

La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles

SUMARIO: Preámbulo.—La opinión de Ramón de la Roca Arenal.—La opinión de Roca Sastre.—La opinión de Lacruz Verdejo.—La opinión de D. Jerónimo González.—La opinión de Sanz Fernández.—La opinión de Vallet de Goytisolo.—El principio de fe pública registral.—Juicio crítico sobre los efectos del principio de fe pública registral.—La tradición y la fe pública registral.—Algunas aclaraciones hechas por Roca Sastre.—La práctica de Notarios y Registradores en Cataluña y Navarra.—El principio de fe pública registral en los modernos tratadistas españoles de Derecho civil: la opinión de Castán.—La opinión de Puig Peña.—La opinión de Puig Brutau.—La opinión de Espín Cánovas.—Una aplicación del principio de fe pública registral.—La opinión de Núñez Lagos acerca de los dos terceros hipotecarios.—La opinión que nos atribuye Roca Sastre respecto a los dos terceros hipotecarios.—La opinión de Tirso Carretero.—El Registro de la Propiedad y la función notarial.—Las opiniones de Roán, Ramos Folqués, Villares, Azpiazu y Nart.—Los efectos de las inscripciones de inmatriculación.—Los efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral. Dos categorías de formas de adquirir.—Síntesis del Derecho hipotecario español y reforma del mismo

PREAMBULO

La relación que guardan entre sí la tradición y la inscripción en el Registro, es, sin duda, uno de los problemas más difíciles de nuestro Derecho civil y el más importante del Derecho hipotecario. Claramente lo vio don JERÓNIMO GONZÁLEZ cuando dijo, en 1943, en la Academia Matritense del Notariado, que todavía no se ha puesto de relieve en el campo inmobiliario las relaciones entre sí

de las dos leyes fundamentales, el Código civil y la Ley Hipotecaria, e ignoramos hasta qué punto se influyen, recíprocamente, tradición, posesión e inscripción.

Como es sabido, antes de la publicación de la Ley Hipotecaria nuestra legislación seguía el sistema, inspirado en el Derecho romano, del título y el modo, por virtud del cual para transmitir por negocio jurídico los derechos reales susceptibles de posesión se necesitaba la concurrencia de un contrato, título, seguido de un modo, tradición.

La Ley Hipotecaria de 1861 no hizo ninguna derogación expresa de dicho sistema en cuanto a los bienes objeto de inscripción en el Registro. Se publica después el Código civil, que recogió en sus preceptos ese mismo sistema al establecer en su artículo 609 que «la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición»; y en el artículo 1.095 que el acreedor «no adquirirá derecho real sobre ella (la cosa) hasta que le haya sido entregada». La Ley Hipotecaria de 1944 tampoco derogó en forma expresa este sistema en cuanto a los derechos reales inscribibles. Del artículo 609 y otras del Código civil se deduce que hay casos en que no es necesaria la tradición, como son las donaciones, la hipoteca, y, en general, los derechos reales no susceptibles de posesión.

Los dos problemas fundamentales que se plantean son los siguientes: 1.º Un título sin tradición, cuando ésta sea necesaria para la adquisición del derecho real según el Código civil, ¿es inscribible en el Registro? 2.º Inscrito un título sin tradición, cuando ésta sea necesaria para la adquisición del derecho real según el Código civil, ¿qué efectos produce, se adquiere o no se adquiere el derecho real por la inscripción?

LA OPINION DE RAMON DE LA RICA ARENAL

RAMÓN DE LA RICA ARENAL expone así la relación entre la tradición y el Registro de la Propiedad (1): «Si la tradición real —dice— es necesaria para la transmisión del dominio y si la tra-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1950, págs. 626 y sigs.

dición *ficta*, incluso la instrumental, sucumbe como toda presunción *juris tantum* ante la prueba en contrario, se llega a la conclusión de que el Registro sólo podría dar certeza al dominio y demás derechos reales cuando se presentase a inscribir, junto con el título traslativo, un acta notarial de entrega o de toma de posesión. Sin este requisito, que el legislador no quiso exigir, el titular registral no podría ampararse en las inmunidades que la inscripción proporciona.» «La tradición o entrega material—añade—como modo de adquirir el dominio de los inmuebles y derechos reales, es incompatible con todo buen sistema de Registro. O se prescinde de la posesión o se prescinde del Registro; o establecemos la publicidad posesoria o establecemos la publicidad registral.» Y fundándose en la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, concluye: «Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas: ese derecho real no será esgrimible frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante.» «La legislación hipotecaria—fundamental y preferente en la regulación de la propiedad inscrita—desconoce en absoluto la tradición. La silencia totalmente.» «La legislación hipotecaria, según dijeron sus autores, innovaba profundamente el Derecho civil en orden a la adquisición de la propiedad y prescindió deliberadamente de la *traditio*, que no encajaba en el engranaje de su sistema.» «Al Registro lo que llega y lo que produce el asiento es eso: el título, bien en su acepción instrumental de documento, bien en su más amplia de relación jurídica, y nunca el modo. La tradición, en la práctica, no juega en el ámbito del Registro, ni siquiera es objeto de calificación.» «Todo ello nos lleva a la conclusión de que el sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. Si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la tradición. El problema se resuelve reconociendo que la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y

para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil, fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*.»

Toda la argumentación de RAMÓN DE LA RICA nos parece irreprochable respecto a las relaciones entre la tradición y el Registro, pero adolece del mismo defecto que la Exposición de Motivos de la primitiva Ley, en la que en parte se fundamenta para su argumentación; que no distingue entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en la misma. Entendemos, por ejemplo, que no es discutible, por su propia evidencia, que «la tradición no juega en el ámbito del Registro, y ni siquiera es objeto de calificación». Pero su doctrina es excesivamente amplia cuando afirma que «con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante». Ese efecto se produce sólo en las inscripciones amparadas en la fe pública registral. Las inscripciones de inmatriculación, por ejemplo, que no están amparadas en la fe pública registral, pueden ser discutidas por el titular no inscrito, que puede, y, en muchas ocasiones, debe triunfar sobre el titular inscrito. Para inscribir el título en el Registro no es necesario que conste haberse realizado la tradición; pero el inmatriculante que no ha obtenido la tradición, debe ser vencido por el adquirente que obtuvo la tradición. Al adquirente que haya inscrito en el Registro al amparo de la fe pública registral le es indiferente la tradición, pues su adquisición con la inscripción en el Registro ha adquirido un rango preferente y no puede ser desvirtuada por títulos no inscritos ni por causas de nulidad en la adquisición del transmitente que no consten en el propio Registro. Por lo contrario, el que inscribe sin estar amparado en la fe pública registral, sólo tiene a su favor una presunción de propiedad *juris tantum*, que puede desvirtuarse mediante prueba en contrario.

También nos parece excesiva la afirmación de que la Ley Hipotecaria «rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*». Es evidente que la Ley Hipotecaria rige para la propiedad inscrita preferentemente sobre la legislación civil, pero de la Ley Hipotecaria no puede deducirse que la pro-

piedad inscrita no pueda transmitirse por título y modo con eficacia *erga omnes*, si bien esa eficacia *erga omnes* es sólo relativa, y en tanto no haya un tercero que inscriba su título en el Registro al amparo de la fe pública registral.

Respecto a la distinción entre inscripciones amparadas en el principio de fe pública registral y las no amparadas en ese principio y sus respectivos efectos, no intentamos demostrar nuestras afirmaciones, porque en epígrafes sucesivos nos ocuparemos de ello muy ampliamente.

LA OPINION DE ROCA SASTRE

Roca entiende que «en nuestro Derecho rige la denominada *teoría del título y el modo*, o sea, que para que exista transmisión del dominio y derechos reales, se requiere un *título (contrato de finalidad traslativa)*, seguido del *modo (tradición)*, tal como entiende ambos elementos dicha teoría. Por consiguiente, para que la transferencia de bienes se produzca no basta el solo título o *contrato de finalidad traslativa*, sino que además se requiere el complemento del modo o tradición. Una vez concurren estos dos elementos, se habrá producido un *acto o título traslativo*, que si tiene por objeto el dominio sobre inmuebles o un derecho real sobre los mismos (que implique posesión), tendremos un acto susceptible de *inscripción* en el Registro de la Propiedad, pues en éste, según el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, se inscriben los actos o contratos traslativos, o en que se transmitan el dominio de inmuebles o derechos reales inmobiliarios» (2). «De ello resulta, añade, que para que sea posible la inscripción, es necesario un acto de transferencia, y para que haya transferencia, es preciso que el contrato de finalidad traslativa esté completado con la tradición».

La teoría del título y el modo rige en nuestro Código civil, pero la Ley Hipotecaria ni la menciona siquiera. Y el artículo 608 del Código civil dice que «para determinar los títulos sujetos a inscripción..., se estará a lo dispuesto en la Ley

(2) *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 163.

Hipotecaria». El artículo 1.º de la Ley Hipotecaria dice que «el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción y anotación de los actos y *contratos* relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». El artículo 2.º de la Ley Hipotecaria dice que «son inscribibles los títulos traslativos... del dominio de los inmuebles». Título es jurídicamente el acto o contrato de finalidad traslativo sin tradición, y ese título de finalidad traslativa es un título traslativo. Roca distingue entre título de finalidad traslativo y título traslativo, diciendo que el primero es el simple contrato y el segundo es el contrato con tradición, pero del texto del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria no se puede deducir esa distinción. Las palabras de la Ley Hipotecaria, títulos traslativos, deben interpretarse en el sentido en que se han usado y se usan siempre. No parece que pueda dudarse, por ejemplo, de que una compraventa es un título traslativo. SÁNCHEZ ROMÁN, al señalar los caracteres de la compraventa, dice que es un contrato principal, consensual, bilateral, oneroso, generalmente conmutativo, y, «por último, traslativo del dominio» (3). CLEMENTE DE DIEGO dice, estudiando el contrato de compraventa, que «lo que le caracteriza esencialmente es ser el título traslativo del dominio por excelencia» (4). CASTÁN, en su edición de 1956, el tomo IV le dedica a obligaciones y contratos, y la subsección 2.ª la titula «Contratos traslativos del dominio», entre los cuales estudia, en primer lugar, la compraventa. PUIG PEÑA dedica el tomo IV, volumen II, a los contratos, y los capítulos V al VIII los dedica a los «contratos traslativos del dominio», entre los cuales estudia, en primer lugar, la compraventa. PUIG BRUTAU (5), al clasificar los contratos, dice: «Suelen formarse los siguientes grupos: a) Contratos traslativos: donación, compraventa, permuta y cesión de derechos y acciones». VALVERDE, en su *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, dedica el capítulo IX a lo que llama «contratos traslativos del dominio», y estudia, en primer lugar, el de compraventa. ESPÍN CÁNOVAS, en su *Manual de Derecho Civil*, volumen III, el capítulo I lo titula «Contratos traslativos del dominio», entre los

(3) *Derecho Civil*, tomo IV, pág. 552.

(4) *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, pág. 188.

(5) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. 1, pág. 399.

cuales estudia, en primer lugar, la compraventa. No se puede aceptar, por tanto, la distinción entre contratos de finalidad traslativa y contratos traslativos, puesto que los contratos de finalidad traslativa son contratos traslativos, como el de compraventa.

Como decíamos en otra ocasión (6). «Roca interpreta mal las palabras del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. Este artículo dice que son inscribibles los títulos y los títulos son los contratos sin tradición. Precisamente, el argumento de Roca demuestra lo contrario de lo que pretende demostrar. Según la teoría del título y el modo, título es el contrato, y el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria dice que son inscribibles los títulos, es decir, los contratos. La palabra «transmitan», no quiere decir que se haya transmitido, sino que se quieren transmitir. Cuando decimos «el solar en que se construya un edificio», no queremos decir el solar en que se construyó, sino el solar en que se puede construir. Esa frase es tan correcta y de un significado tan claro como esta otra. Por la tradición se transmite el dominio. Por la tradición se transmite el dominio, pero no por la sola tradición. Por los contratos se transmite el dominio, pero no por los contratos solos. La palabra «traslativos» tampoco autoriza esa interpretación. La compraventa siempre ha sido considerada como un contrato «traslativo», y nadie ignora que necesita la tradición para que la transmisión se opere. Debe observar Roca que el mismo artículo 2.º dice que son inscribibles los títulos en que se «constituya» la hipoteca, la que llevaría, con su razonamiento, a la consecuencia de que el derecho real de hipoteca tiene que nacer antes de la inscripción en el Registro, lo cual no admite Roca. El verbo «constituyan» está empleado en el mismo tiempo que el verbo «transmitan», y han de tener el mismo significado. De la redacción de este artículo no se puede deducir, por tanto, la necesidad de la tradición como requisito previo a la inscripción».

En la última edición de su obra (7), Roca impugna nuestro punto de vista de la siguiente forma: «Ha quedado demostrado en forma suficiente con anterioridad que el artículo 2.º de la

(6) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1951, pág. 727.

(7) *Derecho Hipotecario*, 5.ª edición, tomo I, pág. 173.

