

Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario

A la memoria de don RAMÓN
DE LA RICA ARENAL, con el ma-
yor afecto.

RELACIONES ENTRE EL CODIGO CIVIL Y LA LEY HIPOTECARIA

Fue doctrina general en los años posteriores a nuestra Guerra de Liberación, mantenida por los más ilustres comentaristas, que la Ley Hipotecaria no puede derogar los preceptos del Código civil, por ser éste de categoría superior a aquélla.

Salieron al paso de esta doctrina RAMÓN DE LA RICA ARENAL y ROCA SASTRE.

RAMÓN DE LA RICA, en una conferencia dada en la IV Semana Notarial de Santander, que Roca califica de magnífica (1), dice que “existe una evidente y necesaria dualidad normativa legal en el régimen jurídico de nuestra propiedad inmueble”. “El Código civil no significó ni pudo significar la derogación, en poco o en mucho, ni siquiera la modificación de la Ley Hipotecaria. Con relación a la propiedad inmueble inscrita, la acogida a sus preceptos, esta Ley, como especial, tiene aplicación y vigencia preferente y el Código civil sólo la tiene defectiva. El Código civil lo reconoce taxativa-

(1) Curso de Conferencias de 1951 del Centro de Estudios Hipotecarios, página 131..

mente. Su artículo 16 dispone que, en las materias que se rijan por Leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código». «Y nadie puede dudar, continúa, que la Ley Hipotecaria era una Ley especial que quedaba subsistente y vigente en su integridad. Además, el Código, dice, remacha bien el clavo en otros numerosísimos artículos, y cita muchos de ellos”. “¿Para qué más? Ante la dualidad legislativa, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos textos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código civil; y para los segundos, el Código civil o las legislaciones forales. La Ley fundamental de la propiedad inscrita no es, por tanto, el Código civil, como muchos se complacen en sostener, sino la Ley Hipotecaria.”

ROCA SASTRE dice (2) que, “aunque nuestro sistema inmobiliario registral hay que situarlo indudablemente en el grupo de los *más perfectos* del mundo”, como no hay nada plenamente perfecto, tiene algunos defectos, y uno de los mayores es el sistema de concentración de preceptos, que produce algunos errores de interpretación. Uno de los principales errores “es el que pretende que el *Derecho hipotecario* es cosa *distinta* del *Derecho civil*. Ha dado base a esta concepción errónea la existencia de un cuerpo de preceptos formado por la Ley Hipotecaria y su Reglamento, completamente desgajado del Código civil, y lo ha fortalecido la denominación misma de *Ley Hipotecaria*”. “En un solo Cuerpo legal están contenidos, junto con los preceptos de índole estrictamente *registral*, otros preceptos: unos de carácter *sustantivo*, que debieran figurar en el Código civil, y otros de naturaleza *procesal*, que, como tales, deberían contenerse en la Ley de Enjuiciamiento Civil.” Entre los preceptos de índole civil, que deberían figurar en el Código civil, señala a los artículos 32, 34, 37 y 38 de la Ley Hipotecaria. Examina con gran meticulosidad las causas que motivaron la existencia de dos Cuerpos legales, como son la Ley Hipotecaria y el Código civil, y añade que este sistema, no sólo no ofrece ninguna ventaja, sino que origina serias desventajas; y

(2) Lug. cit., pág. 125.

entre ellas, la que ocupa un lugar relevante es una que toca a la propia esencia, categoría y jerarquía de los preceptos hipotecarios de carácter sustantivo. "A fuerza de hablar de la Ley Hipotecaria como algo separado del Código civil, se ha venido a crear un falso clima o equivocado ambiente de signo jerarquizador, en detrimento de la *consideración, rango y categoría civil* de los preceptos de la Ley Hipotecaria, especialmente de los de carácter sustantivo o material." Estima que no es urgente proceder a la reforma legislativa, sino simplemente que lo que obedece a una mera *circunstancia histórica* no se haga servir de base para construir un muro de separación entre el Derecho civil y el Derecho hipotecario y "establecer diferencias entre lo que no es más que *una* misma y sola cosa". "No tenemos que cansarnos nunca de afirmar y repetir que el *Derecho hipotecario es Derecho civil*, y que, por tanto, la *Ley Hipotecaria* es sustancialmente *legislación civil*, de modo que sus preceptos básicos o fundamentales de dicha Ley es como si estuviesen materialmente colocados en los títulos correspondientes del Código, con categoría y consideración de textos codificados."

Creemos conveniente hacer las dos siguientes observaciones: Que Roca fundamenta su opinión con antecedentes históricos y con razonamientos brillantísimos, pero sin aducir en defensa de su tesis ningún texto legal. Que entre la doctrina de ROCA SASTRE y la de RAMÓN DE LA RICA ARENAL hay una gran diferencia, pues mientras Roca entiende que los preceptos sustantivos de la Ley Hipotecaria tienen el mismo valor que los artículos del Código, RAMÓN DE LA RICA opina que para los inmuebles inscritos en el Registro rige con preferencia absoluta la legislación hipotecaria.

LACRUZ BERDEJO dice que, "si bien, en principio, como primer Cuerpo de Derecho sustantivo, el Código civil podía ser superior a la Ley Hipotecaria, con todo, en virtud del artículo 608, la Ley debía seguir rigiendo conjuntamente con él y como si sus reglas formasen parte del mismo. La Ley Hipotecaria, en su parte sustantiva, es un trozo del Código civil". "No hay así problema de precedencia entre el Código y la Ley, por cuanto ambos cuerpos son una misma cosa, y la colisión de normas ha de resolverse como si se tratase de preceptos que se hallan en el mismo cuerpo legal". Añade que resulta difícil una duplicidad de textos legales contra-

dictorios, porque hay una a modo de distribución de competencias que hace casi imposible el choque. Impugna la afirmación de RAMÓN DE LA RICA de que la Ley Hipotecaria tiene aplicación preferente al Código en la propiedad inscrita, entre otras razones, porque "en ninguna parte se dice que los preceptos de la Ley Hipotecaria han de tener categoría superior a los del Código civil" (3). Como puede observarse, es la misma opinión de Roca de que la ley Hipotecaria y el Código civil son una misma cosa, si bien aduce en defensa de su tesis el artículo 608 del Código, añadiendo que resulta difícil la duplicidad de textos legales contradictorios.

Por nuestra parte, en el último trabajo publicado en esta REVISTA (4), mantuvimos la opinión coincidente sólo en parte con la de RAMÓN DE LA RICA, de que la Ley Hipotecaria tiene cierta preferencia sobre el Código civil: Fundábamos nuestra opinión en el artículo 608 del Código, no en el 16 del mismo, y, sobre todo, que la preferencia de aplicación de la Ley Hipotecaria sobre el Código civil está limitada a las materias que señala el referido artículo 608 del mismo, que es un artículo especial y concreto para regular las relaciones entre esos cuerpos legales, a diferencia del artículo 16, que es un precepto general para todas las Leyes especiales. El artículo 608 del Código ordena que "se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria" en las tres ramas siguientes: 1.ª Para determinar los títulos sujetos a la inscripción o anotación. 2.ª Para determinar la forma y extinción de las inscripciones y anotaciones y la manera de llevar el Registro. 3.ª Para determinar los efectos de las inscripciones y anotaciones y el valor de los asientos del Registro. Sólo las materias primera y tercera pueden motivar conflictos con el Código, y sólo en eso tiene la Ley preferencia sobre el Código. Pero no hay duda de que en ambas materias hay conflicto entre esos cuerpos legales. En cuanto a los títulos inscribibles, entendimos que no es necesaria la tradición para su inscripción en el Registro, puesto que la Ley no lo exige. Y en cuanto a los efectos de la inscripción, entendimos también que se producen sin necesidad de la tradición. Esto es especialmente importante en relación con el artículo 34 de la Ley. Como ordena el artículo 608 del Código, los efectos del artículo 34 de la Ley se producen

(3) Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral, pág. 58.

(4) Año 1966, págs. 1.401 y sigs.

sin necesidad de tradición, puesto que este artículo no exige, entre sus requisitos, el de la tradición. Y, como ese artículo dice que «será mantenido en su adquisición», resulta que el derecho real se adquiere sin tradición. Esta es la doctrina que, reiteradamente, mantuvimos en el expresado estudio.

AMORÓS GUARDIOLA (5) se declara partidario de lo que llama “feliz intuición de DE LA RICA”, y añade que, “según este autor, coexisten en nuestro Derecho una dualidad de normas: las de la Ley Hipotecaria, que rigen la propiedad inmueble inscrita, y las del Código civil, que se aplica más bien a la propiedad no inscrita”. “Nuestra legislación hipotecaria—integrada también por los pocos preceptos que el Código civil dedica a esta materia; por ejemplo, artículo 1.473—se aplica como Ley especial a las relaciones registrales; y resulta así que el campo de aplicación del Código, aunque general, supletorio y extensivo a todas las materias y situaciones, queda un poco al margen de la protección de los derechos inscritos, regulados preferentemente por la Ley Hipotecaria por expresa remisión del propio Código». Termina diciendo que la Ley Hipotecaria tiene un campo propio y preferente de actuación, que son los derechos inscritos, mientras que el Código civil se inhibe en principio de estos problemas, que atribuye a la Ley especial sobre la materia. Como puede observarse, AMORÓS GUARDIOLA acepta la doctrina de RAMÓN DE LA RICA, con la novedad de considerar legislación hipotecaria preferente los preceptos de Derecho hipotecario contenidos en el Código civil, juntamente con la Ley Hipotecaria.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA dicen (6) lo siguiente: «Recientemente HERMIDA reafirma la tesis dualista de DE LA RICA, alegando que, puesto que el Código respeta los derechos del titular inscrito fundados en la Ley Hipotecaria, y ésta entra de lleno en materia civil, hay colisión y problema de precedencia: y por imperativo del artículo 608 las normas de la Ley Hipotecaria son preferentes, en su materia propia, a las del Código civil.» LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA no han percibido la diferencia que existe entre la opinión de RAMÓN DE LA RICA y la nuestra, pues, como hemos dicho, el primero entiende que, en virtud del artícu-

(5) *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 70.

(6) *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 61.

lo 16 del Código, la Ley Hipotecaria—toda la Ley—es de aplicación preferente al Código civil; mientras que nosotros hemos opinado que, en virtud del artículo 608 del mismo, son de aplicación preferente, exclusivamente, los preceptos de la Ley Hipotecaria relativos a los títulos inscribibles, a la forma de los asientos, al modo de llevar el Registro y a los efectos de las inscripciones y anotaciones. Añaden, rebatiendo nuestra opinión, «que el artículo 608 está destinado a explicar cómo el Código civil no se ha extendido en la regulación del Registro por existir ya un sistema de reglas, el de la Ley Hipotecaria, al que adopta e incorpora a su contenido». A nuestro modesto entender, si los autores del Código hubiesen querido explicar que el Código no regulaba el Registro por existir la Ley Hipotecaria sin más que eso, hubiesen encontrado en nuestro riquísimo idioma innumerables formas de decirlo sin necesidad de decir algo tan distinto. El artículo 608 es terminante: dice en forma imperativa que, en las materias a que se refiere, *se estará* a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Continúan diciendo LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA que «cuestión distinta es la de la dualidad de regímenes: uno para la propiedad inmatriculada, y otro para la que no está.» «La inclusión, añaden, del artículo 608 en el Código civil, a nuestro modo de ver, tuvo y cumple la finalidad de equiparar en rango los preceptos especiales del Código y los de la Ley Hipotecaria, como si ambos estuvieran incluidos en un mismo cuerpo legal, mientras el resto del Código civil, como dice AMORÓS, regirá tan sólo como Derecho supletorio, en defecto de las normas del Derecho hipotecario, cuando se trata de problemas vinculados al Registro y regulados por la legislación especial: cfr. art. 16.» LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA se declaran partidarios de la opinión de AMORÓS GUARDIOLA, es decir, de la opinión de RAMÓN DE LA RICA y ARENAL, con la particularidad en el primero de considerar legislación hipotecaria no sólo a los preceptos de la Ley, sino también a los preceptos hipotecarios contenidos en el Código civil. Con ello LACRUZ BERDEJO ha dado un profundo cambio en su doctrina, pues ha pasado de considerar que el Código y la Ley son una misma cosa sin problemas de procedencia entre ellos, a entender que la legislación hipotecaria, la contenida en el Código y la contenida en la Ley, es de preferente aplicación al resto del Código

civil. No podemos, tampoco, estar de acuerdo con esta doctrina. A nuestro modesto entender, la única preferencia de aplicación es la que establece el artículo 608 en las materias comprendidas en el mismo. Así, por ejemplo, el artículo 1.473 del Código, que es el más hipotecario de todo su articulado, debe interpretarse conforme a los preceptos de la Ley Hipotecaria. Por eso estimamos muy acertada la opinión de VALLET DE GORTISOLO (7) cuando dice lo siguiente: «El Código civil, en su artículo 608, dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación... y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Pues bien, si el Código se remite a la Ley Hipotecaria en este punto concreto, no hay duda de que el párrafo segundo del artículo 1.473 habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial, y nunca en contraposición a los mismos.»

