sistema traslativo que defiende.

No obstante los reparos que preceden, justo es reconocer el innegable mérito de la teoría de SANZ. Es en la práctica, sobre todo en la notarial, la más seguida y sirve de punto de arranque a otras que también rechazan la inscripción como modo supletorio de la tradición.

(Continuará)

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS
Notario y Registrador de la Propiedad

CALIXTO GARCÍA ARANDA
Registrador de la Propiedad