Ley Hipotecaria emplea el concepto de *título traslativo* en el sentido de que por sí mismo opere la transmisión, por contener un título o contrato de finalidad traslativa completada con la tradición cuando ésta sea necesaria». Pero, como hemos visto, no es exacto que el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria emplee el concepto de «título traslativo» en el sentido de que por sí mismo opere la transmisión, por contener un contrato de finalidad traslativa completado por la tradición, puesto que contrato de finalidad traslativa y contrato traslativo es la misma cosa, es decir, que el contrato de compraventa, por ejemplo, es un contrato traslativo, como hemos demostrado con las citas de los tratadistas de Derecho civil anteriormente. Nosotros decíamos, como hemos visto anteriormente, que la palabra «transmitan» no quiere decir que se hayan transmitido, sino que se quieran transmitir, y lo razonábamos diciendo que el verbo «constituyan» está empleado en el mismo tiempo que el verbo «transmitan» y han de tener el mismo significado: y Roca nos contesta lo siguiente: «En la hipoteca no sólo la tradición es un elemento extraño, sino que además en ella la inscripción es constitutiva, y por tanto mal puede existir la hipoteca antes de su inscripción, por bien que para poder practicar ésta será preciso que el título contenga un acto constitutivo de hipoteca, en el sentido de acto de disposición, puesto que el contrato en que el titular registral se obligara a hipotecar (cfr. art. 1.862 del Código civil), no sería inscribible por impedirlo el artículo 9.º del Reglamento hipotecario.» Es decir, que no contesta a nuestra argumentación, pues ni siquiera alude al tiempo en que están usados los verbos «transmitan» y «constituyan». En cuanto a la afirmación de que, para poder practicar la inscripción de hipoteca, será preciso que el título contenga un acto constitutivo de hipoteca, en el sentido de acto de disposición, puesto que el contrato en que el titular registral se obligara a hipotecar no sería inscribible por impedirlo el artículo 9.º del Reglamento hipotecario; tenemos que contestar que igual ocurre con los demás contratos traslativos, puesto que un contrato, por ejemplo, en que el titular registral se obligara a vender, tampoco sería inscribible por impedirlo el artículo 9.º del Reglamento hipotecario. Pero ese contrato no es un

contrato de compraventa, sino un contrato de promesa de venta, la misma que en el ejemplo que pone Roca no es un contrato de hipoteca, sino un contrato de promesa de hipoteca. Roca añade que «del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, completado con el artículo 9.º del Reglamento, resulta bastante claro que para que un título traslativo sea inscribible es preciso que lo sea efectivamente; es decir, que sea un título de transferencia, para cuya existencia se precisa la tradición». Pero entendemos que esto tampoco es exacto, puesto que el artículo 9.º del Reglamento hipotecario se refiere a contratos preparatorios de contratos inscribibles, es decir, se refiere a promesas de vender, permutar, constituir, modificar o extinguir el dominio y los derechos reales sobre inmuebles, en los que falta la voluntad de transmitir y de adquirir el derecho real, y son contratos muy distintos de las principales, como la compraventa, la permuta o la donación, en las que hay voluntad de transmitir y de adquirir el derecho real. Roca cree que en un contrato de compraventa, por ejemplo, sin tradición no hay más contenido que el obligacional, error, por lo demás, muy corriente, cuando lo esencial en un contrato de compraventa no son las obligaciones que nacen del mismo, sino la voluntad o consentimiento de transmitir y de adquirir el derecho real por un precio. Por eso dice Roca, citando a MORELL (8), que en una compraventa, por ejemplo, «lo que se inscribe no es la obligación, sino la traslación del dominio, el acto consumado». Pero nosotros entendemos que lo que se inscribe en el Registro, conforme el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, no es la transmisión del derecho real ya realizada, como cree Roca, ni menos la obligación de transmitir, sino el contrato traslativo, en el sentido que dan a las palabras «contrato traslativo» los tratadistas de Derecho civil al principio citados. Y lo que, según el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, se inscribe en el Registro, son los contratos principales, en los que hay voluntad o consentimiento de transmitir y de adquirir, y lo que no se puede inscribir, conforme al artículo 9.º del Reglamento hipotecario, son los contratos preparatorios, en los que no hay voluntad o consentimiento de transmitir y de adquirir el derecho real. El artícu-

(8) Lug. cit., pág. 166.

lo 9.º del Reglamento hipotecario, lejos de apoyar la tesis de Roca, lo que hace es confirmar nuestro punto de vista, puesto que lo que dice es que no son inscribibles las *obligaciones* de constituir, modificar, transmitir o extinguir los derechos reales, *ni la obligación de celebrar en lo futuro* cualquiera de los contratos inscribibles, pero esos contratos *futuros*, si llegan a celebrarse, son inscribibles, según se deduce del mismo artículo, lo mismo si se trata de una hipoteca que de cualquier otro derecho real. Si se inscribe un contrato de compraventa, por ejemplo, se inscribe el contrato, no las obligaciones que nacen del mismo. El artículo 9.º del Reglamento hipotecario dice que las obligaciones no son inscribibles, pero ese mismo artículo dice, *a sensu contrario*, que son inscribibles los contratos traslativos, en el sentido que dan a estas palabras todos los tratadistas citados al principio.

Roca, sin embargo, reconoce que «existe un caso en nuestro Derecho en que, a pesar de faltar la tradición, o, mejor dicho, la transferencia, un acto es inscribible: es cuando concurre una condición suspensiva. Pero esto constituye un defecto de nuestra legislación, ya que lo más propio en este supuesto sería permitir la anotación preventiva del acto sujeto a condición suspensiva» (9). Por nuestra parte entendemos que, lejos de constituir un defecto de nuestra legislación, es la consecuencia lógica de nuestro sistema hipotecario. Se permite inscribir los actos y contratos sujetos a condición suspensiva, porque para inscribir en el Registro no es necesario que haya tenido lugar la tradición, ni la transmisión del derecho real. El precepto del artículo 23 de la Ley Hipotecaria rige desde la primitiva Ley, en la última reforma se modificó su texto (volviendo al texto del párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley de 1861), pero siempre se ha mantenido el precepto de que son inscribibles los contratos sujetos a condición suspensiva. Pero aun cuando se modificase en el sentido que pretende Roca, el resultado sería el mismo, puesto que los efectos de la inoponibilidad y del rasgo hipotecario se producirían desde el momento de la anotación, no desde el momento de la tradición, con todas las importantes consecuencias jurídicas que llevan esos efectos. Obsérvese la diferencia que existe entre una compra-

(9) Lug. cit., pág. 164, en la nota.

venta con condición suspensiva, según se inscriba o no en el Registro. Si no se inscribe, el dominio no se transmite: y si posteriormente el mismo vendedor vende la misma cosa con tradición a otra persona, el segundo comprador adquiere la propiedad de la casa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código civil. Por el contrario, si la venta con condición suspensiva se inscribe en el Registro, y lo mismo sería si se anotase, al comprador con condición suspensiva ya no pueden perjudicarle los títulos no inscritos o anotados anteriormente en el Registro (art. 32 de la Ley Hipotecaria), y, por consiguiente, en cuanto se cumpla la condición, adquiera definitivamente la propiedad de la cosa (artículo 1.473 del Código civil). De modo que la falta de tradición no impide a la inscripción producir a favor del titular inscrito sus radicales efectos.

Entendemos que la doctrina de los actos o contratos con condición suspensiva es también aplicable a los actos o contratos con plazo suspensivo. En este particular, es muy elocuente lo que dice RAMÓN DE LA RICA: «No creo que pueda denegarse la inscripción de una escritura pública de venta de una finca rústica en la que la entrega de ésta se aplaze por cierto tiempo; por ejemplo, hasta la recolección de la cosecha, o de una venta de un piso en la que se pacte que la entrega de éste o de su llave no se efectuará hasta un día determinado, más o menos lejano, a fin de que el vendedor pueda encontrar nueva vivienda en el intermedio. Nadie dirá que estas escrituras no se hallan extendidas con arreglo a las prescripciones legales, y ningún Registrador denegaría su inscripción, a pretexto de que en el mismo título resultaba no haberse hecho la tradición, pues su negativa dejaría indefensa al adquirente frente a una segunda transmisión, seguida de entrega posesoria, y la impediría hacer uso del legítimo derecho de preferencia que le reconoce el propio Código en su artículo 1.473» (10).

El número 3.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria dice que son inscribibles en el Registro «los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales». El único contrato que, con arreglo al artículo 609 del Có-

(10) Lug. cit., pág. 637.

digo civil, produce la transmisión del derecho real sin necesidad de la tradición, es el de donación, que el Código no le considera contrato, sino acto o modo de adquirir, y que por su propia naturaleza es muy poco adecuado para hacer en él adjudicaciones de inmuebles. Todos los demás contratos «en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales», necesitan, según el artículo 609 del Código civil, de la tradición para que la transmisión del derecho real se opere; pero eso no es obstáculo para que el número 3.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria diga que son inscribibles «los contratos» en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales.

Es de observar que Roca, al mantener el criterio de que es requisito imprescindible la concurrencia de la tradición para poder inscribir en el Registro, no alude para nada al artículo 608 del Código civil, que es fundamental en esta materia. Tal vez la explicación sea lo que dijo en su conferencia en el Centro de Estudios Hipotecarios del año 1951: «En el Código civil se hallan cuatro artículos (del 605 al 608), que forman el título VIII del libro II, bajo el epígrafe 'Del Registro de la Propiedad', y de las cuales nadie se acuerda.» No se puede olvidar el artículo 608 del Código civil, porque *es importantísimo* en nuestro Derecho inmobiliario, puesto que *determina la competencia respectiva* de la Ley Hipotecaria y del Código civil, y, en virtud del mismo, para determinar los títulos sujetos a inscripción no hay que estar a lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil, sino a lo que dispone la Ley Hipotecaria.

LA OPINION DE LACRUZ VERDEJO

LACRUZ VERDEJO intenta solucionar el conflicto entre la tradición y la inscripción en el Registro en forma muy original. «En el Derecho español de la Edad Moderna, dice, era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto *inter vivos* tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición)». La vigencia del Código civil, continúa, apenas introdujo cambio alguno en esta situación: Sin

embargo, al completar el proceso de espiritualización de la *tradición*, el Código civil aporta, sin alterar los principios, y simplemente por vía de consecuencia, una modificación a la teoría del título y el modo. Hasta entonces, es decir, hasta la publicación del Código civil, «cada adquirente debía cuidar de que su *auctor* fuera realmente poseedor: de lo contrario, el negocio adquisitivo no llegaba a perfeccionarse por falta de modo». Pero desde la promulgación del Código, puede mantenerse que la situación posesoria «ya no tiene importancia desde el punto de vista de la *tradición*: basta, para ello, aceptar que la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código civil, previa, regularmente, a la inscripción en el Registro, perfecciona el acto transmisivo sin necesidad de posesión en el *tradens*» (11). De esta forma, concluye, se mantiene en nuestro Derecho el carácter declarativo de la inscripción, salvo en la hipoteca, puesto que en toda escritura que se presente en el Registro ha tenido que haber tradición, salvo que en la propia escritura se exprese lo contrario, y entonces tampoco sería inscribible en el Registro (12).

El mayor inconveniente que, a nuestro modesto entender, tiene la teoría de LACRUZ, es que el Código civil da muy poca base para sostenerla. El párrafo 1.º del artículo 1.462 dice que se entregará entregada la cosa vendida cuando se ponga *en poder y posesión* del comprador. Y el párrafo 2.º añade que cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la *entrega* de la cosa, es decir, que el otorgamiento de la escritura pública equivale a poner la cosa en poder y posesión del comprador. Y de ahí deduce el Tribunal Supremo, muy acertadamente, que, si el vendedor no tiene la posesión, no puede entregarla. Además, el artículo 1.095 del Código es terminante: «El acreedor tiene derecho a las frutas de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, *no adquirirá derecho real* sobre ella hasta que le haya sido *entregada*», es decir, hasta que le haya sido puesta en su poder y posesión. La palabra *entregar*, jurídica y gramaticalmente, significa poner en poder y a disposición de otra persona una cosa y no creemos po-

(11) *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, págs 160 y sigs.

(12) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 16.

sible cambiar su significado. Creemos que LACRUZ cambia la interpretación del Derecho civil sin base para ello, con objeto de resolver un problema de Derecho hipotecario, cuando lo acertado sería buscar una solución al Derecho hipotecario, dejando intacto al Derecho civil.

El segundo argumento en que LACRUZ funda su teoría se basa en la interpretación del párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil, por entender que es lo único «que permite interpretar el artículo 1.473-2.º, sin hacerlo inútil o convertir a la inscripción en un sustitutivo de la tradición» (13). Su razonamiento es el siguiente: Según el artículo 1.473, «la propiedad de un inmueble inmatriculado, vendido dos veces, pertenece al adquirente que antes haya inscrito (la transmisión de la propiedad) en el Registro». Por consiguiente, si seguimos la teoría dominante de identificar la tradición con el desplazamiento posesorio, sólo podremos llegar a una de estas dos conclusiones: a) Que la propiedad se transmite sin tradición, pues el precepto legal para nada la menciona y se atiende exclusivamente a la prioridad de la inscripción. Esta tesis es difícilmente conciliable con los artículos 609, 1.095, y con el propio sentido literal del artículo 1.473, que supone la transmisión ya efectuada cuando se va a inscribir. b) O bien que la inscripción presupone una tradición ya efectuada; entonces, el artículo 1.473-2.º, contempla un problema que no puede plantearse nunca, porque, en todo caso, 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 ha realmente adquirido y, en consecuencia, ha podido inscribir válidamente» (14). A nuestro modesto entender, en esa disyuntiva hay una solución más acertada. Ese problema puede resolverse distinguiendo entre inscripciones amparadas en la fe pública registral e inscripciones no amparadas en ella. El artículo 608 del Código civil establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipo-

(13) *Lecciones*, pág. 168.

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

tecaria, y los artículos 1.º y 2.º de ésta declaran inscribibles los contratos sin exigir la concurrencia de la tradición, y el mismo artículo 608 del Código civil establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, por lo que los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y su consecuencia del párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil se producen independientemente de los artículos 609 y 1.095 del Código civil. No es, por tanto, necesaria la tradición para que se produzcan los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y su consecuencia del artículo 1.473 del Código civil. No es, por tanto, necesaria la tradición para la adquisición del derecho real mediante la fe pública registral que esos artículos regulan, es decir, en las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe. Por lo contrario, en las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, como son las de inmatriculación, la propiedad no se adquiere por la inscripción, porque los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y, consiguientemente, el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código civil no juegan a su favor. Es verdad que este último artículo se expresa en términos absolutos, pero como dice VALLET, está supeditado, en virtud del artículo 608 del Código, a lo que dispone la Ley Hipotecaria, y hay que interpretarle conforme a los preceptos de la misma. Entendemos que no es exacto que «el propio sentido literal del artículo 1.473 del Código civil suponga una transmisión ya efectuada cuando se va a inscribir», puesto que la palabra «adquirente» significa gramaticalmente el que está adquiriendo, no el que ya ha adquirido. Y la tesis de que la propiedad se pueda adquirir sin tradición no es difícilmente conciliable con los artículos 609 y 1.095 del Código civil, como cree LACRUZ, puesto que estos artículos son la regla general, mientras que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código son la excepción, sólo aplicables a las inscripciones amparadas en la fe pública registral en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil.