LA TRADICION Y LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO

Es el problema más importante de nuestro Derecho Hipotecario. De su solución dependerá la naturaleza del mismo. Es su propia esencia. Nuestro Derecho Hipotecario será un sistema u otro completamente distinto, según la solución que se dé a ese problema.

Le dedicamos un extensísimo estudio en el año 1966 (8), en que examinamos una por una todas las opiniones que se habían dado sobre el mismo, y ahora tenemos que ocuparnos de él nuevamente.

Durante más de un siglo la doctrina casi unánime ha mantenido el criterio de que, con excepción de la hipoteca, los derechos reales se adquieren y transmiten por la tradición, y únicamente se ha aceptado la adquisición del derecho real mediante la inscripción en las adquisiciones *a non domino*, y aún esto se ha negado por ilustres comentaristas. Un pequeño grupo de juristas, entre los cuales están RAMÓN DE LA RICA y ARENAL, MORELL, VILLARÉS PICO y RAMOS FOLQUÉS, ha entendido que la inscripción es un mo-

(7) «Revista de Derecho Privado», año 1947, pág. 935.

(8) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, págs. 1.401 y sigs.

do de adquirir superior y prevalente a la tradición, por lo que ésta ha de ceder en los conflictos con aquélla.

Nosotros hemos mantenido el criterio de que es imprescindible partir de la distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella, y entendimos que las primeras son una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición con la inscripción amparada en la fe pública registral, vence ésta última, sin excepción alguna. Y, naturalmente, entendimos que las inscripciones amparadas en la fe pública registral no necesitan para nada a la tradición, pues son una forma de adquirir independiente y superior a ésta.

Fundábamos nuestra opinión en los artículos 608 del Código civil y 38, 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, haciendo el siguiente razonamiento: El artículo 608 del Código dice que para determinar los títulos inscribibles y los efectos de la inscripción hay que estar a lo establecido en la Ley Hipotecaria. Y, como ésta no exige la tradición ni para inscribir ni para que la inscripción produzca todos sus efectos, resulta que los efectos de los artículos 38, 34 y 32 de la Ley se producen independientemente de que haya habido o no tradición. El artículo 38 de la Ley dice que se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento. Y esa presunción no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos (art. 32) ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (art. 34). Es especialmente importante el artículo 34, que dice que el adquirente será mantenido en su adquisición siempre que se hayan cumplido los cuatro requisitos que el mismo establece. Dice expresamente que será mantenido en su adquisición, luego ha habido adquisición del derecho real cuando se cumplen esos cuatro requisitos. Entre esos requisitos no está la tradición, luego ésta no es necesaria para obtener la protección del artículo 34.

Entendíamos, por lo contrario, que las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, como son las de inmatriculación, no son una forma de adquirir los derechos reales, porque a ellas no es aplicable el artículo 34 de la Ley, que es el precepto que establece con toda claridad que el derecho real se adquiere sin ne-

cesidad de tradición. Y es esto lo que nos separa de la opinión de RAMÓN DE LA RICA, MORELL, VILLARÉS PICO y RAMOS FOLQUÉS, que han entendido que toda inscripción es preferida a la tradición, sin distinguir entre inscripciones amparadas o no en la fe pública registral.

Comprendimos que nuestro punto de vista no iba a ser aceptado fácilmente. Estaba en contra de la doctrina mantenida unánimemente durante más de un siglo. Luchábamos en contra de la corriente. Por eso no nos ha extrañado que LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA la impugnen de la siguiente forma:

«Recientemente HERMIDA ha insistido en la tesis de DE LA RICA, con divergencias en puntos secundarios (9). HERMIDA, que estima válida la adquisición hecha a un incapaz por contratante de buena fe, bajo la vigencia de anteriores versiones de la Ley Hipotecaria, siempre que el Registro no publique la incapacidad (10), cree, asimismo, válida la adquisición sin tradición en vista de la titularidad que presume el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 1.473 y 608. O sea, que el adquirente, si su *auctor* era titular registral, no precisa tradición, porque la suple la presencia del asiento, testimonio oficial de la titularidad de su transmitente, y la de otro asiento subsiguiente sobre cuya base se presume que

(9) Nuestras divergencias en esta materia con RAMÓN DE LA RICA, y con MORELL, VILLARÉS PICO y RAMOS FOLQUÉS, no son en puntos secundarios como creen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, sino en un punto importantísimo y principalísimo, según acabamos de ver anteriormente.

(10) Sobre las materias a que se refiere el texto citado, es decir, acerca de los efectos de la inscripción en el Registro de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, hemos escrito cuatro trabajos. En dos de ellos (publicados en esta REVISTA: año 1952 pág. 20, y año 1955, pág. 1.^a y sigs.), expusimos nuestra opinión, en contradicción con la doctrina sostenida unánimemente hasta entonces, de que el efecto principal de la inscripción de esas resoluciones era *impedir* que pudiera surgir el subadquirente amparado en el artículo 34 de la Ley. Hemos tenido la viva satisfacción de que nuestro punto de vista ha sido compartido primero por GINÉS CÁNOVAS (en esta REVISTA, año 1954, páginas 131 y sigs.), y últimamente por CHICO y BONILLA (*Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, segunda edición, tomo II, pág. 67), y por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Derecho Inmobiliario Registral*, págs. 118 y 239). En los otros dos trabajos (en esta REVISTA, año 1952, pág. 442, y año 1966, página 1470), estudiamos un problema exclusivamente histórico acerca de la interpretación que pudo y debió darse al artículo 23 de la Ley anterior. A él, sin duda, aluden LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en el texto citado. Esperamos poder aclarar, en otra ocasión, la opinión que nos atribuyen, y al mismo tiempo procuraremos estudiar otros problemas relacionados con la misma materia.

él es propietario, y por tanto que ha adquirido: estando la inscripción—dice—amparada en la fe pública registral, la presunción no se puede destruir en virtud de títulos no inscritos. Luego si la inscripción produce efectos tan vigorosos, y es capaz de dejar sin efecto una anterior adquisición del Derecho real hecha por tradición y no inscrita (art. 1.473), es porque ella misma produce la adquisición del Derecho real. Ese efecto, con todo, lo limita el autor a las segundas inscripciones, pues en cuanto a las de inmatriculación, como no se apoyan en asiento anterior, carecen de virtud transmisiva. Por nuestra parte seguimos creyendo que el juego de la llamada «fe pública del Registro» suple la falta de una o varias tradiciones anteriores, porque ésta se traduce en una ausencia de titularidad del transmitente que, esa sí, puede suplir el Registro, conforme a los artículos 40, 34, etc. Más estos últimos preceptos no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, y ni ellos ni ningún otro puede compensar, en ella, la falta de tradición. A su vez, el artículo 38 presume la posesión del titular inscrito, pero *juris tantum*, de modo que siempre podrá probar cualquier interesado que aquel no es poseedor: por otra parte, la posesión actual no importa, inequívocamente, una tradición anterior. Y, desde luego, el interesado en demostrar que no hubo tradición, no podrá ver rechazada su demanda con la alegación de la protección de la fe pública registral, porque ésta ampara contra la falta de titularidad de *auctor*, pero no contra los defectos del propio acto adquisitivo. No debe confundirse, pues, en el caso de que *Primus* vende a *Secundus* y éste a *Tercius*, la tradición de *Primus* a *Secundus*, que para *Tercius* queda suplida por la inscripción a favor de su *auctor* y la suya propia, y la entrega al mismo *Tercius*, en la que no pueden jugar los preceptos de protección a tercero por tratarse de relación *inter partes*. Disintiendo de HERMIDA, pensamos que a *Tercius* no le es indiferente la entrega a él (salvo si como nosotros defendemos, se la entiende suplantada por la escritura pública), lo que sí le es indiferente es que la finca se entregase o no a *Secundus*» (11).

Por nuestra parte no podemos estar de acuerdo con los razonamientos de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA. Nosotros no fundábamos nuestra tesis en la presunción de posesión del artícu-

(11) *Derecho Inmobiliario Registral*, págs 142 y 143.

lo 38 de la Ley Hipotecaria, sino en la combinación de varios artículos del Código civil y de la Ley Hipotecaria, uno de los cuales es el artículo 38 de esta última; pero no por su presunción de posesión, sino por la presunción de pertenencia del mismo artículo.

Nuestro razonamiento, como hemos visto, es el siguiente: El artículo 608 del Código civil establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta no exige la tradición para que se produzcan esos efectos. Por consiguiente, los efectos de la inscripción se producen independientemente de que haya habido o no tradición. Entre los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción está, en primer lugar, la presunción de pertenencia de los derechos reales inscritos a favor de su titular en la forma determinada por el asiento. Ahora, bien, esa presunción de pertenencia del derecho inscrito no se puede destruir en las inscripciones amparadas en la fe pública registral ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no conste en el Registro (arts. 22 y 34 de la L. H.). Estos artículos no son una novedad en nuestro Ordenamiento jurídico. Lo que es una novedad es relacionar el artículo 608 del Código con los efectos de la inscripción y afirmar que esa presunción de pertenencia del derecho inscrito a favor del titular amparado en la fe pública registral no se puede destruir ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Esas eran nuestras afirmaciones y no parece que queden desvirtuadas por los razonamientos de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, como vamos a ver:

En efecto: Dicen que «el juego de la llamada fe pública del Registro suple la falta de una o varias tradiciones anteriores, porque ésta se traduce en una ausencia de titularidad del transmitente, que, ésta sí, puede suplir el Registro, conforme a los artículos 40, 34, etc. Más estos últimos preceptos no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, y ni ellos ni ninguno otro puede compensar, en ella, la falta de tradición». Evidentemente, que esos preceptos aisladamente considerados no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, ni suplen la falta de tradición. El artículo que desempeña un papel importante *inter partes* y compensa en parte de la falta de tradición es el artículo 38 de la Ley con su

presunción de pertenencia del derecho inscrito a favor de su titular, presunción ésta que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral no se puede destruir ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Por ejemplo: si el titular inscrito hace una doble venta, el primer comprador, que no inscribe su título, no puede demostrar que el segundo comprador, que ha inscrito el suyo, no obtuvo la tradición, porque el vendedor había hecho la tradición en la primera venta en virtud del juego del artículo 1.462 del Código y ya no era poseedor al hacer la segunda venta, sino el primer comprador. No hay duda de que el primer comprador obtuvo la tradición, salvo que de la propia escritura se deduzca lo contrario, y que es el poseedor de la finca, si lo era el vendedor; pero todo eso al segundo comprador, que inscribió su título en el Registro, no puede perjudicarle; y es, por tanto, como si nada de eso hubiera ocurrido. Y es el segundo comprador, que ha inscrito su título, quien adquiere el dominio de la finca, sin haber obtenido la tradición ni la posesión de la misma. Esta doctrina se deduce de la presunción de pertenencia del artículo 38 y del artículo 32, *puestos en relación sus preceptos*. Esta doctrina la aplica el propio Código civil al caso de doble venta en el artículo 1.473. La Ley no dice que, en virtud de los artículos 38 y 32, se adquiera el dominio de la finca, pero lo dice el artículo 1.473 del Código.

No fundábamos, por tanto, nuestro razonamiento en la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley, sino en la presunción de pertenencia del mismo artículo en relación con los artículos 32 y 34 de la misma Ley. A pesar de ello, creemos conveniente aclarar algunas afirmaciones de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, relativas a la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley. "El artículo 38, dicen, presume la posesión del titular inscrito, pero *juris tantum*, de modo que siempre podrá probar cualquier interesado que aquél no es poseedor." No hay duda de que la presunción de posesión del artículo 38 es *juris tantum*, por lo que se puede probar lo contrario; pero los supuestos adquirentes de derechos reales no inscritos no pueden utilizar sus títulos no inscritos en contra del titular inscrito, ni siquiera para probar que el titular registral no obtuvo la tradición. Al titular no inscrito no le sirve su título ni

para eso. La afirmación de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA tiene, por tanto, esa importantísima limitación.

Nosotros no hemos afirmado que al adquirente inscrito le sea indiferente que el transmitente le haya entregado la posesión. Lo que hemos afirmado es que el adquirente inscrito, al amparo de la fe pública registral, adquiere el derecho real, aunque no haya habido tradición. Eso es lo que dice el artículo 1.473 del Código, y se deduce del artículo 608 del Código, que establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y del artículo 38 de la Ley, en su presunción de pertenencia, y de los artículos 32 y 34 de la misma, que impiden demostrar lo contrario por medio de títulos no inscritos o por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro.