LACRUZ aduce, también, en defensa de su doctrina el siguiente argumento: «Con la teoría dominante, si un propietario vende una finca que no posee, no transmite la propiedad de la misma,

por falta de tradición... En cambio, el adquirente sí recibirá la propiedad si es un donatario: al parecer, el propietario no puede —por falta de medios hábiles— vender, pero sí donar. Como se ve, son muchos más los inconvenientes que las ventajas de la tesis comúnmente aceptada» (15). En realidad, el propietario de una finca que no posee puede venderla, aunque no transmite la propiedad por falta de tradición. En cambio, si transmite la propiedad de la finca mediante donación. Esto no es lógico, pero es el efecto de una contingencia histórica que ha llevado a este resultado. La Comisión que redactó el Código de Napoleón reguló la donación como un contrato. Pero Napoleón entendió que la donación no es un contrato, sino un acto o modo de adquirir, y la Comisión tuvo que regularla en la forma que indicó Napoleón. Y así pasó a nuestro Código, por lo que el artículo 609 no pudo limitarse a decir que la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y tuvo que decir que la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por donación y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Esta es la causa de la diferencia entre la donación y la compraventa. De no haber sido por la intervención personal de Napoleón la donación hubiera seguido la misma suerte que los demás contratos, y en nuestro Derecho se requeriría la tradición para adquirir por donación un derecho real. Pero creemos que una contingencia histórica como ésta no puede motivar un cambio en la interpretación de los artículos 609 y 1.095 del Código civil.

A nuestro modesto entender, el único precepto del Código civil en que LACRUZ puede fundar su teoría es el último párrafo del artículo 1.473, que dice que, faltando la posesión, pertenecerá la propiedad a quien presente título de fecha más antigua: pero este precepto se puede interpretar en el sentido de que, no habiendo posesión, la cosa deberá ser entregada a quien presente título de fecha más antigua, con la cual adquirirá la propiedad de la misma. De aceptarse la teoría de LACRUZ, en vez de un solo conflicto entre la inscripción y la tradición, habría dos conflictos: uno entre la inscripción y la posesión, y otro entre la posesión y

(15) *Lecciones*, pág. 168, y *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1957, pág. 16.

el otorgamiento de la escritura, y tres categorías de medios de adquirir, la inscripción, la posesión y el otorgamiento de la escritura, en vez de dos que hay actualmente, que son la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, y con la posesión se darían las adquisiciones *a non domino*, como ahora con la inscripción en el Registro, pues el artículo 1.473 no deja lugar a dudas, y así lo reconoce LACRUZ (16), lo cual es otro grave inconveniente.

Como hemos visto, el mayor inconveniente de la teoría de LACRUZ es que, para resolver un problema de Derecho hipotecario, cambia toda la interpretación del Código civil relativo a la tradición sin base en los preceptos del mismo; pero, además, no resuelve el problema hipotecario, puesto que el artículo 1.462 del Código civil no regía en Cataluña cuando escribía, año 1957, aun cuando hoy rija ese precepto en Cataluña, en virtud del artículo 277 de la Compilación de 21 de julio de 1960, y no rige, tampoco, en Navarra en la actualidad, con lo cual el problema queda sin resolver en el Derecho actualmente vigente (17). Con la interpretación que nosotros damos, y que LACRUZ rechaza (18), que dan resueltos todos los problemas, y basta para ello con atenerse a lo que dispone el artículo 608 del Código civil.

La generalidad de los comentaristas prescinden del artículo 608 del Código civil. No así LACRUZ. Pero creemos conveniente puntualizar algunos extremos relativos a la interpretación del mismo. Impugnando la opinión de RAMÓN DE LA RICA, dice lo siguiente: «En ninguna parte se dice que los preceptos de la Ley Hipotecaria han de tener categoría superior a los del propio Código, lo cual hubiera sido contradictorio con la significación de este Cuerpo legal. En definitiva: si bien, en principio, como primer cuerpo de Derecho sustantivo, el Código civil podía ser superior a la Ley Hipotecaria; con todo..., por virtud del artículo 608, la Ley debía seguir rigiendo conjuntamente con él, y como si sus

(16) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 10.

(17) Como dice Roca, «en Cataluña y Navarra, por vigencia del Derecho romano, no actuará, si no se pacta, aquella tradición instrumental del artículo 1.462, y, por consiguiente, deberá resultar claramente del propio título presentado que la *traditio* ha sido cumplida en cualquiera de las formas admitidas en aquel Derecho (*constitutum possessorium*, tradición *brevi manu*, acuerdo, etcetera)» (Derecho Hipotecario, año 1948, tomo I, pág. 170).

(18) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1957, pág. 6.

reglas formasen parte del mismo... 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 hallen en un mismo cuerpo legal.» Después añade: «Resulta difícil una duplicidad de textos legales contradictorios. Hay aquí una a modo de distribución de competencia que hace casi imposible el choque: la Ley Hipotecaria disciplina cuestiones de forma, de procedimiento, y sólo cuando determina los efectos de la inscripción, entra de lleno en el Derecho civil: el Código, por su parte, se preocupa de respetar de una manera general—y luego lo repite en particulares preceptos—los derechos del titular inscrito fundados en la Ley Hipotecaria y confirmados por él» (19). Nos parece muy acertada su afirmación de que la Ley Hipotecaria, cuando determina los efectos de la inscripción, entra de lleno en el Derecho civil y que el Código respeta los derechos del titular inscrito fundado por la Ley Hipotecaria y confirmadas por él. Luego no es exacto que no haya problema de precedencia entre el Código y la Ley, ni que ambos cuerpos sean una misma cosa, ni que la colisión de normas haya de resolverse como si se tratara de preceptos que se hallasen en un mismo cuerpo legal. Hay problema de precedencia entre el Código y la Ley, por lo menos cuando la Ley determina los efectos de la inscripción, puesto que entra de lleno en el Derecho civil, y la colisión de normas debe resolverse respetando los derechos del titular inscrito fundadas por la Ley Hipotecaria, es decir, dando preferencia en cuanto a esos efectos a los preceptos de la Ley Hipotecaria sobre las del Código civil. Creemos también que no hay duda de que, en principio, el Código civil es superior a la Ley Hipotecaria; pero el propio Código establece en su artículo 608, no que la Ley debe seguir rigiendo conjuntamente con él y como si sus reglas formasen parte del mismo, sino que «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», por lo que en las materias que ese artículo regula los preceptos de la Ley Hipotecaria tienen

(19) *Lecciones*, pág. 58.

aplicación preferente a los del Código civil, es decir, que por precepto del artículo 608 del Código las normas de la Ley Hipotecaria relativas a esas materias tienen una categoría superior a las del propio Código. Este precepto del artículo 608 es el fundamental para regular las relaciones entre el Código y la Ley y los demás preceptos del Código relativas a la Ley Hipotecaria son aplicaciones del mismo a casos más concretos, pero ninguno lo contradice. Ese precepto entra de lleno en el Derecho civil, no sólo cuando determina los efectos de la inscripción, sino también cuando determina los títulos sujetos a inscripción por cuanto los efectos de la inscripción dependen de los títulos inscritos. Pero son los efectos de la inscripción lo que más recalca ese artículo, puesto que primero dice que «para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» y después añade lo mismo respecto al valor de los asientos del Registro, lo cual es repetir con palabras distintas la misma idea.

LA OPINION DE DON JERONIMO GONZALEZ

Don JERÓNIMO GONZÁLEZ no sigue un criterio uniforme, lo cual es lógico, puesto que sus escritos están publicados en fechas muy distantes entre sí. Así, por ejemplo, dice: «Suponer que el comprador de una finca mediante escritura pública que le pone expresamente en posesión de la misma necesita la inscripción para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento de la misma, es desconocer la práctica notarial y la vida agrícola española» (20). Este párrafo es citado con gran alabanza por los comentaristas. Así, por ejemplo, LACRUZ (21), quien cita a continuación el siguiente párrafo de VALLET: «Sería un contrasentido que una persona haya vendido a otra su propiedad, le haya traspasado la posesión, y que el adquirente no sea propietario hasta que el título, después de librada la copia, liquidado y esperado el turno, sea inscrito.» Y, sin embargo, entendemos que estos párrafos, tanto uno como otro, carecen de rigor científico. El comprador de una finca no necesita la ins-

(20) *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 352.

(21) *Lug. cit.*, pág. 164.

cripción, ni necesita ser propietario de la misma, para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento de la misma. Le basta y le sobra con ser poseedor de buena fe (arts. 446 al 460 del Código civil). Pero el hecho de que tenga escritura pública, que le pone en posesión de la misma en virtud del artículo 1.462 del Código civil, si tenía la posesión el vendedor, no prueba que el comprador adquiere la propiedad de la cosa, puesto que puede no ser dueño el vendedor, y en este caso la escritura pública y la entrega de la posesión no son suficientes para adquirir la propiedad de la cosa vendida; o puede ser propietario el vendedor y no ser poseedor de la cosa, en cuyo caso la escritura pública no transmite el dominio porque no ha habido tradición, puesto que no hay tradición si no posee el transmitente; y en ambos casos la adquisición del derecho real no se produce hasta que, después de librada la copia, se presenta en el Registro y se inscribe al amparo de la fe pública registral. Claro está que, si el vendedor es el verdadero propietario, y, además, es el poseedor de la finca, la adquisición de la misma por el comprador se produce en el momento del otorgamiento de la escritura pública, siempre que ese otorgamiento no se realizase en Navarra, ni antes en Cataluña. Pero aun en el supuesto que el vendedor sea el verdadero dueño, y, además, el poseedor de la finca, y que la escritura pública no se haya otorgado en Navarra, ni antes en Cataluña, siempre resultará que la adquisición mediante escritura pública y tradición se hace conforme a una realidad jurídica que el adquirente desconoce por completo y no tiene medios de conocer; mientras que, si el comprador adquiere del titular registral de buena fe e inscribe en el Registro, adquiere conforme a las condiciones jurídicas que constan en el Registro, lo que está a su alcance conocer en cualquier momento. No son, por tanto, científicas las afirmaciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ y VALLET.

También es muy citado por los comentaristas el siguiente párrafo de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, de sentido opuesto al anterior: «La inscripción del título adquisitivo transformará la situación obligatoria en real, aunque en este supuesto los textos citados nada digan, mientras que en la tradición, reconocerá el derecho real constituido. Es decir, será constitutiva o declarativa, según

los casos» (22). Es decir, que si ha habido tradición, la inscripción es declarativa porque el derecho real estaba constituido antes de la inscripción; y, si no había habido tradición, la inscripción del título transforma la situación obligatoria en real, por lo que la inscripción es constitutiva. El propio don JERÓNIMO GONZÁLEZ reconoce que en este último supuesto los textos legales nada dicen. Y es que el problema está, a nuestro modesto entender, mal enfocado, pues hay que distinguir entre inscripciones primeras o de inmatriculación, y segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe, es decir, entre inscripciones amparadas o no en la fe pública registral. Las inscripciones de inmatriculación no producen más efecto que la presunción *juris tantum* de que el titular registral es el dueño y poseedor del derecho inscrito a su nombre, conforme el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria, presunción que admite prueba en contrario, y no hay texto legal alguno, ni le había cuando escribía don JERÓNIMO GONZÁLEZ, del cual puede deducirse que el que inmatricula una finca adquiere el dominio por la inscripción si no era dueño antes, es decir, que no hay texto legal alguno en que poderse fundar para afirmar que en la inmatriculación de fincas la inscripción transforma la situación obligatoria en real, como decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ. Por el contrario, en las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, entrarán en juego los artículos 32 y 34, aunque no haya habido tradición. No es, por tanto, aceptable, tampoco, la doctrina sentada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ en el párrafo anterior.

Pero don JERÓNIMO GONZÁLEZ observa con precisión la distinción entre las inscripciones primeras «y las segundas, que colocan al tercer adquirente bajo la protección del sistema» (23), distinción ésta que es básica en nuestro sistema hipotecario y que con frecuencia se olvida por los comentaristas al estudiar los problemas fundamentales de nuestro Derecho Hipotecario.

Dice también don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Nuestro sistema da un paso trascendental en este camino (el de la fe pública registral). Transforma la autenticidad de los asientos en una verdad casi incontrovertible cuando se trata de asegurar a los terceros que

(22) Lug. cit., tomo I, pág. 370.

(23) Lug. cit., tomo I, pág. 375.

contratan confiados en sus declaraciones... Sienta la presunción *juris et de jure*, según otros autores, la ficción jurídica, que no admite prueba en contrario, de la concordancia entre la inscripción y la realidad... El Registro es exacto por corresponder a la realidad jurídica, e íntegro porque la agota. Lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter» (24). Se refiere en estas afirmaciones al que adquiere del titular registral e inscribe en el Registro, y a los derechos reales inscritos o inscribibles, puesto que «el principio de publicidad solamente niega la existencia y priva de efectos contra terceros» a los derechos reales inscribibles y no inscritos, no a los derechos reales exceptuados de inscripción o no inscribibles en el Registro (25). «El principio de publicidad, añade, tiene por ámbito propio los derechos reales y asegura al tercero que los adquiera su existencia y extensión en los términos del asiento principal. Rompe así el sistema con el apotegma jurídico *nemo dat quod non habet* para preceptuar que quien haya contratado con el titular, según el Registro, será amparado en su derecho inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del Registro (26). Estas afirmaciones de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y otras que no hay por qué citar aquí, son la base de nuestro Derecho hipotecario moderno.

LA OPINION DE SANZ FERNANDEZ

SANZ, en principio, adopta una postura más moderada que la de Roca, pues con respecto a la tradición dice: «Dentro de la tesis de estimar indispensable la tradición para la adquisición del derecho real, la posición más extrema es la que considera que sólo puede obtenerse la inscripción en el Registro cuando la tradición ha sido previamente efectuada en cualquiera de sus formas. Sigue esta posición, que exalta hasta el máximo el valor y la necesidad de la tradición, ROCA SASTRE, que afirma que 'en

(24) Lug. cit., tomo I, pág. 384.

(25) Lug. cit., tomo I, pág. 388.

(26) Lug. cit., tomo I, pág. 385.

nuestro sistema no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo, sin que del título aparezca cumplido el requisito de la tradición.' Y añade que 'normalmente, el título inscribible implicará la tradición, y si de él resultare que ésta no ha tenido lugar, el Registrador no deberá inscribirlo, por carecer de trascendencia real.' Esta doctrina—continúa SANZ—es, a mi juicio, inadmisibile, por ser contraria a las bases fundamentales de nuestro sistema hipotecario. En primer lugar, es preciso recordar que nuestras Leyes hipotecarias se inhiben totalmente en el problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil. En segundo término, es necesario recordar que nuestro Registro se ha planteado siempre como un Registro de títulos referentes a los derechos reales (véanse los artículos 1.º y 2.º de la Ley). Siendo la tradición ajena al título, no puede ser tomada en consideración como requisito de la inscripción en un Registro, en que lo que se inscribe no es propiamente la constitución, transmisión, modificación, o extinción de los derechos reales, sino los actos o contratos que sirven de causa a las mismas.» «Puede, en consecuencia, afirmarse—continúa SANZ—que la Ley Hipotecaria no excluye la necesidad de la tradición en los términos establecidos por el artículo 609 del Código civil; pero tampoco le exige como requisito de la inscripción» (27). El razonamiento de SANZ nos parece muy acertado, puesto que, aunque no cita el artículo 608 del Código civil, que dice que para determinar los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, lo cierto es que mantiene la misma doctrina que ese precepto.

Pero si en principio SANZ adopta una postura más moderada que la de Roca, después adopta la misma o parecida que la de aquél. Según SANZ, para que se produzca la adquisición del derecho real, en virtud de la fe pública registral, se precisan estos tres requisitos: título, tradición e inscripción en el Registro. Según él, la transmisión del derecho real se produce en virtud de título y tradición, conforme al artículo 609 del Código civil. Pero, como el título y la tradición pueden proceder de un no propietario y la transmisión civil requiere la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, con la inscripción se conva-

(27) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 251 y 252.

lida ese defecto del título y la tradición. Literalmente dice lo siguiente: «Siendo la finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición *a non domino* el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño, es indudable que fuera de esto han de aplicarse en todo los demás requisitos de una adquisición perfecta: título y tradición.» «Ahora bien: la tradición—continúa SANZ—, para que surta plenos efectos reales en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido, y requiere, de una manera indispensable, que el *tradens* sea previamente dueño de la casa, que pueda transferir el dominio. En caso contrario no produce estos efectos. Mas precisamente ese vicio del título, esa falta de preexistencia del derecho en el transferente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública: la tradición, que no podía producir sus efectos traslativos por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función convalidante del Registro. Pero ello no quiere decir que no exista, ni que la inscripción la reemplace, sino, simplemente, que la convalida» (28).

Hemos visto que la doctrina de SANZ relativa a que son inscribibles los contratos sin tradición está de acuerdo con el artículo 608 del Código civil, aunque no le cita, en relación con el 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria. Pero su doctrina sobre los efectos de la inscripción de un título sin tradición no está de acuerdo con lo que dispone el mismo artículo 608 del Código en relación con los preceptos de la Ley Hipotecaria relativos a los efectos de la inscripción. El artículo 608 del Código dispone que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, los efectos de los principios de legitimación y fe pública registral se producen independientemente de lo que dispongan los artículos 609 y 1.095 del Código. En virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, los derechos reales inscritos se presume que pertenecen a su titular. Esta presunción se da a favor de todo titular por el solo hecho de haber inscrito. Si, además, la inscripción está amparada en la fe pública registral, por ser segunda o posterior a título oneroso y de

(28) Lug. cit., págs. 430 y 431.

buena fe, esa presunción de que el titular registral es dueño no se puede destruir ni por títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución de la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (arts. 32 y 34 de la Ley), ni le perjudican los derechos reales no inscritos (art. 13 de la Ley), ni las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, salvo el retracto legal, que no consten en el Registro (art. 37 de la Ley). No creemos que pueda discutirse esto ante un precepto tan terminante como el del artículo 608 del Código civil.

Nos extraña, también, cómo puede afirmar SANZ que el único defecto que convalida la inscripción sea la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente mediante las adquisiciones *a non domino*, cuando los artículos 13 y 37, y en parte los 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, se refieren a situaciones jurídicas que no son adquisiciones *a non domino*.

LA OPINION DE VALLET DE GOYTISOLO

VALLET, para su doctrina general sobre el Derecho hipotecario, parte de unas afirmaciones muy acertadas, por lo menos a primera vista: «Merece mil veces mayor protección—dice—el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de ésta, que no aquel adquirente, probablemente un especulador, que, aunque ha llenado a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir» (29). Pero su teoría general sobre el Derecho hipotecario no responde a estas ideas, como luego veremos.

Funda su teoría en el artículo 448 del Código civil, que dice: «El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo.» Aduce, para la interpretación de este artículo, las opiniones de los autores, y unos entienden por título el documento que no tiene obligación de exhibir, y otros entienden que es una

(29) *Revista de Derecho Privado*, año 1947, pág. 935.

presunción de dominio lo que establece. VALLET se inclina por esta última opinión. Cita, también, algunas Sentencias que dicen que el artículo 448 establece una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño. Y añade: «Si la *possessio ad usucapionem* incluso perjudica a *tercero*, si éste, antes del año de su adquisición, no la interrumpe, con mayor razón perjudicará a quien no tenga la condición de tercero. Es decir, que quien arrebata la posesión en concepto de dueño al titular inscrito, gozará, plenamente, frente a él, de la posición que al poseedor en concepto de dueño asigne el Código civil. Eso, tan pronto como sea verdadero poseedor; es decir, así que haya transcurrido el plazo de un año, señalado en el número 4.º del artículo 460 del Código civil. En tal supuesto, la presunción del artículo 448 del Código civil se impondrá a la del 38 de la Ley Hipotecaria» (30)

La presunción del artículo 448 del Código civil es una presunción de título, es decir, de título hábil y justo para poseer. Es una presunción parecida, pero no idéntica, a la presunción de dominio. Por mucha interpretación que se le quiera echar, el Código no dice que el poseedor en concepto de dueño se presume que es dueño. Pero supongamos que lo dijese expresamente, por ejemplo, que estuviese redactado en la siguiente forma: El poseedor en concepto de dueño se presume que es dueño mientras no se pruebe lo contrario, u otra redacción parecida. En ese supuesto, la presunción del artículo 448 del Código civil no tiene por qué imponerse a la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Habrá dos personas que tendrán a su favor la presunción legal *juris tantum* de que son dueñas. Y será el Juez quien resolverá quién es el verdadero dueño. El artículo 38 de la Ley Hipotecaria no deroga al artículo 448 del Código civil, pero tampoco el artículo 448 del Código civil deroga al artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El artículo 608 del Código civil es terminante: «Para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo que dispone la Ley Hipotecaria.» Y la Ley Hipotecaria establece esa presunción del artículo 38, que no tiene por qué derogar el artículo 448 del Código civil. Pero, como hemos dicho anteriormente, el artículo 448 del Código civil solamente establece que el poseedor en concepto de

(30) Lug. cit., pág. 937.

dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, lo cual no es contradictorio con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

VALLET continúa así su razonamiento: «Réstanos ahora sacar las consecuencias de mayor interés a que esta afirmación nos lleva. Estas se refieren al juego de la fe pública... La fe pública tiene como premisa necesaria la legitimación; es decir, su base es la presunción legal *juris tantum* de exactitud del Registro, o sea de titularidad del transferente. Ahora bien: si esta presunción queda contrarrestada, como hemos visto, por otra, concretamente la del artículo 448 del Código civil, que proclama que el poseedor en concepto de dueño realmente es propietario, cae, como base, el posible juego de la fe pública. La consecuencia es, pues, que si existe un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral, quien de este último adquiera no estará protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (31). Ya hemos dicho que el artículo 448 no establece una presunción de propiedad, sino una presunción de justo título, y que, aunque se interpretase el artículo 448 del Código civil como presunción de propiedad a favor del poseedor, no deroga el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que habrá dos personas con presunción *juris tantum* a su favor de propiedad, las dos simultáneamente vigentes hasta que los Tribunales declarasen quién era el verdadero dueño. Pero el razonamiento de VALLET tiene otro fallo aún mayor. Entre los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria hay una relación lógica, pero no una dependencia legal. Antes de la Reforma de 1944 no existía el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ni otro parecido o equivalente; y, sin embargo, existía el artículo 34, con redacción y efectos muy similares al actual. Un futuro legislador puede, aunque es de esperar que no lo haga, suprimir el artículo 38, conservando el 34, y los efectos de este último no cambiarían en nada de los que tiene actualmente. Dispuesto el legislador a proteger al que adquiere del titular registral e inscribe en el Registro, con objeto de proteger el tráfico sobre los bienes inmuebles, es lógico que se establezca la presunción *juris tantum* de que el titular registral es dueño del derecho inscrito a su

(31) Lug. cit., pág. 939.

nombre. Pero el artículo 34 no depende del 38 de la Ley, ni el 38 de la Ley depende del 34 de la misma. Por eso, aunque fuese exacto que la presunción del artículo 448 del Código civil contrarresta la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no tendría la menor influencia sobre el artículo 34 de la Ley.

Obsérvese que ya no se trata de proteger al campesino que cultiva sus tierras contra un especulador que ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión a la tierra que va a adquirir, sino de proteger al poseedor en concepto de dueño que «arrebato la posesión al titular registral», aunque sea con violencia, intimidación o dolo, siempre que haya transcurrido el plazo de un año señalado en el número 4.º del artículo 460 del Código civil, en contra del que adquiere del titular registral, a título oneroso y de buena fe, e inscribe en el Registro. Afortunadamente, la doctrina de VALLET carece de toda base en nuestro Ordenamiento jurídico.

Cosa muy distinta es el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. En él se establece una fuerte restricción a la fe pública registral del artículo 34 de la Ley. Pero esa restricción se establece en beneficio del que lleve más de nueve años poseyendo la finca en concepto de dueño con justo título y buena fe, o más de veintinueve años de posesión sin justo título ni buena fe. Es muy distinto que se enerven los efectos del artículo 34 de la Ley por una posesión en concepto de dueño durante un año sin necesidad de justo título ni buena fe, como pretende VALLET, a que esa enervación se produzca cuando hayan transcurrido más de nueve años de posesión en concepto de dueño con buena fe y justo título o más de veintinueve sin necesidad de buena fe ni justo título, que es lo que establece el artículo 36 de la Ley. Esta última nos parece justa (32), puesto que hay dos intereses legítimos en juego: el del adquirente al amparo del precepto del artículo 34 de la Ley, y el del poseedor en concepto de dueño, a cuyo favor ha prescrito o está a punto de prescribir el derecho inscrito. El adquirente debe poner la diligencia necesaria para saber, antes de perfec-

(32) Nuestra opinión de considerar un acierto esta limitación de la fe pública registral, coincide con la opinión que expuso BENAYAS, con referencia a la legislación anterior, en los anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo III, págs. 475 y sigs., y especialmente en la pág. 491.

cionar su adquisición, si la finca o derecho estaban poseídos de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmitente hacía nueve o más años. Por eso decíamos en otra ocasión: «El artículo 36 de la Ley Hipotecaria impone una fuerte restricción a la doctrina del artículo 34 de la misma en relación con la prescripción. Por ello estimamos que la principal advertencia legal que los Notarios deben hacer a los interesados en los contratos inscribibles, antes del otorgamiento de la escritura, es la del grave peligro que puede haber para el adquirente por la existencia de una prescripción consumada o en curso de consumación, para que antes de decidirse a adquirir la finca pueda hacer una investigación acerca de las circunstancias de hecho de la misma. Esto entorpecerá mucho la contratación sobre inmuebles, pero a eso les obliga la legislación vigente» (33). De esta forma, creemos que no habrá nunca conflicto entre la prescripción y el artículo 34 de la Ley, salvo caso de mala fe en el adquirente, o que no haya cumplido con su deber el Notario autorizante.

También es original la teoría de VALLET respecto a la causa eficiente de la adquisición del derecho real en las adquisiciones *a non domino*, que centra en la buena fe. «En la inscripción—dice—no reside la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública. La inscripción a favor del transferente no concede a éste poder dispositivo alguno... La inscripción del adquirente no es más que una *conditio juris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada. Si la fuerza motriz no reside en el Registro, ha de residir en otro elemento de la adquisición del tercero; es decir, es la buena fe de éste» (34). Y para definir la buena fe «no nos parece—dice—suficientemente técnico el concepto generalmente dado de la buena fe, haciéndolo equivalente al desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral» (35). Por eso define la buena fe como «aquella creencia fundada en la inscripción a favor del transferente de que éste es el titular real y puede disponer de dicho derecho» (36).

Son varios los errores, a nuestro modesto entender, en que

(33) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1953, pág. 31.

(34) Lug. cit., pág. 948.

(35) Lug. cit., pág. 948, nota 71.