No parece dudoso que la presunción de pertenencia del artículo 38, unida a los artículos 32 y 34 de la Ley, garantiza al adquirente inscrito, al amparo de la fe pública registral, de toda acción entablada contra él por toda persona que no sea el transmitente o un adquirente del propio titular registral. Contra las acciones del transmitente no está garantizado si en la transmisión ha habido una causa de nulidad, como violencia, intimidación o dolo; pero el titular inscrito tiene a su favor la presunción de que le pertenece el derecho inscrito a su nombre, mientras los Tribunales no declaren lo contrario. Es una presunción *juris tantum*, pero eficacísima, puesto que el artículo 38 dice que a todos los efectos legales», y el artículo 1.º añade que los asientos del Registro producen todos sus efectos, en tanto los Tribunales no declaren su inexactitud. *Este efecto se produce «inter partès»*, porque, si el transmitente tiene inscrito el derecho a su favor, la presunción de pertenencia corresponde al transmitente *hasta el momento mismo de la inscripción* a favor del adquirente, *en cuyo momento* la presunción pasa a éste. No se puede desconocer la importancia de este efecto. Además, el artículo 1.473 del Código dice que, si un mismo inmueble hubiese sido vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al que haya inscrito en el Registro. En la doble venta de una cosa intervienen tres personas: el vendedor y los dos compradores. El Código dice que el propietario es el que inscribe. No dice que sea preferido el que inscribe al que no ha inscrito.

El propietario lo es respecto a todos; luego también respecto al transmitente. Esta interpretación está de acuerdo con la presunción de pertenencia del artículo 38 de la Ley, pero da un paso más en el mismo sentido. El Código dice que la propiedad pertenece al que ha inscrito, lo que no llega a decir el artículo 32 de la Ley. Además, si en la primera venta no hubo tradición, por no ser poseedor el vendedor, ¿desde cuándo adquiere la propiedad el primer comprador, que ha inscrito su título en el Registro?, ¿desde el momento en que inscribe su título en el Registro o desde el momento en que se hace la segunda venta? Sería absurdo contestar que el comprador inscrito en el Registro no adquiere la propiedad hasta que se hace la segunda venta. No hay más remedio que aceptar que la adquisición del derecho real se produce en el momento en que se inscribe la primera venta. Afirmar que por la inscripción no se adquiere el derecho real, porque no lo diga expresamente el artículo 32 de la Ley, estando tan claro el artículo 1.473 del Código, es cerrar los ojos a la evidencia.

LACRUZ BERDEJO vio con toda claridad la imposibilidad de conciliar la tradición con la inscripción en el Registro, y por eso, al comentar el artículo 1.473 del Código, llevando la argumentación al absurdo, dice lo siguiente: «Como la transmisión posesoria sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz y no hay por qué atender a la prioridad en acudir al Registro, sino a cuál de ambos compradores realmente ha adquirido y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente» (12). Y para solucionar el conflicto cambió la interpretación del artículo 1.462 del Código, diciendo que, cuando la venta se hace en escritura pública, el otorgamiento de ésta perfecciona la transmisión sin necesidad de tradición. Nosotros impugnamos esta interpretación por no estimarla ajustada a los preceptos de los artículos 1.462 y 1.095 del Código. Nuestra modesta opinión ha sido después reforzada por la valiosísima de ROCA SASTRE (13), que dice que «sería muy satisfactorio que ese criterio prevaleciese en una ulterior reforma del Código civil, porque en la legislación vigente no se puede aspirar a este valor de la tradición instrumental».

Pero vamos a suponer que la interpretación del artículo 1.462 del

(12) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 14.

(13) Lug. cit., sexta edición, tomo I, pág. 266.

Código dada por LACRUZ BERDEJO, y ahora también por SANCHO REBULLIDA, fuese aceptada unánimemente por la doctrina y por la Jurisprudencia. Pues aún así quedaría sin resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro. En nuestro anterior trabajo decíamos que la interpretación dada por LACRUZ BERDEJO no resuelve el problema, porque el artículo 1.462 no rige en Navarra y Cataluña (14). Ahora LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA insisten en la misma interpretación del artículo 1.462 del Código, y añaden: «hay una solución que, de aceptarse, elimina las dificultades producidas por la transferencia *a non possessore* (salvo Navarra y, en todo caso, Cataluña)». (15). Pero esto no es solucionar las dificultades producidas por la transferencia *a non possessore*, sino agravarlas. Esto es intentar solucionar esas dificultades, dejando en las astas del toro a navarros y catalanes (16). El Derecho de Navarra y Cataluña es Derecho español y no se pueden dejar sin solucionar los problemas de esas regiones sin dejar sin solucionar los problemas del Derecho español. Queda, por consiguiente, bien claro que la interpretación dada por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA no soluciona las dificultades producidas por la transferencia *a non possessore*.

Y la solución que se deduce de la doctrina de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA para Navarra y Cataluña no puede ser más catastrófica. «*Inter partes*, dicen, la disposición sobre derechos inscritos, ha de reunir todas las condiciones de validez, y, por tanto, la tradición: los defectos del acto dispositivo no se convalidan por la inscripción del mismo (art. 33 L. H.)» (17). Y como la tradición, según dice LACRUZ BERDEJO, «sólo habrá podido tener lugar frente a uno de los adquirentes, la inscripción del otro siempre será ineficaz», de lo que se deduce que en Navarra y Cataluña serán ineficaces todas las inscripciones en que no haya habido tradición. Como los Notarios y Registradores de esas regiones no se han preocupado

(14) La misma Revista, año 1966. pág. 19.

(15) *Lug. cit.*, pág. 144.

(16) Nos hemos animado a usar este simil taurino por el hecho de que se ha utilizado reiteradamente el del burladero para el Registro de la Propiedad, entre ellos por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, citando a NÚÑEZ LAGOS y GONZÁLEZ PALOMINO, si bien sólo para la aplicación del artículo 32 a las inscripciones de inmatriculación, lo cual, lejos de fortalecer esa doctrina, la debilita, pues es evidente que el Registro no debe ser un burladero para nadie.

(17) *Lug. cit.*, pág. 144.

para nada de la tradición a efectos de la inscripción en el Registro, según hemos visto en otra ocasión (18), no se puede saber qué inscripciones son válidas y cuáles no lo son, lo que convertiría a la inscripción en esas regiones en una formalidad inútil y hasta perturbadora de la vida jurídica de las mismas. Por eso, hemos dicho que la doctrina de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, lejos de solucionar el conflicto, lo agrava.

Tampoco soluciona el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro la doctrina de ROCA SASTRE, como hemos visto en otra ocasión (19), pues, por un lado, afirma que no hay transmisión del derecho real sin tradición y que la tradición es el traspaso de la posesión del transmitente al adquirente, y, por otro lado, añade que la falta de posesión en el transmitente no impide adquirir el derecho real al adquirente, amparado en la fe pública registral, lo cual es incurrir en contradicción, puesto que, si el transmitente no tiene la posesión, no puede transmitirla al adquirente. Esto lo hemos expuesto ampliamente en otra ocasión y no creemos necesario insistir más.

Pero ese conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro se soluciona fácilmente si nos atenemos a nuestro Derecho positivo. El artículo 608 del Código dice que para determinar los efectos de la inscripción hay que estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria, y, como ésta no exige la tradición para que las inscripciones produzcan sus efectos, resulta que los efectos de la inscripción se producen independientemente de que haya habido o no tradición; y entre esos efectos están los del artículo 1.473 del Código, porque no es más que una aplicación a la doble venta del artículo 32 de la Ley. El conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro tiene, por tanto, fácil solución, si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 608 del Código. La interpretación de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA del artículo 1.462 del Código es un laudable intento de resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro, aunque no lo consiguen, por lo que no hay más remedio que atenerse a lo que dispone el artículo 608 del Código.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que la tradición es

(18) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, pág. 1.451.

(19) Lug. cit., pág. 1.443.

una condición de validez de la disposición de los derechos reales inscritos y que su falta «no se convalida por la inscripción en el Registro (art. 33 L. H.)» (20). A nuestro modesto entender, la falta de tradición no afecta a la validez del acto o contrato. En una compraventa, por ejemplo, con plazo o condición suspensiva, no hay tradición, pero el artículo 23 de la Ley permite la inscripción de los actos o contratos con condición suspensiva, con lo que permite la inscripción sin necesidad de tradición. Lo que han querido decir, sin duda, es que no hay transmisión del Derecho real sin tradición. lo que es exacto desde el punto de vista civil; pero citan el artículo 33 de la Ley, que dice que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, lo que no es aplicable a los actos o contratos sin tradición. Los artículos 609 y 1.095 del Código exigen la tradición para la adquisición del derecho real; pero eso no significa que los actos o contratos sin tradición sean nulos o inválidos, ni que no se puedan inscribir, ni que, una vez inscritos, no produzcan efectos, puesto que el artículo 608 del mismo Código dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción y sus efectos se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y ésta no exige la tradición ni para inscribir, ni para que la inscripción produzca efectos.

Por otra parte, esta opinión de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA creemos que no está de acuerdo con su doctrina respecto a las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria. Como hemos visto anteriormente, opinan, siguiendo a RAMÓN DE LA RICA y a AMORÓS GUARDIOLA, que la legislación hipotecaria, tanto la contenida en la Ley como en el Código, es de aplicación preferente en la propiedad inscrita a las demás normas del Código civil. No parece que haya duda de que el artículo 34 de la Ley es una norma hipotecaria, ni de que el artículo 609 del Código es una norma de puro Derecho civil. Luego, según la doctrina de la preferente aplicación de la legislación hipotecaria, seguida por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, el artículo 34 de la Ley tiene aplicación preferente al artículo 609 del Código, y, por tanto, este último no puede interferir ni derogar a aquél. Luego no es necesaria la tradición del artículo 609 del Código para que se produzcan los efectos del artículo 34 de la Ley.

(20) Lug. cit., pág. 144.

Como hemos visto, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que la fe pública registral y los artículos 40, 34, etc., «no desempeñan papel alguno en la relación *inter partes*, y ni ellos ni ningún otro puede compensar en ella la falta de tradición». El titular registral tiene a su favor la presunción de pertenencia y posesión del derecho real inscrito a su nombre; y, si enajena su derecho, sigue teniendo a su favor dichas presunciones hasta el momento mismo en que se practica la inscripción a favor del adquirente. Ese efecto es evidente que se produce *inter partes*. Pero no es eso sólo. Si el adquirente está amparado en la fe pública registral, esa presunción de que el derecho real le pertenece no se puede destruir ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Por consiguiente, la presunción de que el adquirente inscrito, al amparo de la fe pública registral, es el verdadero dueño, es una presunción *juris et de jure* limitada, pero presunción *juris et de jure* (21). No se puede demostrar que el titular registral, amparado en la fe pública registral, no es el verdadero dueño por medio de títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Pero tampoco se puede demostrar que ese titular, amparado en la fe pública registral, no es el verdadero dueño, demostrando que no obtuvo la tradición, porque su transmitente no tenía la posesión por no haberla obtenido en su adquisición o por haberla perdido posteriormente. En nuestro Derecho, para adquirir los derechos reales por contrato oneroso, se necesita, en principio, que el transmitente sea dueño y poseedor de la cosa. Si no es dueño, no puede enajenarla; y si no es poseedor, no puede hacer la tradición. El transmitente inscrito se presume, en virtud del artículo 38, que es dueño y poseedor de la cosa. Y si el adquirente de ese titular registral inscribe su título en el Registro y su inscripción está amparada en la fe pública registral, esa pre-

(21) Generalmente se ha entendido que el artículo 38 establece una presunción *juris tantum* de pertenencia a favor del titular registral, que se convierte en presunción *juris et de jure* en favor del que adquiere de él algún derecho al amparo de la fe pública registral. Pero, además de esa presunción y más importante que ella, es la presunción de pertenencia que el mismo artículo establece en favor del titular registral, amparado en la fe pública registral, presunción ésta que no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro, lo que convierte a esa presunción de pertenencia en presunción *juris et de jure* limitada.

sunción de que el transmitente era el verdadero dueño y poseedor de la cosa no se puede destruir, en perjuicio del adquirente que ha inscrito su título, demostrando que el transmitente no tenía la posesión por no haberla adquirido de su transmitente o por haberla perdido con posterioridad. La razón es bien sencilla: que no se puede anular la adquisición del tercero protegido por el artículo 34, porque después se anule o resuelva *el derecho del transmitente a enajenar la cosa mediante la tradición* por causas que no consten en el Registro. El adquirente, al amparo del artículo 34, adquiere «de persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo» por tradición. Si el transmitente inscrito no tiene la posesión, no hay tradición; pero no se puede demostrar que no la ha habido mediante pruebas que rechazan los artículos 32 y 34 de la Ley. No parece que se pueda dudar, por tanto, de que en las inscripciones, amparadas en la fe pública registral, se puede adquirir el derecho real sin tradición. Y, además, ese efecto se produce *inter partes*, puesto que, si no había tradición, a transmisión del derecho real no se produce hasta el instante mismo de su inscripción en el Registro. Estamos acostumbrados a considerar sólo las adquisiciones *a non domino*, siguiendo la pauta de los Derechos francés e italiano, en que *el efecto no se produce «inter partes»*, y no nos acordamos de las adquisiciones *a non possessore* o *a non possidente*, que no se dan en aquellos Derechos y en que *el efecto se produce «inter partes» principalmente*.