(36) Lug. cit., pág. 948.

incurre VALLET. En primer lugar, en el caso del artículo 34 de la Ley no se trata de un concepto más o menos científico de la buena fe. Se trata de una norma imperativa del párrafo segundo de dicho artículo, que no admite otra clase de mala fe que el conocimiento por el tercero de ese artículo de la inexactitud del Registro. No es necesario, por otra parte, que el adquirente del artículo 34 conozca la inscripción a favor del transferente y crea en ella. Basta con que esa inscripción a favor del transferente exista, aunque el adquirente no la conozca. Así ocurre en la práctica, pues los que se informan de los asientos del Registro no suelen ser los adquirentes, sino los agentes de la propiedad inmobiliaria, los oficiales de las Notarías o los propios Notarios.

Tampoco nos parece exacto que la fuerza motriz o causa eficiente de la adquisición resida en la buena fe, aun cuando ésta fuese la creencia fundada en la inscripción a favor del transferente. La fuerza motriz o causa eficiente de la adquisición reside en la propia Ley. Esta exige ciertos requisitos para gozar de los efectos del artículo 34, y, cuando se han cumplido estos requisitos, la Ley hace por su propia fuerza que nazca el derecho real. Y de esos requisitos hay uno que es anterior al proceso adquisitivo, que es la inscripción a favor del transmitente. Otro, que es una cualidad del título, que es su carácter de oneroso. Y otro que es un estado psicológico del adquirente de carácter negativo, su ignorancia de la inexactitud registral. Sólo queda otro requisito, que es la inscripción a favor del adquirente. BALMES define la causa diciendo que es «lo que hace pasar algo de no ser al ser» (37). Lo que hace pasar al derecho real del no ser al ser es la inscripción en el Registro; luego la inscripción en el Registro es la causa eficiente del derecho real. Esas otras circunstancias que el artículo 34 de la Ley impone son requisitos que por precepto legal tienen que concurrir con la inscripción a favor del adquirente para que ésta produzca el efecto apetecido. Esos requisitos son *cauditio juris*, y la inscripción es causa, no *conditio juris*. Dice VALLET que en el caso del artículo 34 la inscripción se limita a dar eficacia al derecho real ya existente anteriormente. En el supuesto de que el transmitente no sea dueño,

(37) Citado por DUALDE, *El concepto de la causa de los contratos*, pág. 25.

la inscripción da la existencia al derecho real, porque antes de la inscripción no existía derecho real alguno. La inscripción requiere la existencia previa de un título, que es lo que se inscribe en el Registro. Ese título es la causa de la inscripción. Por consiguiente, las causas del derecho real en las adquisiciones *a non domino* son el título y la inscripción en el Registro.

Hasta ahora hemos disentido de las opiniones de VALLET, pero ahora expondremos su opinión en un importante problema, con la cual estamos plenamente de acuerdo.

Interpretando el artículo 1.473 del Código civil, dice: «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» (38). Nos parece muy acertada esta interpretación del artículo 1.473 del Código civil. El artículo 608 del Código establece en forma terminante que para determinar los efectos de la inscripción hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; luego la interpretación que hay que dar al artículo 1.473 del Código tiene que ser conforme a lo que dispone dicha Ley.

EL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

ROCA SASTRE (39) explica así este principio: «Nuestro sistema inmobiliario registral, sobre todo en su regulación actual, adopta francamente el principio de *fe pública registral*, en virtud del cual, a fines de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, el contenido del Registro se reputa siempre *exacto* en beneficio del tercero que adquiera en las circunstancias determinadas por la Ley, el cual, por consecuencia, puede estar *completamente seguro* de su adquisición en los términos que el Registro expresa.» «Aunque los asientos estén en desacuerdo con la realidad jurídica, su

(38) Lug. cit., pág. 956.

(39) Lug. cit., tomo I, págs. 348 y sigs.

valor es decisivo en cuanto lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido por el principio de fe pública. En beneficio de este tercero, el contenido jurídico registral se presume verdadero, con presunción *juris et de jure* o se finge por la Ley irrefutablemente exacto, con lo cual se proporciona base firme a las transacciones inmobiliarias.» «El principio de *fides publica* registral es a modo de *ficción* de veracidad de que la Ley inviste a los asientos practicados en la correspondiente hoja registral, que constata la existencia, rango, extensión y titularidad de los derechos reales registrados, y cuya ficción únicamente es mantenida en cuanto se trata de proteger a dicho tercer adquirente que lo sea en virtud de acto jurídico. Este principio de fe pública tiene una doble actuación: 1.º El contenido registral se presume *exacto*, de modo que el tercero que adquiere un derecho confiado en lo que el Registro expresa deviene propietario o titular de tal derecho y con la extensión y contenido con que aparece el mismo registrado, aunque el transferente o titular inscrito no sea propietario o titular del derecho de que se trata, o que éste sea en la realidad de extensión o contenido distinto. Es una presunción *positiva* de veracidad. A este criterio responde el artículo 34 de la Ley. 2.º El contenido registral se presume *íntegro*, de manera que el tercero puede rechazar cuantos derechos, títulos, acciones o hechos no estén inscritos o reflejados en el Registro, los cuales deben considerarse como inexistentes en cuanto puedan perjudicar o afectar al tercer adquirente que contrata fiado en los libros hipotecarios, aunque aquéllos existan en la realidad jurídica, pues ante él el Registro debe reputarse completo, o sea que agota la realidad jurídica. Es una presunción negativa de veracidad. A este criterio responde el artículo 32 de la Ley.» «Así, pues, en el régimen hipotecario vigente rige plenamente el principio de la fe pública registral, en virtud del cual se presume *juris et de jure*, o se reputa o finge *ministerio legis*, que el contenido del Registro es *exacto* tanto en el sentido de verdadero como en el de completo, *en beneficio del tercero*, que adquiere a título oneroso confiado en dicho contenido registral. En consecuencia, no prevalecerán contra este tercero, o sea no le afectarán o no podrán perjudicarlo, las acciones, derechos, títulos, actos o hechos, que, con an-

terioridad a la inscripción de su adquisición, no consten en el Registro mediante la correspondiente inscripción, anotación preventiva, cancelación, nota marginal, condición transcrita o causa registrada, pudiendo dicho tercer adquirente considerar tales acciones, derechos, títulos, actos o hechos como *inexistentes*, pues el mismo, única y exclusivamente, ha de atenerse a la que los libros registrales expresen acerca de la situación jurídica de finca o derecho registrado. En estas condiciones, el tráfico o comercio jurídico inmobiliario se halla ampliamente asegurado, y el Registro de la propiedad desempeña una función de alta trascendencia.»

SANZ FERNÁNDEZ explica el principio de fe pública registral (40) en la siguiente forma: «Cuando el titular inscrito es efectivamente dueño o titular de los bienes, porque el Registro y la realidad se hallan en completo acuerdo, los actos dispositivos que realice no encontrarán dificultad alguna en la vida registral ni en la extrarregistral. Mas cuando por cualquier causa no lo sea o su derecho esté sujeto a limitaciones, condiciones o modificaciones que en el Registro no consten, y el verdadero titular o el favorecido por aquellas circunstancias no inscritas no haya pedido la rectificación de la inscripción, si aquél realiza un acto dispositivo en favor de otra persona y ésta inscribe su derecho, se opera *ipso jure* una rectificación de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejaban y la adquisición es perfecta e inatacable. Lo que antes era una simple titularidad aparente fortalecida por la presunción *juris tantum*, se convierte en una titularidad real y efectiva, fortalecida, según la interpretación doctrinal corriente, por una presunción *juris et de jure*.» «La fe pública registral, base de la institución del Registro de la Propiedad, es, pues, la seguridad absoluta dada a todo aquel que adquiera el dominio o un derecho real del titular inscrito, de que su transferente era dueño o titular del derecho correspondiente en los mismos términos que resulten de los asientos, subsanando o convalidando los defectos de titularidad, en caso de que por inexactitud del Registro, no lo fuera verdaderamente, o tuviera su derecho limitado por causas que no re-

(40) *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, págs. 369 y sigs.

sulten del mismo Registro.» «En sentido positivo, la fe pública registral equivale a la afirmación de que *el Registro es exacto*, es decir, al reconocimiento que, en beneficio del tercer adquirente, se hace de la existencia y subsistencia de los derechos inscritos. En sentido negativo, equivale a la afirmación de que *el Registro es íntegro o completo*, esto es, que agota la realidad jurídica, negando existencia respecto del tercer adquirente a todo aquello que en el Registro no conste o conste como extinguido o cancelado.»

GONZÁLEZ ORDÓÑEZ lo explica en esta forma (41): «El principio de fe pública significa que los datos del Registro constituyen una garantía jurídica para los terceros adquirentes. El principio de fe pública se concreta en una presunción *juris et de jure* de integridad y exactitud del contenido jurídico de los asientos del Registro, que despliega sus efectos en beneficio de terceros adquirentes, cuando concurren determinados requisitos. La presunción de integridad constituye el aspecto negativo de la fe pública. Lo que no está en el Registro no existe en el mundo. En consecuencia, lo no inscrito no perjudica a terceros. Este aspecto negativo de la fe pública se consagra en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.» «La presunción de exactitud del Registro constituye el aspecto positivo del principio de fe pública. El Registro es exacto; en consecuencia, el tercero que adquiere un derecho, confiado en los datos del Registro, debe ser mantenido en su adquisición. Este aspecto positivo es fundamental de la fe pública. Este aspecto positivo de la fe pública aparece consagrada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Este aspecto positivo de la fe pública constituye una sólida garantía para el tráfico inmobiliario. Puede decirse que este aspecto positivo de la fe pública encierra toda la razón de ser del Registro de la Propiedad.»

En forma más concisa, MANUEL GÓMEZ y GÓMEZ (42) explica así este principio: «En virtud del principio de legitimación, se reputa exacto el Registro, con presunción *juris tantum*. Pues bien: esta presunción, en méritos del principio de fe pública, se torna *juris et de jure* en beneficio del tercero, que, reuniendo los requisitos determinados por la Ley, contrata y adquiere confiado

(41) *Apuntes de Derecho Hipotecario*, pág. 56.

(42) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1952, pág. 561.

en los pronunciamientos registrales. En consecuencia, el tercero:

a) Adquiere el derecho publicado en el Registro, en la forma y extensión en la misma figuradas. b) Por consiguiente, no le perjudicarán, o no se darán contra él, toda clase de acciones que, pudiendo afectarle según las normas del Derecho civil estricto, no figuren publicadas (su ejercicio o la causa de su posible ejercicio) en el Registro de la Propiedad.

Únicamente tenemos que aclarar que la afirmación de que la fe pública registral protege al que adquiere confiado en el contenido del Registro es una forma de explicar el alcance de la misma, pero no impone la obligación de conocer previamente lo que dice el Registro, pues, como dice Roca, coincidiendo con la generalidad de los comentaristas, «la protección del principio de fe pública actúa independientemente de la circunstancia de que el tercer adquirente hubiera o no *consultado* los asientos del Registro, y de que *conozca* efectivamente su contenido, produciéndose todo como si tal consulta y consiguiente conocimiento hubiera tenido lugar» (43).

JUICIO CRITICO DE LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

Nada tenemos que decir de las cuatro exposiciones del principio de fe pública registral extractadas en el epígrafe anterior, como no sea alabarlas. Son la explicación clara y precisa de lo que es el principio de fe pública registral en nuestro Derecho positivo. Pero en lo que no podemos estar de acuerdo es en las consecuencias que los comentaristas sacan y dejan de sacar de ese principio.

Así Roca (44), después de afirmar que no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo, sin que de la titulación presentada a registro aparezca cumplido el requisito de la tradición, de modo que si de dicha titulación resultare que la tradición no ha tenido lugar, el Registrador deberá negarse a inscribir, añade: «Por consiguiente, existiendo la tradición, sobra la inscripción como

(43) Lug. cit., pág. 372.

(44) Lug. cit., tomo I, pág. 164

factor operativo de la transferencia a inscribir, pues la transferencia ya la ha efectuado la tradición que el título documental inscribible revela» (45). No es que Roca ignore que mediante la inscripción al amparo de la fe pública registral se adquiere *a non domino*, pues lo dice expresamente en la siguiente forma: «El caso típico de aplicación de la fe pública del Registro tiene lugar cuando dicho tercero es adquirente de un titular meramente registral, o sea, de un titular aparente por resultar su título adquisitivo jurídicamente inexistente, nulo, anulado, rescindido, revocado o de otro modo ineficaz. Entonces se opera una adquisición *a non domino*, pues el titular registral, que se produce como transferente, no es en la realidad jurídica verdadero titular del dominio o derecho real que pretendió enajenar o gravar» (46). Pero luego añade: «A pesar de la función específica de la inscripción del título adquisitivo del tercero protegido, no por ello cabe atribuir a la inscripción valor constitutivo, puesto que la adquisición ya se ha operado antes, de modo que dicha inscripción no hace más que *robustecer* esta adquisición en cuanto al concurrir a formar la posición del tercero protegido por la fe pública registral, posibilita la actuación de ésta» (47). Ni siquiera en las adquisiciones *a non domino*, en virtud de la fe pública registral, admite Roca que la adquisición se verifique por la inscripción en el Registro, puesto que en

(45) Parecida opinión mantienen CHICO y BENILLA cuando dicen: «La Ley Hipotecaria debe respetar el sistema que de antiguo viene adoptando el Código civil. Puede sentarse que la Ley Hipotecaria no vino a alterar el régimen existente con anterioridad, a pesar de las múltiples opiniones discordantes... Los derechos reales se forman fuera del Registro, a través del correspondiente título y modo de adquirir, y sólo después de cumplidos estos requisitos pueden ser publicados por los libros del Registro. De aquí resulta que la inscripción no sustituye ni al título formal, sino que lo corrobora, ni al modo de adquirir o tradición, ni aun en el debatido supuesto de la doble venta a que se refiere el artículo 1.473 del Código civil» (*Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral*, tomo I, pág. 259).

En forma parecida opina HERNÁNDEZ GIL, cuando afirma: «La adquisición del dominio y demás derechos reales tiene lugar en virtud de título y tradición. La tradición, conforme al artículo 609 del Código civil, es un requisito indispensable para la adquisición del derecho real y lógicamente debe preceder a la inscripción. Aunque la Ley Hipotecaria no regula ni se ocupa de la tradición, no puede desentenderse de ella, porque es un presupuesto para el nacimiento del derecho real. Sin la tradición, aun mediando la inscripción, el derecho real no se constituye y el título, en tal caso, no debe tener acceso al Registro» (*Introducción al Derecho Hipotecario*, pág. 135).