De modo que se llega a la misma conclusión poniendo en relación el artículo 38 con el 32, que poniendo en relación el artículo 38 con el artículo 34, siempre que no se olvide el artículo 608 del Código civil. Lo que ocurre es que el artículo 32 no dice que se adquiere el derecho real por la inscripción, por lo que hay que recurrir al artículo 1.473 del Código para completarlo; mientras que el artículo 34 de la Ley dice que «será mantenido *en su adquisición*», lo que es decir expresamente que por la inscripción se adquiere el derecho real cuando no se hubiese adquirido anteriormente, bien por no ser dueño el transmitente, bien por no haber tradición, por no ser poseedor el transmitente.

Como hemos visto, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, al exponer nuestra opinión, nos atribuyen lo siguiente: «Estando la inscripción amparada en la fe pública registral, la presunción de pertenencia no

se puede destruir en virtud de títulos no inscritos. Luego, si la inscripción produce efectos tan vigorosos, y es capaz de dejar sin efecto una anterior adquisición del derecho real hecha por tradición y no inscrita (art. 1.473), es porque ella misma produce la adquisición del Derecho real.» Nuestro punto de vista no es exactamente ése, sino el siguiente: No parece discutible que, si el titular registral vende una finca con tradición real o fingida y el comprador no inscribe, y después el mismo vendedor vuelve a vender la misma finca a otra persona, de buena fe, que inscribe en el Registro, el segundo comprador adquiere la propiedad, dejando sin efecto la adquisición anterior del que no inscribió su título en el Registro. Esto es lo que dicen los artículos 32 de la Ley y 1.473 del Código. Pero supongamos que la primera venta es la que se inscribe en el Registro sin que haya habido tradición, porque el vendedor no fuera poseedor en el momento de hacer la venta, ¿es que la segunda venta no inscrita, aunque haya obtenido la tradición, puede prevalecer sobre la primera? Entendemos que de ninguna forma. La venta no inscrita no puede perjudicar a la inscrita (art. 32 de la Ley), y la propiedad la adquiere el que ha inscrito en el Registro (art. 1.473 del Código). Los artículos 32 de la Ley y 1.473 del Código no sólo dejan sin efecto una venta anterior no inscrita, sino que impiden que una posterior pueda perjudicar al que inscribe, haya obtenido o no la tradición. Todo esto está muy claro si nos atenemos al artículo 608 del Código, que dice que para determinar los efectos de la inscripción, hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA añaden que «ese efecto (la adquisición del Derecho real por la inscripción en el Registro), con todo lo limita el autor a las segundas inscripciones, pues en cuanto a las de inmatriculación, como no se apoyan en asiento anterior, carecen de virtud transmisiva» (22). Nosotros limitamos el efecto de la adquisición del derecho real a las inscripciones, no precisamente segundas, sino a las amparadas en la fe pública registral, que necesariamente tienen que ser segundas o posteriores; y rechazamos ese efecto para las de inmatriculación, no por no apoyarse en asiento anterior, sino por no estar amparadas en la fe pública registral, uno de cuyos requisitos es el de apoyarse en una inscripción anterior.

(22) Lug. cit., pág. 143.

Creemos que LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA no han reflexionado lo suficiente sobre nuestra opinión para poder comprender nuestro punto de vista, especialmente en relación con las adquisiciones *a non possesore* o *a non possidente*, y por eso impugnan nuestra doctrina con argumentos que no responden a nuestro pensamiento.

Hay otro argumento que demuestra que no es necesario haber obtenido la tradición para gozar de la protección del artículo 34 de la Ley y es el contenido del artículo 36 de la misma. Si, como dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, la tradición es una condición para la validez de la disposición sobre derechos reales inscritos y su falta no se convalida por la inscripción en el Registro, ¿a qué conduce considerar la prescripción consumada o que esté a punto de consumarse? Bastaría con demostrar que el transmitente no hizo la tradición por no ser poseedor de la cosa, para demostrar, según esa doctrina, que carecía de validez el acto o contrato inscrito al amparo del artículo 34 ¿Y para qué considerar si el adquirente inscrito conocía o no había conocido que la finca o derecho estaba poseído por persona distinta del transmitente? Bastaría con demostrar que la finca o derecho estaba poseído por persona distinta del transmitente, lo conociera o lo ignorase, puesto que la inscripción no ampara, según esa doctrina, contra el supuesto defecto del acto adquisitivo, como es la falta de tradición por no ser poseedor el transmitente. La demostración de que en la venta inscrita no hubo tradición es sencillísima en el caso de dos ventas hechas en escritura pública, puesto que, por el juego del artículo 1.462 del Código, la tradición o posesión sólo la pudo obtener el primer comprador, salvo que de la propia escritura se deduzca lo contrario. A nuestro modesto entender, este argumento deja, por sí solo, sin valor la doctrina de que la falta de tradición es un defecto para la validez del acto adquisitivo que no se convalida por la inscripción en el Registro.

Y, sobre todo, que queda en pie el principal argumento, que, reiteradamente, empleamos en nuestro trabajo anterior, al cual LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA ni aluden siquiera: El artículo 608 del Código dice que, para determinar los efectos de la inscripción hay que estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria. El artículo 34 de ésta añade que el que adquiera en las condiciones que el mismo establece *será mantenido en su adquisición*. Entre esas condiciones no está la

tradición; luego no se necesita para obtener esa protección. El que hasta ahora se haya prescindido del artículo 608 del Código, no autoriza a seguir prescindiendo de él como si no existiera. El Juez o Tribunal a quien se alegue su existencia y se pida su aplicación, no encontrará motivo suficiente para no aplicarle el que hasta ahora se haya prescindido de él totalmente. Ese artículo está ahí regulando las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria y no hay más remedio que tenerle en cuenta.

HIPOTESIS DE QUE NO EXISTIERA EL ARTICULO 608 DEL CODIGO CIVIL

Hasta ahora hemos estudiado el problema de la adquisición del derecho real sin tradición, partiendo del supuesto de que los artículos 16 y 608 del Código establecen una aplicación preferente de la Ley Hipotecaria sobre el Código civil. Pero hay ilustres juristas, como ROCA SASTRE y sus numerosos seguidores, que entienden que la Ley Hipotecaria y el Código civil son una misma cosa y sus preceptos deben ser interpretados como si los preceptos sustantivos de la Ley Hipotecaria figurasen en el propio Código. Con esta doctrina, los preceptos de la Ley Hipotecaria y del Código civil deben ser armonizados, de modo que no haya contradicción entre ellos. Especialmente hay que armonizar los artículos 609 y 1.095 del Código con los artículos 38, 32 y 34 de la Ley. Con esa interpretación, la tradición o una *apariencia* de ella (aunque esto último no lo digan Roca y sus seguidores) sería siempre necesaria para la adquisición de derecho real. Existiría la presunción de pertenencia del artículo 38, por lo que se presumiría que el titular registral, amparado en la fe pública registral, era el verdadero dueño del derecho inscrito a su nombre, y no se podría demostrar, por aplicación del artículo 32 de la Ley, que el transmitente no era poseedor por haber realizado anteriormente otra venta con tradición real o fingida, porque esa venta no inscrita no puede perjudicarlo. Luego también en este caso se adquiriría el derecho real sin tradición. La única diferencia sería que no se podría inscribir el título si no había una *apariencia* de tradición.

Veamos los demás supuestos de aplicación de la fe pública registral.

Dicen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA que «al tercer adquirente no tiene que preocuparle si el título inscrito a favor de su transmitente fue acompañado o no de la tradición» (23). Consideramos esto muy acertado. Según esto, si el transmitente no obtuvo en su adquisición la posesión por falta de tradición, esa falta de posesión en el transmitente no perjudica al adquirente. Luego, el adquirente, amparado en la fe pública registral, adquiere el derecho real sin tradición cuando el transmitente no sea poseedor por no haber obtenido la tradición en su adquisición. El artículo 38 de la Ley dice que quien tenga inscrito un derecho se presume que le pertenece y que es poseedor del mismo. Es una presunción *juris tantum*. Pero en tanto que los Tribunales no declaren la inexactitud de la inscripción, esas presunciones valen a todos los efectos legales, y, entre ellos, a efectos de la transmisión. Por consiguiente, si el titular registral transmite el derecho real inscrito a su nombre y el adquirente inscribe su título en el Registro al amparo de la fe pública registral, ese adquirente será mantenido en su adquisición, aunque después se demuestre que el transmitente no era el dueño o no era poseedor por causas que no constaban en el Registro. Esta doctrina no la discute nadie en cuanto al supuesto de que el transmitente no fuese dueño, pero esa misma doctrina es aplicable a la posesión y, por tanto, a la tradición. Si el transmitente no tenía la posesión, no pudo hacer la tradición. Es fácil demostrar que el transmitente no tenía la posesión, demostrando que no obtuvo la tradición en su propia adquisición. Pero esa falta de posesión del transmitente no puede perjudicar al adquirente, amparado en la fe pública registral, porque la adquisición del transmitente se anularía por causa que no constaba en el Registro. En las adquisiciones, amparadas en la fe pública registral, no se puede anular la adquisición, demostrando que el transmitente no había obtenido la posesión, porque se anularía la adquisición por causa de nulidad en la adquisición del transmitente que no constaba en el Registro, en contra del terminante precepto del artículo 34 de la Ley. Y esto lo mismo en el caso de que el transmitente no haya obtenido la

(23) Lug. cit., pág. 144.

tradición en su adquisición que en el caso de que la pierda después. No se puede anular la adquisición del adquirente, amparado en la fe pública registral, porque el transmitente haya perdido la posesión, puesto que el adquirente adquirió su derecho de la persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo y para hacer la tradición, y se resolvería ese derecho por causas que no constaban en el Registro.

No caben términos medios: Si se puede demostrar en perjuicio del adquirente, amparado en la fe pública registral, que el transmitente no era poseedor, se anularía el derecho del transmitente en perjuicio del adquirente por causas que no constaban en el Registro; y si no se puede demostrar en perjuicio del adquirente, amparado en la fe pública registral, que el transmitente no era poseedor, se adquiere el derecho real sin tradición.

En nuestro Derecho civil, para la transmisión por contrato oneroso de un derecho real, se necesita imprescindiblemente la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente y que éste tenga la posesión de la cosa o derecho real que se intenta transmitir, puesto que, si no tiene la posesión, no puede hacer su tradición. Ambos requisitos, la preexistencia y la posesión, se presumen en el titular registral en virtud del artículo 38 de la Ley; y el artículo 34 añade que el tercero que adquiriera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, es decir, del titular registral, será mantenido en su adquisición, aunque después resulte que ese titular no era dueño o no era poseedor por causas que no constaban en el Registro.

Por consiguiente, en virtud de las presunciones de pertenencia y posesión del artículo 38, bien se relacione con el artículo 32, bien con el 34, se llega a la conclusión de que en las adquisiciones, amparadas en la fe pública registral, se adquiere el derecho real sin tradición cuando el transmitente no sea poseedor, lo mismo en el caso de que se tenga en cuenta el artículo 608 del Código, que en el de que no se le tenga en cuenta, aunque no está nunca demás el tenerle siempre muy presente al estudiar los problemas fundamentales de nuestro Derecho hipotecario.

Ahora bien, se producen algunas importantes diferencias entre seguir la opinión de Roca o la nuestra, inspirada esta última en el artículo 608 del Código, que son las siguientes: Que con la

interpretación de Roca y sus seguidores se necesita que haya tradición o apariencia de tradición para inscribir en el Registro, mientras que con nuestra interpretación no se necesita esa apariencia. Con la interpretación de Roca, el artículo 23 de la Ley es una excepción a la regla general (imperfección hipotecaria lo llama Roca), mientras que con la nuestra es una consecuencia lógica del sistema de la propia Ley. Con la interpretación de Roca en los Derechos de Cataluña y Navarra se necesitaría para inscribir en el Registro que en la escritura constase que se hacía o que se había hecho la tradición, mientras que con la nuestra no hace falta esa constancia. Pero con una o con otra interpretación de los artículos 16 y 608 del Código civil, la adquisición amparada en la fe pública registral no se puede anular porque se demuestre que no hubo tradición por no ser poseedor el transmitente.

DOS CATEGORIAS DE FORMAS DE ADQUIRIR

Hemos dicho anteriormente, que para resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro, hay que distinguir entre las inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella. Las no amparadas en la fe pública registral no producen la adquisición del derecho real si no hay tradición; y por lo contrario, las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real sin necesidad de tradición, por lo que son una forma de adquirir los derechos reales sobre inmuebles. Y no sólo son una forma de adquirir, sino también una forma de adquirir de superior categoría a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición con la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre ésta, sin excepción alguna. Esto lo hemos dicho reiteradamente, especialmente en un trabajo publicado en esta REVISTA en el año 1951 (24), y en otro publicado en la misma REVISTA en el año 1966 (25). Y, a pesar de haber sido citados reiteradamente por los comentaristas, nadie, que sepamos, ha recogido la idea de que las ins-

(24) Pág. 650.

(25) Pág. 1.501.

cripciones amparadas en la fe pública registral son una forma de adquirir de superior categoría que la tradición, ni la distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella a efectos de la tradición, ni siquiera para impugnarlo o, simplemente, para rechazarlo. Claro está que, como los comentaristas siguen la doctrina de que la inscripción sólo produce la adquisición del derecho real en las adquisiciones *a non domino*, implícitamente queda rechazada o impugnada la doctrina de que las inscripciones amparadas en la fe pública registral son una forma de adquirir de superior categoría que la tradición y la distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella a efectos de la tradición. Pero creemos que no sobraba que se hubiera expuesto la doctrina completa, puesto que es tan sencilla de enunciar y de comprender. Hay, sin embargo, una excepción, aunque no completa, puesto que CHICO y BONILLA recogen nuestra distinción entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella a efectos de las relaciones entre la tradición y la inscripción en el Registro, y dicen, citando nuestro último trabajo (26), que en las no amparadas en la fe pública registral, «ni siquiera derrochando el mayor de los optimismos, puede decirse que la inscripción venga a suplir a la tradición» Y añaden que en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, «el Registro no ha modificado en nada el Derecho sustantivo: la inscripción no produce la adquisición de la cosa, supliendo el modo o tradición». Y respecto a las inscripciones amparadas en la fe pública registral, por lo contrario, dicen que, reuniendo—el adquirente—los requisitos del artículo 34, su posición, que es idéntica, se ve reforzada por la fuerza que despliega la fe pública registral¹. Y añaden: «La presunción *juris tantum*, de entrega que se desprende del artículo 1.462 del Código civil, se convierte en presunción *juris et de jure*, por aplicación del artículo 34. Fuera del Registro existen débiles presunciones de justo título y de modo de adquirir. Dentro del Registro, con la inscripción, no se suple ni a aquél ni a éste; pero por obra y gracia de la fe pública, las débiles presunciones sustantivas se refuerzan notablemente, y, en consecuencia, la prescripción del Código, que sin la protección del artículo 34 sólo se vería consumada mediante el transcurso

(26) Lug cit., segunda edición, tomo I, pág. 170

del tiempo determinado por sus preceptos, se convierte en una prescripción instantánea. No se ha cambiado la forma de adquirir; se han modificado los plazos; no se ha suplido el modo o tradición; se han reforzado las presunciones. La adquisición sigue siendo por prescripción, pero sin computar los plazos civiles: la prescripción se ha producido en el acto».

No llegan a decir que la inscripción, amparada en la fe pública registral, es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, pero se acercan mucho a ello. Y, sobre todo, que es la primera vez que, para resolver el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro, se acepta nuestro criterio de distinguir entre las inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella.

Aunque CHICO y BONILLA sustancialmente coinciden con nuestra opinión, tenemos, sin embargo, que hacer las siguientes observaciones:

Como hemos visto, afirman que en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, «ni siquiera derrochando el mayor de los optimismos, puede decirse que la inscripción venga a suplir a la tradición». Entendemos que esta afirmación la podemos hacer nosotros, pero no ellos. La razón es la siguiente: Nosotros somos contrarios a la llamada interpretación latina del artículo 32, y con esa interpretación, las inscripciones de inmatriculación, que no están amparadas en la fe pública registral, producen el efecto de inoponibilidad en contra de los títulos no inscritos. Si el titular inscrito obtuvo la tradición, no existe conflicto. Pero si la tradición la obtuvo el adquirente no inscrito, siguiendo esa doctrina el inscrito adquiere el derecho real sin tradición en las inscripciones de inmatriculación. No cabe otra solución. Tanto CHICO y BONILLA, como TIRSO CARRETERO, VILLARÉS PICO, MANUEL GÓMEZ Y GÓMEZ y AMORÓS GUARDIOLA, al estudiar el problema de la interpretación del artículo 32, no aluden para nada al problema de la tradición en relación con la inscripción en el Registro, lo cual, a nuestro modesto entender, es una importante omisión por lo íntimamente unidos que están ambos problemas, tanto más cuanto que en los Derechos francés e italiano, en que se inspiran para esa interpretación, la adquisición del derecho real se verifica por el simple contrato, sin necesidad de tradición; mientras que en el

Derecho civil español es necesaria la concurrencia de la tradición para la adquisición de los derechos reales, Pero creemos que no hay otra posibilidad de sostener la interpretación latina del artículo 32 que afirmando que la adquisición del que ha inscrito su título se verifica sin tradición, siempre que exista una enajenación anterior no inscrita que haya obtenido la tradición. Por eso, entendemos que el párrafo al principio citado es lógico desde nuestro punto de vista, pero no desde el de CHICO y BONILLA.

La segunda observación es que, a nuestro modesto entender, no existe una presunción *juris et de jure* propiamente dicha de que ha habido entrega o tradición. Lo que establece el artículo 34 es una presunción de que se ha adquirido el derecho real, puesto que dice «será mantenido en su adquisición», y esa presunción no se puede desvirtuar alegando que no ha habido tradición por no ser poseedor el transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro. No es propiamente una presunción *juris et de jure* de que ha habido tradición, pero está implícita en la presunción del artículo 34, debidamente interpretado. Todo esto en el supuesto de que se siga a doctrina de Roca de que no hay adquisición del derecho real sin tradición o una *apariencia* de ella, añadiendo esto último a su doctrina. Pero si se sigue la opinión de RAMÓN DE LA RICA ARENAL de que la tradición no juega en el ámbito del Registro, bien se funde en el artículo 16 del Código, bien en el 608, como nosotros, no hace falta recurrir a esa doctrina, puesto que los efectos de la inscripción se producen con independencia de la tradición, y entre ellos los del artículo 34, que dice que el tercero «será mantenido en su adquisición», lo que demuestra que el derecho real se adquiere por la inscripción, cuando la adquisición no se hubiese realizado antes de la misma.

La tercera observación es que no nos parece acertada esa construcción jurídica de la prescripción. En esta, para que exista, tiene que haber posesión del prescribiente, siquiera sea instantánea, y se puede demostrar que el que inscribió, al amparo de la fe pública registral, no poseyó la cosa ni un solo momento. No hace falta, además, recurrir a la prescripción. El artículo 34 es bien claro: «será mantenido en su adquisición». Luego hay adquisición por efecto de ese precepto legal, cuando no la hubiese habido antes de la inscripción. Es una presunción de que se ha adquirido el de-

recho real, en que no se puede demostrar lo contrario por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Es una adquisición por la sola fuerza del asiento, en virtud de un precepto terminante, como es el artículo 34 de la Ley.

Por tanto, no podemos estar de acuerdo con la afirmación de que «no se ha cambiado la forma de adquirir». La adquisición, en virtud de la fe pública registral, se hace sin tradición cuando el transmitente no sea poseedor por causas que no consten en el Registro. En virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código, los preceptos de la Ley Hipotecaria, que regulan los efectos de la fe pública registral, han modificado sustancialmente los artículos del Código civil, relativos a la tradición. Eso es lo que dicen, rectamente interpretados, los artículos 608 del Código y 34 de la Ley.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 32 DE LA LEY HIPOTECARIA

La interpretación de este artículo es uno de los problemas fundamentales de nuestro Derecho hipotecario. La Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 dijo que «las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de *tercero*, han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34». Acaso ese exceso de literatura sea mayor después de la Ley de 1944 que antes de la misma acerca de ese mismo concepto, que va implícito en la interpretación del artículo 32. Para contribuir lo menos posible a ese aumento de la literatura, exponemos nuestro punto de vista en forma casi esquemática, teniendo en cuenta que el amable lector será persona especializada y comprenderá fácilmente nuestros argumentos.

1.º Los defensores de la llamada interpretación latina del artículo 32 fundan su opinión, entre otras razones, en el origen latino del precepto y pretenden que en nuestro Derecho se le dé la misma interpretación que en Francia e Italia. Nadie discute que ese pre-

cepto es de origen latino. Lo que se discute exclusivamente es si debe aplicarse o no a las inscripciones de inmatriculación. En los Derechos francés e italiano se aplica a toda clase de inscripciones, porque en ellas no existe la distinción entre inscripciones de inmatriculación y segundas o posteriores, ni existen, propiamente dichos, el folio real, ni el principio de legalidad, ni la calificación registral de los títulos, ni el tracto sucesivo, ni el principio de legitimación, ni la fe pública registral. Producen ese efecto, porque no pueden producir otro esos sistemas. Técnicamente se asemejan a nuestra antigua Contaduría de Hipotecas. Son unos Derechos inmobiliarios primitivos y rudimentarios, y no nos pueden servir de modelo.

2.º Los más entusiastas defensores de la llamada interpretación latina del artículo 32 (TIRSO CARRETERO, MANUEL GÓMEZ Y GÓMEZ, VILLARÉS PICO y AMORÓS GUARDIOLA) hacen, en defensa de su tesis, profundos estudios históricos acerca del origen del precepto, y, entre ellos, de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, todo lo cual nos parece muy bien; pero silencian absolutamente la Exposición de Motivos de la Ley vigente de 1944. ¿Es que esa Exposición no forma parte de nuestra historia jurídica? ¿Es que se puede prescindir, para la recta interpretación de la Ley vigente, de su propia Exposición? Sin duda, ésta no les es nada favorable. Pero la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 probará, a lo sumo, la interpretación acertada del artículo 23 de la misma, pero no la del precepto de la Ley vigente.

3.º Excepcionalmente, entre los partidarios de la interpretación latina del artículo 32, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA estudian la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 y dicen lo siguiente: «Si la supresión del artículo 23 por la Ley de Reforma de 1944 se hubiera confirmado en la versión reformada de 1946, la única tutela del Registro hubiera sido la que presta conforme a la titularidad de *auctor*, tal como la describe el folio. Pero no ha sido así: el artículo 23 ha quedado *repuesto*, y con él la posibilidad adicional de protección. Adicional decimos, pues no se suprime nada de lo ya existente, y, al contrario, evita la expulsión, del círculo de los *terceros*, de los adquirentes que llevan la finca por primera vez al Registro o reanudan el tracto y aun de algunos otros. Nada de

ello contradice la Exposición de Motivos (nótese: de la Ley de 1944, que suprimió el artículo 23) o los artículos 40 ó 36-1.º» (27). A nuestro modesto entender, la Ley de 8 de febrero de 1946 no es una versión reformada de la Ley de 1944, sino un texto refundido de esta última. La Ley de 1944 fue aprobada en las Cortes y en la disposición adicional 2.ª decía que, «sin perjuicio de la vigencia de esta Ley, se autoriza al Gobierno para publicar, en el plazo de un año, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, en la que se procederá a armonizar los textos legales vigentes». Por Ley de 31 de diciembre de 1945 se prorroga el plazo de un año hasta el 28 de febrero, con objeto de que emita informe el Consejo de Estado «para agotar cuantos medios sean posibles para que no pueda existir la menor duda de que no han sido traspasado los límites de la autorización conferida al Gobierno». Y en la Exposición del Decreto, que aprobó esa Ley, se dice que fruto del celo de la Comisión designada al efecto «es el texto refundido que por este Decreto se aprueba». Y añade: «Ateniéndose con fidelidad a las directrices señaladas por la Ley de 1944, el nuevo texto se limita a dar cumplimiento a lo que ésta determina como normas inexcusables de su redacción». La Ley de 8 de febrero de 1946 no es una versión reformada de la Ley Hipotecaria de 1944, sino un texto refundido de la misma. En ese texto refundido se introdujo el artículo 32, tomando el precepto del artículo 606 del Código. Con ese artículo sólo en el Código civil estaba sometido al precepto del artículo 608 del mismo, que dice que, para determinar los efectos de la inscripción, hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y habría que interpretarlo con sujeción a lo que la misma dispusiera. Pero su inclusión en el texto refundido de 1946 no puede suponer un cambio tan radical en la interpretación de la Ley, sino que hay que interpretarlo conforme a los preceptos y espíritu de la misma. Con la interpretación de los partidarios del sistema latino se habría producido un cambio importantísimo en la Ley Hipotecaria, contraviniendo la autorización dada en la Ley votada en las Cortes, en virtud de un Decreto que no tuvo intención de producir ese cambio. La Ley de 1946 sería una verdadera contrarreforma (28).