(46) Lug. cit., pág. 159.

(47) Lug. cit., pág. 161.

el primer párrafo copiado dice que «existiendo la tradición, sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia a inscribir, pues la transferencia ya la ha efectuado la tradición», y en el segundo párrafo añade que, aunque la fe pública registral actúe en provecho del tercer adquirente, «la adquisición ya se ha operado antes». Nada más lejos de la realidad jurídica. Cuando en la adquisición del transmitente ha concurrido alguna causa de nulidad, por ejemplo, violencia, intimidación o dolo, el transmitente no es dueño y nada transmite, porque nada puede transmitir, en virtud de título con tradición; pero si el adquirente inscribe en el Registro al amparo del principio de fe pública registral, adquiere el derecho real por la inscripción, en virtud de la fuerza creadora del principio de la fe pública registral, y es la inscripción, no la tradición, el factor operativo o causa eficiente de la transferencia. BALMES dice, como exponemos en otro lugar, que causa eficiente es «lo que hace pasar algo de no ser al ser», y lo que hace pasar al derecho real de no ser al ser es la inscripción, siempre que reúna los requisitos necesarios para estar amparada en la fe pública registral. No es, por tanto, exacto, cómo cree Roca, que existiendo la tradición sobre la inscripción como factor operativo de la transferencia, por haberla efectuado la tradición; ni menos, como cree también Roca, que, cuando actúa la fe pública registral en provecho del tercer adquirente, la inscripción no haga más que robustecer la adquisición ya operada antes.

Añade Roca que «como del conjunto de circunstancias o requisitos exigidos para que entre en juego la protección del principio de *fides publica* del Registro, el último que en el orden al tiempo debe cumplirse es el referente a la inscripción del título adquisitivo del tercero, este hecho de ser el *último requisito* del proceso de formación de los presupuestos de la actuación de tal principio, da la impresión de que aquella inscripción es la que verdaderamente opera la firmeza de la adquisición que tal principio implica. Pero el rigor no es sino un factor más de los que coadyuvan a que la fe pública registral entre en funciones y de ningún modo atribuye a dicha inscripción valor constitutivo» (48). De modo que Roca no concede que la inscripción sea la que opere la firmeza de la adquisición, ni

(48) Lug. cit., pág. 161.

siquiera en las adquisiciones amparadas en la fe pública registral. No hay duda de que para que opere el principio de fe pública registral se necesita la concurrencia de los cuatro conocidos requisitos; pero de esos cuatro requisitos el principal es la inscripción y los otros tres son circunstancias que deben concurrir para que la inscripción esté amparada en ese principio. Por otra parte, Roca atribuye a la tradición ser el «factor operativo de la transferencia», y nos extraña cómo no sigue con ella la misma doctrina que con la inscripción, pues también la tradición necesita cuatro requisitos para que opere la transmisión, que son: primero, la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente; segundo, título oneroso, puesto que, si el contrato es a título lucrativo, donación, la transmisión del derecho real se produce por el simple contrato, sin necesidad de tradición (art. 609 del Código civil); tercero, buena fe, como exige el artículo 1.473 del Código civil en la doble venta de una cosa y los Tribunales la impondrían siempre en todo contrato, y cuarto, título y tradición. Ahora bien, los requisitos más importantes son el título y la tradición, y los demás son circunstancias que han de concurrir con ellos como accesorios de los mismos. Igual ocurre con la inscripción, que los requisitos principales son el título y la inscripción, y los demás son requisitos accesorios de los mismos.

Continúa Roca diciendo: «La inscripción no puede suplir en nuestro sistema a la tradición, por impedirlo la posición básica de absoluto respeto que la legislación hipotecaria adopta ante los modos de adquirir la propiedad, pues procura dejar intocado el sistema que respecto de ellos sigue el Derecho civil, y concreta la misión del Registro a dar publicidad a aquellos modos de adquirir, que, referentes a fincas o derechos reales inmobiliarios, pretendan su inscripción mediante la presentación del correspondiente título o prueba de haberse producido. Y como tratándose de adquisiciones, derivadas de negocio jurídico, y relativas al dominio o derechos reales susceptibles de posesión, no puede haber adquisición sin que el elemento *contrato* de finalidad traslativa (*titulus*) se le una el elemento *tradición* (*modus*), de cuyo conjunto surgirá el acto de desplazamiento patrimonial, que es lo que propiamente es objeto de la inscripción que en su caso se practique, y, como así mismo, tal conjunción de elementos ha de resultar acreditada do-

cumentalmente, o sea, en el título que se presente en el Registro para lograr la inscripción del acto traslativo, de aquí que la inscripción no pueda suplir a la tradición» (49). No hay duda de que la legislación hipotecaria adopta una posición de respeto ante los modos de adquirir y que procura dejar intacto el sistema que respecto de ellos sigue el Derecho civil, pero no en forma absoluta, puesto que establece una importantísima limitación, y es que conforme al artículo 608 del Código civil, para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de la misma se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, por consiguiente, la legislación hipotecaria respeta los modos de adquirir del Derecho civil, en tanto en cuanto no estén en contradicción con los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción. Estimamos que tampoco es exacta la afirmación de Roca, de que la misión del Registro se concreta a dar publicidad a aquellos modos de adquirir que pretendan su inscripción mediante la prueba documental de haberse producido, puesto que la misión de Registro es, como el propio Roca afirma al explicar el principio de fe pública registral, dar completa seguridad al adquirente de adquirir el derecho real y de adquirirlo en los términos que constan en el propio Registro. Añade Roca que, tratándose de adquisiciones por negocio jurídico, no puede haber adquisición sin que al contrato se le una la tradición, de cuyo conjunto surge el desplazamiento patrimonial, que es lo que constituye el objeto de la inscripción. Por nuestra parte, entendemos, como hemos visto anteriormente, que, conforme al artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 608 del Código civil, son inscribibles los actos y contratos sin necesidad de tradición, y entendemos que tampoco es exacto que no pueda haber adquisición del derecho real sin tradición, puesto que el propio artículo 608 del Código dice que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, por consiguiente, una vez inscrito un título en el Registro, aunque no haya existido la tradición, produce a favor del titular registral los efectos del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; es decir, la presunción de que el titular registral es el dueño del derecho inscrito a su nombre, y, si la inscripción está amparada en la fe

(49) Lug. cit., pág. 167.

pública registral, esa presunción no se puede desvirtuar, ni en virtud de títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución de la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. ¿Es que al adquirente al amparo de la fe pública registral, que no obtuvo la tradición, le puede perjudicar un título no inscrito que obtuvo la tradición? Pues entonces, los títulos no inscritos perjudicarían a los inscritos, y tendrían preferencia el efecto del artículo 609 del Código civil sobre el efecto del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, en contra de lo dispuesto en el artículo 608 del propio Código.

Si para la adquisición del derecho real en las inscripciones al amparo de la fe pública registral, fue imprescindible la concurrencia de la tradición, el artículo 34 de la Ley debió redactarse en la siguiente forma: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya *obtenido la tradición* e inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el derecho del transmitente, por virtud de causas que no consten en el Registro.» Y al exponer el principio de fe pública registral, aunque no lo diga el artículo 34 de la Ley, los comentaristas han debido decir que para gozar de la protección de ese principio se necesitan cinco requisitos, incluyendo entre ellos la tradición. Explicar el principio de fe pública registral, diciendo que se necesitan cuatro requisitos y luego exigir otro más, que es la tradición, no parece lógico.

El artículo 34 de la Ley no exige la tradición para gozar de los beneficios de la fe pública registral porque no se necesita. Los efectos de la fe pública registral se producen sin necesidad de tradición. Esos efectos son el efecto *erga omnes* del derecho real, pero mucho más radicales que el efecto *erga omnes* de la adquisición del derecho real por la tradición. No se concibe que produzca efecto *erga omnes* un derecho real que no existe, y es evidente que los efectos de la fe pública registral (art. 32 y 34 principalmente) se producen sin necesidad de tradición, conforme al artículo 608 del Código civil. La Ley considera dueño al que tiene inscrito el derecho real a su nombre en el Registro, aunque no haya obtenido la tradición (art. 38), y esa presunción a favor del que ha adquirido al amparo de la fe pública registral no se puede desvir-

tuar, ni por títulos no inscritos, ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. El artículo 1.473 del Código confirma esta doctrina.

Creemos que está muy acertado LACRUZ cuando dice, con referencia al artículo 1.473 del Código civil, que es una aplicación al caso de la doble venta del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, llevando el argumento al absurdo, 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 ha realmente adquirido, y, en consecuencia ha podido inscribir válidamente» (50). Y es que los artículos fundamentales de la fe pública registral, el 32 y el 34 de la Ley Hipotecaria, se hunden si se exige la tradición como requisito inexcusable para la adquisición del derecho real. Para adquirir con seguridad un derecho real no bastaría adquirir del titular registral, a título oneroso y de buena fe, e inscribir en el Registro, y haría falta hacer una investigación acerca del estado posesorio de la finca o derecho, cosa *imposible* en nuestro Derecho positivo, puesto que, en virtud del artículo 1.462 del Código civil, la posesión puede cambiar de titular en cualquier momento *en forma secreta* por el secreto del protocolo notarial. Por eso dice RAMÓN DE LA RICA, que, de aceptarse esa doctrina, haría falta establecerse, además del Registro de la Propiedad actual, un Registro de posesiones (51). Pero creemos que en este particular son suficientemente claros los artículos 608 del Código civil y 1, 2, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, como hemos expuesto anteriormente.

LA TRADICION Y LA FE PUBLICA REGISTRAL

Roca se expresa de la siguiente forma: «La tradición, como requisito o presupuesto civil, es, pues, imprescindible para que la traslación de la propiedad exista. Lo que ocurre es que aquélla se halla altamente facilitada, ya que el Código civil... llega a reputarla insita en el mero otorgamiento de la escritura pública

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

(51) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1950, pág. 627.

en la que se otorgue el contrato de finalidad traslativa» (52). Pero «por facilitada que esté la tradición, no por eso constituye una mera formalidad de simple constancia en el título, pues no es suficiente dicha constancia documental, sino que es preciso que la tradición, o sea, el paso de la posesión del transferente al adquirente, se haya producido, ya que, de lo contrario, no habría acto traslativo alguno. Por eso, para que la tradición exista, es necesario que al efectuarla el tradente, éste se halle en posesión de la cosa tradida». En el caso de que el transmitente no tenga la posesión de la cosa, «¿puede, añade Roca, tomarse en consideración este supuesto cuando el adquirente o *accipiens* en la tradición sea un tercero protegido por la fe pública registral? A nuestro entender, no. Y esto simplemente porque en fuerza de este principio de fe pública, el contenido del Registro se presume irrefutablemente exacto en beneficio de dicho tercero protegido, y, conectado con dicha presunción de exactitud, se halla la consecuencia de que el titular registral es considerado así mismo como poseedor del dominio o derecho real inscrito. En virtud del artículo 38, se presume que este titular registral tiene la posesión del derecho inscrito a favor, es decir, es considerado como poseedor o está legitimado como tal para el tráfico jurídico mientras no se demuestre que el Registro es inexacto en cuanto lo proclama como titular del dominio o derecho real de cuya posesión se trata. Y como en virtud del artículo 34 de la Ley, la presunción de existencia y titularidad del derecho deviene inextinguible en beneficio del tercero protegido por la fe pública registral, de modo que en provecho de éste, el Registro inexacto vale como exacto; de aquí que por tener que considerarse que el titular registral, que actúa de transferente, es un propietario-poseedor, o sea, que está legitimado como tal para el tráfico jurídico, precisamente para que los terceros puedan fundarse inatacablemente en la apariencia registral, todo ello trae como consecuencia lógica que la carencia de posesión real o material en el *tradens* sea una circunstancia que no puede repercutir en perjuicio del tercer adquirente protegido por la *fe pública* del Registro».

A nosotros lo que más nos extraña es que Roca no se dé cuen-

(52) Lug. cit., págs. 170 y sigs.

ta de las contradicciones en que incurre respecto a la tradición. Por un lado, dice que la tradición «es imprescindible para que la traslación de la propiedad exista». Por otro, añade que «para que la tradición exista es necesario que al efectuarla el *tradens*, éste se halla en posesión de la cosa», y que «pase la posesión del transferente al adquirente». De modo que para que la traslación de la propiedad exista es imprescindible que pase la posesión del transferente al adquirente. Y después de esta afirmación tan rotunda, añade que no puede tomarse en consideración la falta de posesión en el transmitente cuando el adquirente sea un tercero protegido por la fe pública registral, luego no es exacto que «sea imprescindible para que exista la traslación de la propiedad» «el pase de la posesión del transferente al adquirente». Lo será normalmente, es decir, cuando no intervenga la fe pública registral; pero el propio Roca reconoce que, cuando el adquirente es un tercero protegido por la fe pública registral, no se puede tomar en consideración la falta de posesión del transmitente, y, por tanto, la falta del pase de la posesión del transferente al adquirente. Luego en la adquisición de un tercero protegido por la fe pública registral no se puede tomar en consideración la falta de tradición por no poseer el adquirente. Ahora obsérvese la inexactitud de estas afirmaciones de Roca: «La tradición, como requisito o presupuesto civil, es, pues, imprescindible para que la transmisión de la propiedad exista.» «Existiendo la tradición, sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia a inscribir, pues la transferencia ya la ha efectuado la tradición que el título documental inscribible revela.» Esta última afirmación es exacta sólo en el caso de que el transmitente tuviese la posesión, pues, en otro caso, no ha habido tradición, ni, por consiguiente, transmisión o transferencia del derecho real. Como esa falta de posesión en el transmitente y, por tanto, de tradición, no puede tenerse en consideración en el supuesto de que el adquirente sea un tercero protegido por la fe pública registral, según el propio Roca, resulta que no sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia, puesto que la transferencia no se produce hasta la inscripción en el Registro, ya que no la ha producido la apariencia de tradición que el título documental inscribible revela. Lo mismo ocurre con el párrafo, que copiamos en

otro lugar, en que afirma que, tratándose de adquisiciones derivadas de negocio jurídico, no puede haber adquisición sin que al elemento contrato de finalidad traslativa se una el elemento tradición, de cuyo conjunto surgirá el acto del desplazamiento patrimonial, que es lo que propiamente es objeto de la inscripción. El error consiste en afirmar que no puede haber adquisición del derecho real sin que el elemento contrato se una al elemento tradición, puesto que, como hemos visto y reconoce el propio Roca, no puede tomarse en consideración en perjuicio de un tercero protegido por la fe pública registral la falta de tradición, por no ser el transmitente poseedor de la cosa; luego no es exacto que no pueda haber adquisición sin que al elemento contrato se una el elemento tradición. Lo que puede sostener Roca sin incurrir en contradicción, aunque, como hemos visto anteriormente, no compartimos su opinión; es que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil, no se puede practicar ninguna inscripción sin que del título presentado resulte que hay una *apariencia* de tradición, pero afirmando a continuación que el tercero protegido por la fe pública registral, que no haya adquirido el derecho real por la falta de la tradición, por no ser poseedor el transmitente, adquiere el derecho real por la inscripción en el Registro.