(27) *Lug. cit.*, pág. 216.

(28) En este particular son especialmente interesantes los comentarios que hizo RAMÓN DE LA RICA a la supresión en la Ley de 1944 del artículo 23 de la Ley de 1861 (*Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, pág. 25). Su acer-

4.º AMORÓS GUARDIOLA impugna nuestra opinión, contraria a la interpretación latina del artículo 32, de la siguiente forma: «¿Por qué no se va a proteger, hasta cierto punto, al titular registral del asiento de inmatriculación? De *lege data* no parece exigirse así. Y de *lege ferenda* tampoco parece razonable, teniendo en cuenta la voluntariedad de la inscripción y las muchas titularidades que aún están sin inscribir» (29). Nosotros no hemos dicho que no deba protegerse al titular registral del asiento de inmatriculación. Lo que decimos es que tiene bastante protección con la presunción de pertenencia del artículo 38 y con ser la única persona que puede otorgar actos o contratos inscribibles en el Registro, con lo que se revaloriza la finca, por el solo hecho de inmatricularla ante el posible adquirente que sabe que va a adquirir del titular registral. Dice que «de *lege data* no parece exigirse así». Eso es precisamente lo que se discute, si se exige o no se exige la previa inscripción para que tenga la protección del artículo 32. Nosotros aducíamos un argumento, que AMORÓS GUARDIOLA no intenta rebatir, pues decíamos que literalmente lo que dice el artículo 32 es que los títulos no inscritos no perjudican a tercero, y como no perjudicar a tercero es sinónimo de no producir efecto *erga omnes*, lo que ese artículo dice es que los títulos no inscritos no producen efecto *erga omnes*; luego no hay derecho real, según ese artículo, si el título respectivo no está inscrito en el Registro. No se puede afirmar, por tanto, que la interpretación latina se atiene a lo que el artículo dice. Y en cuanto a *lege ferenda*, opinamos, con VALLET DE GOYTISOLO, que, «lógica y técnicamente, debe existir una proporción inversa entre la facilidad para inmatricular y el valor de las primeras inscripciones. A mayor facilidad, menos valor y viceversa» (30). Entendemos que se han dado facilidades para la inmatriculación y que aún se deben dar más, siempre que a las inscripciones de inmatriculación no se las conceda excesivos efectos.

5.º VILLARÉS PICO entiende que nuestro Derecho hipotecario tiene por objeto principal proteger al adquirente de buena fe me-

tada crítica fue, sin duda, la causa de que se incluyera en la Ley de 1946 el artículo 606 del Código civil.

(29) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1967, pág. 1.538.

(30) «Revista de Derecho Privado», año 1947, pág. 941, nota 33.

diente título oneroso que se acoge al Registro de la Propiedad (31). Sin duda es así. Pero la Ley concede mayor o menor protección, según los casos. A todo titular registral le concede la protección del artículo 38. Por lo contrario, la protección del artículo 34 sólo la concede al que adquiere del titular registral a título oneroso y de buena fe e inscribe en el Registro. Y la protección del artículo 32 es, por lo menos, dudoso que se la conceda al inmatriculante.

6.º MANUEL GÓMEZ Y GOMEZ, impugnando la opinión de Roca, que había dicho que el artículo 32 es tan sólo una aplicación a un caso particular del superior artículo 34, dice lo siguiente: «Se nos hace lógicamente muy difícil admitir que la doctrina anterior, y que trata de regular la generalidad de los casos normales, pueda ser accesoria de la doctrina posterior y que trata de regular la minoría de los casos anormales» (32). Sin duda alguna, históricamente, es anterior el precepto del artículo 32 que el del artículo 34. Pero legalmente el precepto del artículo 32 no fue recogido en la Ley Hipotecaria de 1944 y sólo fue restablecido en la Ley en el texto refundido de 1946. Por otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 no alude para nada al principio de inoponibilidad, que recoge el artículo 32, y centra toda la parte sustantiva de la Ley en los principios de legitimación y fe pública registral, los que están recogidos en los artículos 38 y 34, principalmente. No cabe duda de que para la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 tiene incomparablemente mayor importancia el principio de fe pública que el de inoponibilidad.

7.º CHICO y BONILLA defienden la llamada interpretación latina del artículo 32 de la siguiente forma: «Si conforme a los artículos 34, 37 y 38, el tercero queda plenamente protegido, el artículo 32 o es un complemento innecesario o expresamente se está refiriendo a otro supuesto. Nos inclinamos por esta última postura» (33). El artículo 34 protege plenamente al tercero, siempre que se interprete ampliamente, como hacen CHICO y BONILLA. Pero tiene otra interpretación, en que el tercero no está plenamente protegido sin la concurrencia del artículo 32. Si nos fijamos en la primera par-

(31) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1968, pág. 1550.

(32) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, pág. 380.

(33) *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, segunda edición, tomo I, página 266.

te del mismo, el tercero está plenamente protegido, pues dice: «*El tercero que... adquiera... algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo...*». Según esta primera parte, el caso de doble venta está incluido en el mismo, puesto que el vendedor, si ha hecho una primera venta no inscrita, *aparece en el Registro con facultades para transmitir el derecho*. Pero si nos atenemos a la última parte del mismo artículo, no es aplicable a la doble venta, puesto que dice, «*aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante*». En la doble venta no hay anulación ni resolución del derecho del otorgante; luego no es aplicable a la doble venta. Si no existiese el artículo 32, el 34 podría y debería interpretarse en el sentido de la primera parte del mismo, pero es mucho mejor que haya un precepto que lo diga expresamente. El artículo 32 no es, por tanto, un complemento innecesario del artículo 34.

8.º Hay otra cuestión muy importante en esta materia. Los defensores de la interpretación latina del artículo 32 no aluden para nada al problema de la tradición en relación con las inscripciones de inmatriculación. Defienden la interpretación latina del artículo 32, es decir, la francesa e italiana, sin tener en cuenta que en esos sistemas el derecho real se adquiere por el simple contrato, sin necesidad de tradición; mientras que en el Derecho civil español se necesitan contrato y tradición para adquirir por contrato oneroso los derechos reales. Si el artículo 32 es aplicable a las inscripciones de inmatriculación, en una doble venta, ¿la inscrita por inmatriculación necesita o no necesita el complemento de la tradición? Si se necesita la tradición, resultará, según acertadamente ha dicho LACRUZ BERDEJO, que, como la tradición sólo ha podido tener lugar a favor de uno de los dos compradores, la inscripción del otro siempre será ineficaz. Y si no se necesita la tradición, resulta que la inscripción suple a la tradición. Son contadísimos los comentaristas que han sostenido que la inscripción suple a la tradición. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA son especialmente contrarios a la doctrina de que la inscripción suple a la tradición, hasta el punto que entienden que a una inscripción sin tradición la es aplicable el artículo 33 de la Ley. Como hemos visto anteriormente, dan una interpretación especial al artículo 1.462 del Código; pero como ese artículo no es aplicable a Cataluña y

Navarra, subsiste el mismo problema de la tradición en relación con la aplicación del artículo 32 a las inscripciones de inmatriculación.

Nosotros hemos entendido siempre que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, no es necesaria la tradición para la adquisición del derecho real, puesto que entre los requisitos que el artículo 34 exige para la adquisición del derecho real no está la tradición. Claro está que se puede mantener el criterio de que la inscripción suple siempre a la tradición, pero en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral no existe un precepto tan claro que dispense de ella como el artículo 34 de la Ley.

AMORÓS GUARDIOLA pone el siguiente ejemplo, única vez que alude a la tradición: «Pongamos el ejemplo de la doble venta... Supongamos la validez del título y que ambos se han formalizado en escritura pública con tradición instrumental presunta» (34). Entendemos que esto no es aceptable. La escritura pública no es la tradición en sí, sino una forma de tradición; y si el vendedor era poseedor, sólo pudo obtener la tradición el primer comprador, «si de la misma escritura no resultare o se dedujese claramente lo contrario» (art. 1.462 del C. c.); y, por tanto, el segundo comprador inscribe un título sin tradición.

¿La inscripción suple o no suple a la tradición en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral? A nosotros nos parecen muy sólidas, en general, las razones de los que sostienen que la inscripción no suple a la tradición, salvo en las inscripciones amparadas en la fe pública registral por aplicación del artículo 34 de la Ley. Se podrá mantener que la inscripción suple siempre a la tradición, aunque nosotros no compartamos ese criterio, pero nos parece peor desconocer el problema de las relaciones entre la tradición y las inscripciones de inmatriculación:

9.º La diversidad de opiniones entre los defensores de la llamada interpretación latina del artículo 32 no puede ser mayor. NÚÑEZ LAGOS opina que no es necesaria ni la buena fe ni la onerosidad, pero que sólo es aplicable a las acciones confesorias e hipotecarias. BALLARÍN acepta en parte la doctrina de NÚÑEZ LAGOS, pero con dos importantes modificaciones: 1.º Que el artículo 32

(34) Lug. cit., pág. 1.546.

no puede limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias, sino que tiene una vigencia general relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, y especialmente al caso de doble venta, por aplicación del artículo 1.473 del Código civil. 2.^a Entiende que la necesidad de la buena fe para la protección del tercero que inscribe en el Registro es la regla general, con alguna excepción inspirada en el Derecho francés. TIRSO CARRETERO entiende que no es necesario ni la buena fe ni la onerosidad y que es aplicable a toda clase de acciones. AMORÓS GUARDIOLA y CHICO y BONILLA creen que es necesaria la buena fe. VILLARÉS PICÓ y LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA entienden que es necesaria la buena fe y la onerosidad. ALONSO FERNÁNDEZ entiende que los efectos del artículo 1.473 del Código se producen por la inscripción de inmatriculación, aun antes de transcurrir los dos años a partir de su fecha; y, por lo contrario, rechaza la opinión de VILLARÉS PICÓ, que había opinado que «pasados los dos años de la fecha de la inscripción de inmatriculación, el derecho incrito no podrá ser controvertido por el tercero civil, a quien se podrá excepcionar, no obstante su mejor derecho, esta prescripción especial estatuida en la Ley Hipotecaria» (35). Entre tantas interpretaciones contradictorias no sabe uno a qué carta quedarse, lo cual es otro grave inconveniente para la referida doctrina.

10. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su estudio no podremos ser tan breves como quisiéramos, por la necesidad de examinarla con cierto detenimiento.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA dicen (36) muy acertadamente lo siguiente: «La jurisprudencia no parece favorable a la interpretación que aquí damos del artículo 32. Bastantes sentencias, en su *orbiter dicta*, enumeran, entre las condiciones que debe reunir el tercero, la derivación de un asiento precedente al suyo». Y citan las sentencias de 1 de junio de 1948 y 26 de junio de 1958. Esta última dice lo siguiente: «No tiene en cuenta—el recurrente—que él nunca puede ser reputado tercero hipotecario, al no darse una inscripción anterior de las fincas de que se trata y ser la suya la primera que, en relación con las mismas, se practicó». Los

(35) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1945, pág. 315.

(36) *Derecho Inmobiliario Registral*, pág. 218.

mismos LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA añaden «Si bien alguna sentencia, en cambio, juzgando de casos en los cuales no han transcurrido los dos años desde la inmatriculación, indica, en hipótesis, que, de haber transcurrido, la protección registral sería plena». Y citan las sentencias de 3 de diciembre de 1962 y 22 de noviembre de 1963. Esta última dice lo siguiente: «Como en la sentencia impugnada se declara probado que la simulación productora del título de adquisición del hipotecario era conocida perfectamente por el recurrente, al extremo de que ello motivó la exigencia de tal garantía, de ahí que, con arreglo a lo declarado insistentemente por la jurisprudencia de esta Sala, dicho señor no puede gozar de la cualidad de tercero hipotecario, aparte de que estando sujeta la principal de las fincas objeto del contrato a los efectos del artículo 207 de la Ley, por haber sido inscrito conforme a lo prevenido en el artículo 205, el inscribiente no adquirió de quien, según el Registro, podía transmitírsela, como exigen los artículos 20, 38 y 69, y la esencia íntima del principio de fe pública registral, que por ello no despliega sus efectos protectores en favor del inmatriculante ni de sus sucesivos causahabientes durante los dos primeros años de la vigencia de dicho asiento en contra del verdadero dueño o titular de cualquier derecho real sobre la finca inmatriculada». A nuestro modesto entender, esta sentencia, lejos de apoyar la interpretación latina del artículo 32, es una terminante afirmación de la contraria, puesto que no se trata de una inscripción primera o de inmatriculación, sino de una segunda de hipoteca a favor de un acreedor, que hubiera quedado absolutamente garantizado si hubiera obrado de buena fe y hubiesen transcurrido los dos años desde la fecha de la inmatriculación. No hemos encontrado la sentencia de 3 de diciembre de 1962, citada por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, pero sí la de 6 del mismo mes y año, a la cual se refieren probablemente: «Si bien se trata en efecto de una doble venta, no cabe olvidar que las fincas no estaban inscritas en el Registro y fue el propio recurrente quien logró su inscripción por medio de un acta de notoriedad, que conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, por lo que impugnada antes de pasado dicho plazo, ni el señor C., tiene carácter de tercero hipotecario, ni el de propietario

inscrito». Esta sentencia da a entender, indudablemente, que de haber transcurrido el plazo de dos años desde la fecha de la inmatriculación, el titular inscrito tendría el carácter de tercero hipotecario. Pero entendemos que hay que tener en cuenta la acertada opinión de DÍAZ-PICAZO acerca de la interpretación de la Jurisprudencia cuando dice: «De una manera rigurosa, una sentencia del Tribunal Supremo consiste en lo que decide y en la razón inmediata de decidirlo en estrecha vinculación con el caso decidido» (37). Y añade que lo normal entre nosotros es «recoger de la sentencia una afirmación cualquiera y, abstrayéndola... generalizarla, de tal manera que esa pequeña máxima o afirmación así abstraída y generalizada, es a lo que normalmente denominamos «Jurisprudencia». Un modo de proceder semejante es totalmente arbitrario». Con arreglo a esta doctrina, la sentencia de 6 de diciembre de 1962 lo único que declara es que, conforme a lo dispuesto en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, la inscripción no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, lo cual es evidente.

La única sentencia del Tribunal Supremo favorable a la llamada interpretación latina del artículo 32 es la de 25 de mayo de 1965, citada por VILLARÉS PICO. Partiendo de la buena fe, puesto que «al que afirma la mala fe le corresponde su prueba», dice: «Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del apartado 2.º, del citado artículo 1.473, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes haya inscrito en el Registro». La doctrina que sienta esta Sentencia, que coincide con la interpretación de ALONSO FERNÁNDEZ del artículo 1.473 del Código, tiene los siguientes inconvenientes: 1.º. Que prescinde del artículo 608 del Código, que establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. 2.º. Que prescinde de la limitación de dos años a los efectos de las inscripciones de inmatriculación del artículo 207 de la Ley. 3.º. Que no relaciona el artículo 1.473 del Código con el 32 de la Ley, del cual aquel es una simple consecuencia, limitándose a hacer una interpretación literal del mismo.

(37) *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, pág. 34.

Por todo ello podemos llegar a la primera parte de la opinión de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, afirmando que la Jurisprudencia no es nada favorable a la interpretación latina del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Por nuestra parte lo celebramos mucho en beneficio de la recta administración de justicia y de la institución del Registro de la Propiedad.

LOS PRINCIPIOS DE LA FE PUBLICA REGISTRAL Y CONSENTIMIENTO

La parte sustantiva de nuestro Derecho Hipotecario no queda suficientemente explicada diciendo que las inscripciones amparadas en la fe pública registral son una forma de adquirir de superior categoría a la tradición. Hay que añadir que el que adquiere al amparo de la fe pública registral adquiere en las condiciones jurídicas que constan en el Registro, mientras que el que no adquiere al amparo de la fe pública registral adquiere, en el supuesto de que adquiriera el derecho, en condiciones jurídicas que ignora y que no tiene medios legales de conocer. Con otra particularidad muy importante y es que el que adquiere sin estar protegido por la fe pública registra¹, no hay medios legales de que sepa si realmente ha adquirido o no el derecho real ni las condiciones jurídicas en que ha adquirido; pero si, posteriormente, inscribe su título al amparo de la fe pública registral, tiene la seguridad de haber adquirido el derecho real (salvo que haya una causa de nulidad en el propio acto adquisitivo, como violencia, intimidación o dolo), y de que ha adquirido en las condiciones jurídicas que constan en el Registro.

En nuestra doctrina se ha dado, y se sigue dando, una gran importancia a la distinción entre inscripciones constitutivas y declarativas, sin tener en cuenta que distinción verdaderamente importante en nuestro Derecho Hipotecario es la de inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella, puesto que de ser de una u otra clase depende el que produzcan unos u otros efectos. Y como en nuestro Derecho no hay más inscripciones constitutivas que la hipoteca y modernamente el de-

recho de superficie, se saca la conclusión de que los demás derechos reales se adquieren por la tradición, y se admite como excepción las adquisiciones *a non domino*, y aun esto se discute por algunos autores. No se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

1.^a En nuestro Derecho no se puede saber nunca cuándo se adquiere del verdadero dueño y cuál *a non domino*, pues, como hemos dicho en otra ocasión, ni aun teniendo el transmitente una sentencia firme a su favor, se puede tener la seguridad de que es el verdadero dueño, pues antes o después de obtener esa sentencia ha podido vender a otra persona en escritura pública, lo que no se puede saber por el secreto del protocolo notarial. En cambio, el que ha adquirido al amparo de la fe pública registral, hay la seguridad de que ha adquirido el derecho real (salvo que en su propio acto adquisitivo haya habido una causa de nulidad) y de que ha adquirido en las condiciones jurídicas que constan en el Registro.

2.^a En nuestro Derecho civil no basta adquirir del verdadero dueño. Hace falta, además, en los contratos a título oneroso, que el transmitente tenga la posesión, pues sin ella no puede haber tradición. La posesión es más palpable que el dominio, pero tampoco hay la seguridad de que el que nos quiere transmitir un derecho real sea el verdadero poseedor, puesto que puede ser, sin que podamos comprobarlo, arrendatario, depositario o precarista, o ha podido ser poseedor y haber dejado de serlo por haber hecho una venta en escritura pública, lo que tampoco podemos comprobar por el secreto del protocolo notarial.

Pero sea o no sea el transmitente el verdadero dueño, y sea o no sea el verdadero poseedor, el adquirente, al amparo de la fe pública registral, hay la seguridad de que ha adquirido el derecho real desde el momento en que su título se ha inscrito en el Registro. Todo esto es efecto del principio de fe pública registral, que está contenido principalmente en el artículo 34 de la Ley.

Este artículo tiene algunos defectos de redacción, que hemos puesto de relieve en otra ocasión; pero su doctrina es bastante clara, por lo que no podemos estar de acuerdo con la crítica que le hacen LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, cuando dicen que ese artículo es «inepto para protegerle (al tercero) contra la nulidad o resolución que se produzca *antes* de la adquisición, o bien frente

a la falsedad del título o el asiento» (38). Fundan su doctrina en que el artículo 34 dice, «aunque *después* se anule o resuelva», e interpretan ese *después* en el sentido de que es necesario que la anulación o resolución se produzca después de practicada la inscripción. Aunque a través de otros artículos llegan a la interpretación acertada, lo cierto es que no es ésa la interpretación verdadera del artículo 34. La palabra *después* supone un *antes*, y ambos tiempos se refieren a un momento determinado, que está expresado por las palabras, «una vez inscrito». Por ello, en el artículo 34 se pueden dar los siguientes casos: 1.º El titular registral otorga una escritura de hipoteca, por ejemp'o, y, *antes* de inscribirse ésta, se inscribe en el Registro una resolución judicial, declarando la nulidad de su inscripción. Esa escritura de hipoteca no puede ya inscribirse. 2.º Que la resolución judicial llegue al Registro *después* de inscrita la hipoteca. En este supuesto hay que distinguir las dos siguientes hipótesis: A) Que *antes* de llegar la escritura de hipoteca al Registro se haya anotado la demanda de nulidad de la inscripción del hipotecante. En este caso, la escritura de hipoteca se inscribe en el Registro, pero el acreedor hipotecario no será mantenido en su derecho si *después* se presenta la resolución judicial, declarando la nulidad del derecho del hipotecante, porque la causa de la nulidad constaba en el Registro *antes* de la inscripción de la hipoteca. B) Que se haya inscrito la hipoteca sin que *antes* se haya anotado la demanda de nulidad. Si *después* se presenta la resolución judicial, declarando la nulidad del derecho del hipotecante, esa resolución debe inscribirse en el Registro si la finca continúa aún a nombre del hipotecante, pero no perjudica al acreedor hipotecario, porque, cuando él inscribió, la causa de la nulidad no constaba en el Registro. Creemos que esta interpretación aclara suficientemente cualquier duda que pudiera haber.

El artículo 34 es el principal que regula en nuestro Derecho la fe pública registral, pero no el único, pues hay varios artículos coincidentes para regularla. Por lo contrario, en Derecho alemán está condensado el principio de fe pública registral en un solo artículo, el 892, que dice: «En beneficio del que adquiere por negocio jurídico un derecho sobre una finca o un derecho sobre tal derecho, el contenido del Registro vale como exacto, a no ser que contra dicha

(38) Lug. cit., pág. 209.

exactitud esté practicado un asiento de contradicción o que la inexactitud sea conocida por el adquirente». Es muy bonito, sin duda, condensar toda una institución en un solo precepto. Por eso, LACRUZ BERDEJO, comparando este precepto con los del Derecho español, dice lo siguiente: «El sistema español, pues, ha llegado, por vía oblicua, a una protección semejante a la que presta el Derecho alemán (mayor, según se ha visto, en el aspecto de las inscripciones ilegales); sólo que, por no enunciar directamente y con una fórmula amplia la regla general de protección a la apariencia creada por la inscripción en el Registro, ha necesitado seis preceptos, que parcialmente se identifican, para, por vía de enumeración, conseguir el mismo resultado. El manto protector del Registro español, tan majestuoso visto a distancia, se nos revela, si lo contemplamos de cerca, como una vieja capa llena de pedazos» (39). No nos parecen excesivos seis artículos, y aunque fueran bastantes más, para regular una institución tan importante como el principio de fe pública registral. El Código civil dedica 93 artículos a regular la compraventa y tampoco nos parecen demasiados. Es más elegante, sin duda, condensar toda una institución en un solo precepto, como hace el Código alemán. Pero es muy expuesto a incurrir en graves errores, por afán de condensación. El precepto citado dice que, en beneficio del que adquiere por negocio jurídico, el contenido del Registro vale como exacto. Esto no es cierto. En el Registro constan las circunstancias físicas de la finca y alguna circunstancia personal del titular registral, y de eso no responde el Registro. En esa inexactitud no ha incurrido el legislador español. Ese defecto no lo es prácticamente en el Derecho alemán, porque las circunstancias de la finca están tomadas del Catastro y las del titular registral apenas si constan en el Registro. En nuestro Derecho, el defecto sería mucho mayor, porque constan en el Registro todas las circunstancias personales del titular y las de la finca no están tomadas del Catastro.

Pero el verdadero defecto del Derecho alemán está en el consentimiento abstracto. Según dice CASTRO Y BRAVO (40), desde el año 1937 esa institución está desacreditada en la propia Alemania, lo que no nos extraña, puesto que es desnaturalizar los contratos

(39) *Leciones*, pág. 257.

(40) *El Negocio Jurídico*, pág. 293.

y los negocios jurídicos el separar el consentimiento de transmitir y adquirir el derecho real, de su causa, por un lado, y, por otro, que haya dos consentimientos para una misma transmisión. Los autores del Código civil alemán se inspiraron en el Derecho romano, en que la transmisión del derecho real se hacía por tradición, y como ésta tenía cierto carácter abstracto, la regularon en forma totalmente abstracta con caracteres muy distintos a los de aquél. Sin entrar en disquisiciones históricas, lo cierto es que en Derecho romano no se necesitaban dos consentimientos, pues bastaba el de la compraventa, por ejemplo, para transmitir el derecho real (*venditio aut alia iusta causa*, dice el célebre texto latino), y, además, el consentimiento no tenía forma abstracta, pues tenía la forma de compraventa u otro *contrato similar*.