Por consiguiente, aun dentro de la doctrina de Roca de que no se puede inscribir ningún contrato traslativo sin que haya una *apariencia* de tradición (Roca no dice *apariencia*, sino simplemente tradición), resultará que el derecho real se adquirirá por la inscripción al amparo de la fe pública registral en los siguientes casos: 1.º Cuando el transmitente no sea dueño del derecho real transmitido. 2.º Cuando el transmitente no haya podido hacer la tradición, por no ser poseedor de la cosa. Cuando el transmitente es el verdadero dueño y, además, poseedor de la cosa transmitida, no hay duda de que la transmisión se realiza en el momento de la tradición, generalmente el del otorgamiento de la escritura pública, en virtud del artículo 1.462 del Código civil; pero aun en este caso, los efectos que se producen son completamente distintos, según se inscriba o no en el Registro, puesto que, si no se inscribe o en tanto que se inscriba, la adquisición se realiza conforme a unas circunstancias jurídicas que el

adquirente ignora, y, por el contrario, si se inscribe en el Registro, el adquirente adquiere el derecho real en las circunstancias jurídicas que consten en el propio Registro. Y esto no se puede silenciar, tratando de la adquisición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, sin mutilar en su esencia nuestro Derecho inmobiliario.

NÚÑEZ LAGOS, citado por ROCA (53), considera peligroso fundar la fe pública registral en la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como hace Roca; sin duda, por entender que la presunción del artículo 38 es una presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario. Y Roca le contesta que no ve en ello peligro alguno, puesto que, lo mismo que la fe pública registral garantiza contra el hecho de que el transmitente no sea dueño, garantiza también contra el hecho de que el transmitente no sea poseedor, por lo que el adquirente, amparado en la fe pública registral, adquiera el derecho aunque el transmitente no tenga la posesión. Por nuestra parte, entendemos que ésa es una forma de resolver el problema muy imperfecto, y, además, peligrosa, como opina NÚÑEZ LAGOS. Se resuelve el problema en forma muy imperfecta, porque, si el transmitente no es poseedor, no hay desplazamiento posesorio, y, por tanto, no hay tradición. De modo que lo acertado es decir, claro y terminantemente, que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, se adquiere el derecho real aunque no haya tradición por no ser poseedor el transmitente. La peligrosidad de la doctrina de Roca está en que se presta a una equivocada interpretación, especialmente por Jueces y Tribunales. No es probable que éstos den a la doctrina de Roca mejor interpretación que CASTÁN y PUIG PEÑA, por ejemplo, y los dos ilustres tratadistas, fundándose en la opinión de Roca, afirman, como luego veremos, que la adquisición de los derechos reales se hace por la tradición y que la inscripción sirve para acreditar la existencia de la adquisición y para dar publicidad a los modos de adquirir ya operados fuera. Otra hubiera sido, seguramente, su opinión si Roca hubiera afirmado, clara y terminantemente, que, en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, el derecho real se adquiere por la inscripción cuando no haya tradición por no ser poseedor el transmitente.

(53) *Derecho Hipotecario*, 1948, tomo I, pág. 172.

ALGUNAS ACLARACIONES HECHAS POR ROCA SASTRE

Roca, en su última edición (de 1954), introduce algunas modificaciones en su texto, que en principio dan la impresión de un cambio importante en su doctrina. Sin duda, esas modificaciones suponen un cambio, pero no todo lo importante que debería ser.

Para que se observen las modificaciones hechas por Roca en su última edición, copiamos a continuación dos párrafos de la edición de 1948 y después los mismos párrafos en la edición de 1954, subrayando las palabras modificadas: «La tradición, como requisito o presupuesto *civil*, es, pues, *imprescindible para que la traslación de la propiedad exista*» (54). «La tradición, como requisito, presupuesto o *conditio juris de la transferencia de bienes*, ha de resultar existente de los documentos o *titulación presentada al Registro para su inscripción*» (55). En la edición de 1948 dice que la tradición es imprescindible para que exista la traslación de la propiedad, mientras que en la edición de 1954 dice que la tradición ha de resultar existente en los documentos presentados a Registro para su inscripción. La diferencia es muy importante, ciertamente. En la edición de 1948 dice: «A pesar de la función específica de la inscripción del título adquisitivo del tercero protegido, no por eso cabe atribuir a tal inscripción valor constitutivo, *puesto que la adquisición ya se ha operado antes, de modo que dicha inscripción no hace más que robustecer esta adquisición, en cuanto al concurrir a formar la posición del tercero protegido por la fe pública registral, posibilita la actuación de ésta*» (56). En la edición de 1954 dice: «A pesar de la función específica de la inscripción del título adquisitivo del tercero protegido, no por ello cabe atribuir a esta inscripción valor constitutivo, *puesto que en la dosis o medida que respecto de la inexactitud registral, entendida ésta en sentido amplio, la fe pública protege la adquisición del tercero; esta adquisición se produce 'ex lege' y no por negocio jurídico de disposición, caso éste*

(54) Edición 1948, tomo I, pág. 170.

(55) Edición 1954, tomo I, pág. 174.

(56) Edición 1948, tomo I, pág. 161

en que precisamente la inscripción es propiamente constitutiva» (57). La aclaración o rectificación es importantísima, como puede observarse. En la edición de 1948 decía que en las adquisiciones en virtud de la fe pública registral, la adquisición del derecho real se había operado antes de la inscripción, mientras que en la edición de 1954 dice que la adquisición del tercero protegido por la fe pública registral se produce *ex lege*, no dice que por la inscripción, pero se sobreentiende. Por nuestra parte, celebramos mucho esta aclaración o rectificación de Roca (58).

Pero esta aclaración o rectificación, a nuestro modesto entender, no es suficiente, pues Roca sigue haciéndose las siguientes afirmaciones: «En nuestro Derecho, tratándose de la adquisición de bienes por negocio jurídico, rige la denominada *teoría del título y el modo*, por virtud de la cual, para que haya, exista o se produzca una transmisión del dominio o derechos reales que impliquen posesión, se requiere la concurrencia de estos dos elementos: *título (contrato de finalidad traslativa*, por ejemplo, un contrato de compraventa), seguido de un *modo* (tradición, es decir, *entrega*), tal y como entiende ambos elementos la referida teoría. En consecuencia, mientras el título o contrato de finalidad traslativa no quede completado con el modo o tradición, no hay transmisión; únicamente existen efectos obligacionales derivados de tal contrato de finalidad traslativa, entre los cuales se destaca la *obligación de transmitir* contraída por uno de los contratantes. Solamente una vez efectuada la tradición, se opera la transmisión. Este sistema de adquirir era el vigente en 1861, al promulgarse la Ley Hipotecaria. Esta le respeta, ya que se limitó a introducir la

(57) Edición 1954, tomo I, pág. 158.

(58) Creemos conveniente hacer aquí una aclaración respecto a si son o no constitutivas las inscripciones en las adquisiciones de derechos reales en virtud de la fe pública registral, problema éste de escasa importancia, pues son siempre convencionales las reglas del lenguaje. Roca entiende que, en las adquisiciones de derechos reales en virtud de la fe pública registral, la inscripción no es constitutiva, sino *sustantiva*. Entendemos que carece de importancia llamarlas de una u otra forma; pero, como dijimos en otra ocasión (*REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, año 1953, págs. 22 y sigs.), gramatical y técnicamente se pueden y deben llamar inscripciones constitutivas, no sólo a aquellas en que la inscripción es un requisito inexcusable o necesario para el nacimiento del derecho real, como ocurre en la hipoteca, sino también a aquellas otras en que, sin ser la inscripción un requisito inexcusable, son causa eficiente de la adquisición del derecho real, como ocurre en la adquisición del derecho real en virtud de la fe pública registral.

inscripción en el Registro de la Propiedad como elemento de refuerzo, robustecimiento o consolidación de la adquisición ya producida a favor del tercer adquirente antes de practicarse la inscripción» (59). «No puede haber realmente adquisición—añade—sin que al elemento *contrato* de finalidad traslativa (*titulus*) se una al elemento *tradición (modo)*» (60). Aunque la Exposición de Motivos del año 1861 y el artículo 1.473 del Código civil «parezcan prescindir—añade—de la tradición cuando se haya producido inscripción, no obstante, no es así, pues bien leídos presuponen que la inscripción es de una *adquisición ya operada*» (61).

Sigue, por consiguiente, afirmando Roca que para que haya adquisición del derecho real es imprescindible que exista la tradición. Pero, como ha declarado el Tribunal Supremo y reconoce Roca, para que haya tradición es preciso «el pase de la posesión del transferente al adquirente», y para que haya ese pase de la posesión es necesario que «el transmitente se halle en posesión de la cosa». De modo que si el transmitente no se halla en posesión de la cosa, no puede haber ni tradición ni transmisión de la cosa. Pero como, por otro lado, sigue afirmando que no se puede tomar en consideración la falta de posesión en el transmitente cuando el adquirente sea un tercero protegido por la fe pública registral, resulta que hay contradicción en sus afirmaciones y que no es exacto que no haya transmisión hasta que el contrato quede completado por la tradición, ni que la transmisión no se opere hasta que se efectúe la tradición, ni que la inscripción presuponga una adquisición ya operada.

Impugnando nuestra opinión, Roca dice lo siguiente: «Habida cuenta lo facilitada que en nuestro sistema está la tradición, principalmente dado el juego de la de tipo instrumental del artículo 1.462 del Código civil, el Registrador no tiene por qué dudar acerca de si ha habido o no tradición, pues prácticamente le basta con que del título presentado no resulte que la tradición falta» (62). Creemos que no hay duda de que al Registrador le basta, para inscribir, con el artículo 1.462 del Código; pero es porque no es nece-

(59) Edición 1954, tomo I, pág.^o 165.

(60) Edición 1954, pág. 164.

(61) Edición 1954, pág. 168.

(62) Edición 1954, tomo I, pág. 173.

sario acreditar la tradición, pues, si lo fuese, resultaría que, para que haya tradición, es necesario el desplazamiento de la posesión del transmitente al adquirente, y, para que se dé ese desplazamiento, es necesario que el transmitente tenga la posesión de la cosa, y esto no queda probado en la escritura por aplicación del artículo 1.462 del Código civil. Pero lo importante no es lo que haga el Registrador, sino la duda que pueda tener el Juez de si en su Sentencia se debe atener a la afirmación de Roca de que no hay transmisión del derecho real hasta que el contrato quede completado por la tradición, o si en esa Sentencia debe atenderse a la también afirmación de Roca de que la falta de posesión del transmitente y, por tanto, la falta de tradición, no debe perjudicar al adquirente amparado en la fe pública registral. Hay muchas probabilidades de que se atenga a la afirmación de que no hay transmisión del derecho real hasta que el contrato ha quedado completado por la tradición, pues eso es lo que hacen los tratadistas de Derecho civil, como luego veremos, que, aduciendo la autoridad de Roca, afirman que no hay adquisición del derecho real hasta la tradición, sin aludir para nada a la otra afirmación de Roca, contraria a la primera. Seguramente no podrá sospechar que la solución está en el artículo 608 del Código civil, que establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, porque de este artículo, tan importante, *nos olvidamos todos*, como dice Roca, y apenas si es citado por los hipotecaristas y los tratadistas de Derecho civil.

Añade Roca que «si la Ley Hipotecaria se hubiera propuesto eliminar la tradición como elemento constitutivo del acto traslativo inscribible en el Registro de la Propiedad, habría establecido algún precepto que así lo dijera, sobre todo si hubiera querido sustituir la tradición por la inscripción. Pero este precepto no existe, ni en la Ley Hipotecaria de 1861 ni en la actual, ni tampoco en el Código civil» (63). No se trata de que la Ley Hipotecaria se propusiera eliminar la tradición en la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, ni menos de sustituirla por la inscripción. De lo que se trata es de averiguar si quedó o no modificada la teoría del título y el modo, y, más concretamente, el artículo 609

(63) Edición 1954, tomo I, pág. 162.

del Código civil, por la Ley Hipotecaria, y esto nos lo dice el artículo 608 del Código civil al ordenar que, para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de la misma, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. De modo que el artículo 609 del Código civil, y, en general, la teoría del título y el modo, están modificados en tanto en cuanto estén en contradicción con los preceptos de la Ley Hipotecaria relativas a los títulos inscribibles y los efectos de la inscripción. Ya hemos visto anteriormente que para determinar los títulos inscribibles en el Registro hay que estar a lo que disponen los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria, no a lo que dice el artículo 609 del Código civil. De igual forma, para determinar los efectos de la inscripción, hay que estar a lo que dispone la Ley Hipotecaria, no a lo que dice el artículo 609 del Código civil. Especialmente, hay que atenerse a lo que disponen los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros, antes que a lo que diga el artículo 609 del Código civil. Y más especialmente aún, el principio de fe pública registral derogada, cuando interviene, los preceptos del Código relativos a la tradición.