Hay que rechazar, por lo menos en nuestra Patria, la doctrina que no ve en la compraventa, por ejemplo, otra cosa que un contrato obligacional. La compraventa es, ante todo y sobre todo, un contrato traslativo, y las obligaciones que produce son consecuencias del fin principal o causa del contrato, que es la transmisión de la propiedad de la cosa a cambio de un precio. La compraventa puede adoptar múltiples modalidades, pues la transmisión de la cosa puede estar sujeta a condición o plazo, entre otras, y lo mismo el precio; pero nunca se requiere un nuevo consentimiento, y si se necesitase nuevo consentimiento, el contrato celebrado no sería el de compraventa, sino uno preparatorio del mismo. El requisito de la tradición o la inscripción en el Registro no añade un ápice más de voluntad a la expresada en la compraventa. Por eso, sólo en parte podemos estar de acuerdo con CASTRO Y BRAVO, cuando dice lo siguiente: «Para el común sentir del pueblo, no se enajena o grava, no se promete o reconoce una deuda, sino que ello se considera la consecuencia de, por ejemplo, una venta, una donación, o de haber recibido un préstamo» (41). No es sólo para el común del pueblo, sino del pueblo y de los juristas, desde el más eminente hasta el más modesto. Para todos por igual, vender significa enajenar por un precio, y comprar, adquirir por un precio. Cuando decimos que vamos a vender el piso en que vivimos o el coche para comprar uno nuevo, queremos decir, unánimemente, que deseamos enajenar el piso o el coche por un precio para con él adquirir la propiedad de

(41) Lug. cit., pág. 295.

otro piso o coche. La voluntad que ponen vendedor y comprador al celebrar un contrato de compraventa en España es la misma voluntad que ponen en Francia o Italia. La diferencia consiste en que en Francia e Italia esa voluntad produce la transmisión de la propiedad, y en España no basta, pues necesita estar completada por la tradición de la cosa. Por eso, estimamos que no es acertada la definición que se suele dar de la compraventa, diciendo que es un contrato por el cual uno de los contratantes se *obliga* a entregar una cosa a cambio de un precio. No es la obligación u obligaciones que nacen de la compraventa lo que constituye la esencia de este contrato. Su esencia está en la voluntad de transmitir y de adquirir la cosa a cambio de un precio. La transmisión y adquisición de la propiedad de la cosa podrá no realizarse, y de hecho no se realiza en nuestra Patria, si no concurre la tradición, pero la voluntad de vendedor y comprador es la misma que si por su sola voluntad se produjese la transmisión de la propiedad de la cosa.

En el Derecho alemán, creyendo equivocadamente que seguían al Derecho romano, dividieron la compraventa en dos contratos: a uno le llamaron compraventa y al otro contrato abstracto. A la compraventa la privaron del consentimiento de transmitir y de adquirir, y la redujeron a un contrato meramente obligacional con precio de la transmisión, con lo cual quedó mutilada. Por otro lado, se llevaron el consentimiento de transmitir y de adquirir sin precio, con lo que hicieron un monstruo jurídico, llamado consentimiento abstracto. Y es un monstruo jurídico, porque eso no se da en la vida real. La voluntad humana no se mueve si no es por un fin. Un acto de voluntad sin fin no es posible en la vida humana, por lo que han tenido que mutilar la voluntad humana para crear el consentimiento abstracto. Creyeron que de esa forma daban seguridad a la transmisión, cuando, como dice CASTRO Y BRAVO, «la seguridad jurídica queda asegurada, sin necesidad de acudir a la abstracción, mediante las figuras de la protección del tercero de buena fe y la presunción de existencia y licitud de la causa» (42), que es el sistema español, tanto en el orden civil como en el hipotecario. Los mismos autores alemanes lo han visto, aunque, en nuestra modesta opinión, no con entera claridad. Así, MARTÍN

(42) Lug. cit., pág. 295.

WOLFF dice lo siguiente: «Es dudoso si fue feliz la idea de establecer, además, del acuerdo contenido en la «compraventa» (sobre la obligación de transmitir el derecho) otro «acuerdo» sobre la transmisión misma. En todo caso, la conciencia jurídica general y el Derecho positivo se hallan en pleno desacuerdo en cuanto a esto» (43). Únicamente tenemos que aclarar que, al menos en nuestra Patria, el acuerdo contenido en la compraventa no es un acuerdo sobre la obligación de transmitir el derecho, sino sobre la transmisión misma.

Fácilmente se comprende que no podemos estar de acuerdo con Roca Sastre, cuando, desde el punto de vista constituyente, dice lo siguiente: «Lo ideal sería abandonar la teoría del título y el modo, y en su lugar adoptar el siguiente sistema: Exigir para que la transmisión se opere que el actual contrato de finalidad traslativa fuese seguido y conectado causalmente con un acuerdo expreso de transferencia entre las partes.» «El acuerdo de transferencia, o sea, el *animus transferendi et accipiendi dominii* debería ser necesario que se formulase explícitamente en los títulos inscribibles, pues no es lógico que, a pesar de su importancia, pueda quedar en la zona de lo tácito o presunto. De este modo, en dichos títulos aparecerían en su función respectiva el negocio obligacional y el negocio de disposición.» «Conviene, pues, centrar el traspaso de bienes inmuebles en el *acuerdo real*, si bien regulado, no como negocio abstracto, sino como negocio dispositivo, fundado causalmente en el precedente contrato de finalidad traslativa. Si se adoptara este sistema, desaparecerían las dificultades que, según hemos visto, se producen al tratar de conciliar dos cosas tan dispares como son el Registro y la *traditio*, o sea, la inscripción regulado en la Ley Hipotecaria y el modo de adquirir la propiedad, según el Derecho civil.» «De no aceptar este sistema, sería preferible seguir francamente el sistema traslativo del derecho francés, que no mantener la teoría del título y el modo.» «El acuerdo real, de tipo causal, solucionarí muchas dificultades del sistema presente, a la vez que respondería a principios más científicos, sin que ello complicara la formalización de los títulos traslativos, pues es un requisito fácil de cumplir, ya que, en definitiva, se reduce a una simple cláusula

(43) *Derecho de Cosas de Martín Wolff*, traducción de PÉREZ Y ALGUER, tomo I, pág. 205.

más.» «Esta falta de realce que en nuestros títulos transmisorios tiene el consentimiento dirigido inmediatamente a la realización del traspaso patrimonial, o sea, el negocio de disposición, es característica de la legislación española, sobre todo tratándose de transmisiones derivadas de contrato tan importante como el de compraventa.» «No obstante, tratándose de títulos de transmisión constitutiva, o sea, de imposición de gravámenes, el consentimiento acerca del cambio jurídico real es lo que se destaca de una manera relevante.» «Cabe en materia de compraventa, por ejemplo, que la escritura se redacte en el sentido de autenticar el consentimiento o acuerdo transmisorio, haciendo referencia en la parte expositiva de la existencia del correspondiente contrato de compraventa, ya cerrado o concluido con anterioridad» (44). Roca defiende un sistema inspirado en el Derecho alemán, pero mejorado, puesto que rechaza el consentimiento abstracto y defiende el consentimiento causal conectado con el anterior contrato obligacional. Es decir, que defiende la concurrencia de dos contratos para una misma transferencia: el meramente obligacional, como es la compraventa, según él, y el posterior contrato traslativo causal. Inspirándose en el Derecho alemán, y siguiendo la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, cree que la compraventa es un contrato meramente obligacional, y por ello entiende que, además de ella, debe haber un contrato traslativo, en que expresamente se consienta la transmisión y adquisición del derecho real. A nuestro modesto entender, no puede haber mayor confusión acerca de lo que es la compraventa. Como hemos visto anteriormente, la esencia de la compraventa la constituye la voluntad de transmitir y de adquirir la cosa a cambio de un precio. No hace falta, por consiguiente, otro contrato traslativo cuando ha habido el de compraventa, en que expresamente se consiente la transmisión y adquisición de una cosa a cambio de un precio. La influencia del Derecho alemán no nos puede llevar hasta ignorar el significado de las palabras. El Diccionario de la Real Academia Española dice: «Comprar = Adquirir algo por dinero.» «Vender = Traspasar a otro por el precio convenido la propiedad de lo que uno posee.» Eso es lo que significan las palabras comprar

(44) *Derecho Hipotecario*, cuarta edición, tomo I, págs. 177 y sigs., y 637 y sigs.; quinta edición, tomo I, págs. 182 y sigs., y 719 y sigs.; y sexta edición, tomo I, págs. 247 y sigs., y tomo II, págs. 86 y sigs.

y vender. Y eso es lo que quieren el que compra y el que vende: el primero adquirir por un precio y el segundo enajenar por un precio. El vendedor sacrifica su propiedad de la cosa para adquirir la propiedad del dinero, y el comprador se desprende de la propiedad del dinero por conseguir la propiedad de la cosa. Esto no quiere decir que, por el simple acuerdo entre el vendedor y el comprador, se transmita la propiedad de la cosa. Pero eso es lo que ellos quieren y lo que significan esas palabras en nuestro idioma. Con la tradición no se modifica en nada la voluntad de los contratantes, aunque es el medio legal de que se cumpla, puesto que la transmisión no se produce hasta el momento de la tradición. Los contratantes emplean las expresiones «compro o he comprado» como sinónimas de «adquiero o he adquirido por un precio», y las expresiones «vendo o he vendido» como sinónimas de «enajeno o he enajenado por un precio». Y por eso ese contrato traslativo porque aboga Roca no haría más que repetir la misma voluntad expresada en la compraventa. Sería, por tanto, una redundancia inútil.

Tenemos que rechazar también la diferencia que ve Roca entre la compraventa y los contratos constitutivos de los demás derechos reales. La compraventa es la voluntad de transmitir y de adquirir la cosa totalmente, mientras que los contratos de constitución de los demás derechos reales es la voluntad de transmitirlos y de adquirirlos parcialmente. La diferencia es cuantitativa, no cualitativa. En la primera se consiente la enajenación total; en los segundos, la enajenación parcial. En ambos casos hay acuerdo expreso de voluntades para la transmisión y adquisición del derecho real.

No vemos tampoco la necesidad de eliminar la tradición en la transmisión de los derechos reales, pues cumple una función de publicidad en los bienes muebles, y también, aunque imperfecta, en los inmuebles no inscritos. Y para que desaparezcan las dificultades que se producen al tratar de coordinar la tradición con la inscripción en el Registro, basta con interpretar nuestro Derecho positivo, conforme a lo que de hecho dice, sin aferrarnos a interpretaciones, que, si, por un lado, son la interpretación general, no responden, en cambio, a lo que dicen los textos legales. Nos referimos al artículo 608 del Código, en relación con el artículo 34 de la Ley, principalmente. El primero dice que, para determinar los

titulos inscribibles y los efectos de la inscripción, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta no exige la tradición ni para inscribir ni para que la inscripción produzca plenos efectos. Por consiguiente, los efectos del artículo 34 se producen sin necesidad de tradición. Esto se refiere sólo a las inscripciones amparadas en la fe pública registral. No hay dificultad alguna al coordinar la tradición con la inscripción en el Registro en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, si nos atenemos a lo que dicen los artículos 608 del Código y 34 de la Ley. Pero si seguimos manteniendo la doctrina general de que la tradición es necesaria, en todo caso, para la adquisición del Derecho real, lo que no podemos mantener sin prescindir del artículo 608 del Código, la coordinación de la tradición con la inscripción en el Registro no sólo es difícil, sino imposible, como lo demuestra el hecho de que Roca incurre en contradicción al intentarlo, conforme hemos visto en otra ocasión (45). No se puede, por tanto, pedir la supresión de la tradición, cuando está suprimida en las inscripciones amparadas en la fe pública registral por los artículos 608 del Código y 34 de la Ley.

Las dos reformas que pide Roca son, a nuestro modesto entender, por completo innecesarias, si interpretamos nuestro Derecho positivo conforme a lo que dice, no conforme a lo que se le hace decir. La primera, porque las palabras «comprar» y «vender» tienen una significación muy clara y a ella hay que atenerse. Y la segunda, porque la tradición está suprimida por los artículos 608 del Código y 34 de la Ley en las inscripciones amparadas en la fe pública registral. Por eso decíamos en otra ocasión (46) que, «antes de pedir la reforma de nuestra legislación hipotecaria, es necesario interpretarla acertadamente, pues no se puede pedir la reforma de una legislación que no se acierta a interpretar; y para ello, lo primero es atenerse a lo que claramente dispone el artículo 608 del Código civil». Y así, interpretando nuestro Derecho positivo, conforme a lo que dice, no a lo que se le ha hecho decir, nuestro sistema hipotecario es incomparablemente más perfecto de todo lo que hasta ahora se había imaginado.

MARIANO HERMIDA LINARES.

Registrador de la Propiedad de Madrid.

(45) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1966, pág. 1.442.

(46) Lug. cit., pág. 1.507.