No se puede plantear el problema diciendo que si la Ley Hipotecaria se hubiera propuesto eliminar la tradición o sustituirla por la inscripción lo hubiera dicho. Es necesario estudiarlo desde el punto de vista del *impacto* que la Ley Hipotecaria, o, más concretamente, la fe pública registral, que es la esencia de la Ley Hipotecaria, ha producido en la teoría del título y el modo o artículo 609 del Código civil. Por nuestra parte, entendemos que, para interpretar acertadamente el Derecho inmobiliario español, hay que empezar afirmando clara y terminantemente, hasta convertirlo en un axioma, que la teoría del título y el modo, contenida en el artículo 609 del Código civil, fue *parcialmente derogada*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del mismo Código, por los preceptos de la Ley Hipotecaria que regulan la fe pública registral. Y mientras esto no se acepte por hipotecaristas, tratadistas en Derecho civil y Tribunales de Justicia, no se habrá llegado a la recepción de la Ley Hipotecaria por no haber comprendido su alcance y significación.

LA PRACTICA DE NOTARIOS Y REGISTRADORES DE CATALUÑA Y NAVARRA

Durante los trece años que estuvimos destinados en el Registro de la Propiedad de Vinaroz, partido judicial lindante con Cataluña, se despacharon allí infinidad de escrituras públicas autorizadas en Cataluña, principalmente en las Notarías del partido judicial de Tortosa y en Barcelona. Sólo en dos o tres escrituras otorgadas en uno de los pueblos de Tortosa se acreditó documentalmente la tradición, puesto que en ellas se pactaba que la tradición se efectuaba por el otorgamiento de la escritura. Todas las demás se presentaron y se despacharon sin acreditar la tradición. Esto nos llevó al convencimiento de que los Notarios de Cataluña prescindían de la tradición a efectos del Registro. Pero, para mayor convencimiento, preguntamos a un ilustre Registrador, hoy jubilado, que llevaba varios años de Registrador en Barcelona, don ANTONIO RÍOS MOSQUERA (todo esto antes de la Ley de 21 de julio de 1960, puesto que don ANTONIO RÍOS MOSQUERA sólo estuvo destinado en Barcelona hasta el año 1959), quien nos contestó que allí se prescindía totalmente de la tradición a efectos del Registro.

Antes de haber sido destinado al Registro de la Propiedad de Estella, preguntamos, también, a dos ilustres Registradores de la Propiedad, que habían estado destinados en Navarra, si allí se exigía la tradición para la inscripción en el Registro, y nos contestaron que en los partidos en que habían estado destinados se despachaban los documentos sin más requisitos formales que los del Derecho común, y, por tanto, sin exigir la tradición. Después fuimos destinados al Registro de la Propiedad de Estella y hemos podido comprobar por nosotros mismos que los cinco Notarios de partido y los demás que envían allí escrituras prescinden de la tradición a efectos de la inscripción en el Registro, salvo uno de los Notarios de Pamplona, que hace constar en todas las escrituras que ha tenido lugar la tradición de la finca. En el Registro se prescindió siempre de la tradición a efectos del mismo.

Esto no es una prueba, pero sí un indicio, de que la mayor parte de los Notarios y Registradores prescinden de la tradición a

efectos del Registro. Con ello no hacen más que atenerse a lo que claramente dicen los artículos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria.

EL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL DE LOS MODERNOS TRATADISTAS ESPAÑOLES DE DERECHO CIVIL

LA OPINION DE CASTAN

Nada más elocuente para convencerse del poco acierto de los hipotecaristas en la exposición de los modos de adquirir en relación con el Registro de la Propiedad que el estudio de los modernos tratadistas españoles de Derecho civil en relación con esta materia.

CASTÁN empieza su exposición con una afirmación muy acertada, que es la siguiente: «Es lástima que (el Código civil) no haya sabido o podido adaptar dicha teoría (la del título y el modo) a las exigencias modernas, como han hecho aquellas legislaciones de tipo germánico—Austria, Suiza, etc.—, que han reconocido todo su valor, como elemento esencial de la constitución, transferencia, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles, a la inscripción en el Registro, única garantía seria de la publicidad de las transmisiones, y, consiguientemente, de la seguridad de los derechos inmobiliarios» (64).

Continúa CASTÁN diciendo, y ya no es tanto su acierto, que «el régimen general de transmisiones imperante en nuestro Código, caracterizado por el *principio de tradición*, de stirpe romana, tiene importantes desviaciones derivadas del *principio de buena fe*», que las refleja el artículo 1.473, y «en los casos a que alude puede no corresponder la propiedad a quien habiendo cumplido los requisitos del artículo 609 (contrato y tradición) sea el primero en la posesión, y se concede preferencia a la prioridad de la inscripción, si se trata de bienes inmuebles inscritos, y a la concurrencia de la buena fe, si se trata de inmuebles no inscritos o de bienes muebles» (65). No es inexacto lo que afirma, pero es muy incompleto, puesto que no dice que el artículo 1.473 es una consecuencia del 32 de la Ley Hipotecaria, y que efectos similares a los

(64) *Derecho Civil Español*, 1950, tomo II, pág. 179.

(65) *Lug. cit.*, pág. 180.

del artículo 1.473 del Código civil en relación con la doble venta de una misma casa, se producen en la doble adquisición de derechos incompatibles en virtud del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que rige con preferencia al artículo 609 del Código civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del propio Código civil. Es decir, que lo mismo que afirma que en los casos a que alude el artículo 1.473 «puede no corresponder la propiedad a quien, habiendo cumplido los requisitos del artículo 609 (contrato y tradición), sea primero en la posesión, y se concede preferencia a la prioridad en la inscripción, si se trata de bienes inmuebles inscritos», ha debido afirmar, para no ser incompleto, que en los casos a que alude el artículo 32 de la Ley Hipotecaria puede no corresponder la propiedad a quien habiendo cumplido los requisitos del artículo 609 (contrato y tradición), sea primero en la posesión, y se concede preferencia a la prioridad en la inscripción si se trata de bienes inmuebles inscritos. Omitir esto es cometer un grave error de interpretación. Y tampoco estaba de más añadir que uno y otro artículo (el 1.473 del Código y el 32 de la Ley Hipotecaria) son efectos del principio de fe pública registral, puesto que sin ello no queda completa la doctrina científica en esta materia.

A continuación CASTÁN hace la siguiente pregunta: «¿Puede afirmarse, en nuestro Derecho, que el régimen hipotecario haya verificado una revolución en la doctrina del título y el modo de adquirir?» Y contesta: «En realidad, el influjo de la Ley Hipotecaria sobre la doctrina del título y el modo ha sido grande, aunque no decisivo.» «En ella (en la Ley Hipotecaria) la inscripción no tiene valor absoluto, y sí sólo relativo y en cuanto a terceros. Por ello, la inscripción no ha sustituido a la tradición como modo de transmisión de la propiedad inmueble. Tradición e inscripción tienen órbita de aplicación distinta.» «Aquella sigue siendo el modo de adquirir el dominio y desenvuelve su eficacia entre las partes. Esta es, simplemente, un modo de acreditar la existencia de la adquisición, por más que tome un valor destacado cuando se trata de los efectos de la transmisión con relación a terceros.» Copia, a continuación, la explicación dada por la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, en que se afirma que, «según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad

de tercero, el dominio y demás derechos reales, en tanto se considerarán constituidas o traspasadas, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no haya inscripción, subsistente el Derecho civil». Y concluye afirmando que «hay que seguir entendiendo que nuestra legislación hipotecaria no ha significado ni significa un golpe de muerte para la teoría del título y el modo, ni ha sustituido el modo por la inscripción, pues para hacerlo así hubiera sido preciso que adaptase francamente el sistema de inscripción sustantiva y constitutiva». Añade que ésta es la opinión que prevalece hoy, y aduce, entre otros, el testimonio de Roca, copiando literalmente varios párrafos, uno aquel en que afirma Roca que no es posible inscribir ninguna compraventa o acto análogo sin que de la titulación presentada a Registro aparezca cumplido el requisito de la tradición; otro aquel en que afirma que, existiendo la tradición, sobra la inscripción como factor operativo de la transferencia; otro en que afirma que la inscripción no puede suplir a la tradición por impedirlo la posición básica de absoluto respeto que la legislación hipotecaria adopta ante los modos de adquirir la propiedad; otro en que afirma que no puede haber adquisición sin que el elemento contrato de finalidad traslativo se le una el elemento tradición, y, finalmente, aquel en que afirma que ni la Exposición de Motivos de la Ley de 1961, ni el artículo 1.473 del Código civil, contradicen esta tesis, pues ambos textos lo que hacen es presuponer que la inscripción recae sobre una adquisición ya operada. CASTÁN no hace referencia alguna a la afirmación de Roca, en contradicción con las anteriores, como hemos visto, de que mediante la inscripción se puede dar adquisiciones *a non domino*, es decir, adquisiciones no operadas antes de la inscripción; ni a la afirmación, también en contradicción con las anteriores, de que la falta de posesión en el transmitente, y, por tanto, la falta de tradición, no puede tomarse en consideración cuando el adquirente es un tercero protegido por la fe pública registral.

Adopta el mismo punto de vista que la generalidad de los autores, que no conciben que pueda haber un término medio entre sustituir la tradición por la inscripción en el Registro, dando al traste con la teoría del título y el modo, o dar a la inscripción un

valor meramente declarativo de la transmisión hecha anteriormente por la tradición. No conciben que la Ley Hipotecaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil, haya establecido un sistema nuevo en que se mantenga la vigencia de la teoría del título y el modo, contenida en el artículo 609 del Código civil, en tanto en cuanto no esté en contradicción con los efectos que la Ley Hipotecaria atribuya a la inscripción, y que en virtud de ello haya dos clases de inscripciones, las amparadas en la fe pública registral (inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe), a las que son aplicables los artículos 32, 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y las no amparadas en la fe pública registral, que son todas las demás, y a las cuales no son aplicables los artículos 32, 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria. En las primeras, es decir, en las amparadas en la fe pública registral, el derecho real se adquiere mediante la inscripción cuando la adquisición no se hubiere producido por la tradición, bien por no ser dueño el transmitente (adquisición *a non domino*), bien porque no haya habido tradición por no ser poseedor el transmitente (adquisiciones *a non possidente*), o bien porque no haya habido tradición por estar el acto o contrato inscrito sujeto a una condición o plazo suspensivo [art. 23 de la Ley Hipotecaria (66)]. Además, aun en el caso de que la adquisición del derecho real se haya producido antes de la inscripción mediante la tradición, lo que ocurrirá muy frecuentemente en la práctica, no puede omitirse, si se quiere hacer una exposición completa de nuestro Derecho positivo en relación con la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, que mediante la tradición, en el supuesto de que se haya adquirido el derecho real, se ha adquirido en las circunstancias jurídicas existentes en aquel momento, aun-

(66) En el texto nos referimos exclusivamente al Derecho común, y en éste sólo pueden darse, con respecto a la tradición, los tres siguientes supuestos: 1.º Que el transmitente no sea poseedor, en cuyo caso no se produce la tradición por el otorgamiento de la escritura pública, 2.º Que el transmitente sea poseedor, pero que el acto o contrato esté sujeto a plazo o condición suspensiva. En este caso tampoco hay tradición por el otorgamiento de la escritura pública, puesto que de la propia escritura se deduce lo contrario, lo que está previsto en el propio artículo 1.462 del Código. 3.º Que el transmitente sea poseedor y que el acto o contrato no esté sujeto a plazo a condición suspensivas. En este caso la tradición se produce por el otorgamiento de la escritura pública, como establece el artículo 1.462 del Código civil.

que el adquirente las ignore totalmente, mientras que mediante la inscripción, a título oneroso y de buena fe, el adquirente adquiere el derecho real en las circunstancias jurídicas que constan en el asiento o asientos anteriores, por lo que no le perjudican los derechos reales que graven a la misma finca o derecho si no constan en las inscripciones anteriores (art. 13 de la Ley Hipotecaria), ni las causas de nulidad o resolución existentes en la adquisición del transmitente que no consten en el mismo Registro, ni las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias que no consten en el Registro, salvo el retracto legal (arts. 34 y 37 de la Ley Hipotecaria). Silenciar esto es omitir algo esencial en nuestro Derecho positivo.

CASTÁN, en su doctrina, se inspira en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, pero sin incurrir en un error de la misma. Dicha Exposición dice que «una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, esto es, aunque medie tradición, será dueño con relación al vencedor; pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción». Este párrafo admite que el dominio se puede traspasar respecto a unos sí y respecto a otros no. CASTÁN no incurre en este error y afirma que la tradición es «el modo de adquirir el dominio y desenvuelve su eficacia entre las partes», mientras que la inscripción «es, simplemente, el modo de acreditar la existencia de la adquisición, por más que tome un valor destacado cuando se trata de los efectos de la transmisión con relación a terceras». De modo que, en opinión de CASTÁN, la inscripción nunca produce la adquisición del derecho real y sólo tiene un valor destacado cuando se trata de los efectos con relación a terceros de la transmisión operada por la tradición. Esta doctrina tiene los tres siguientes defectos: 1.º Ignora los casos en que la adquisición del derecho real se verifica por la inscripción, bien porque el transmitente no sea dueño, bien porque no haya habido tradición, como hemos visto anteriormente. 2.º Emplea la palabra «terceros» en el sentido del derogado artículo 27 de la Ley anterior, olvidándose del tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y de la

Exposición de Motivos de la Ley de 1944, en que el principal tercero es el adquirente inscrito al amparo de la fe pública registral. 3.º No concreta cuáles son esos efectos que produce la inscripción en relación a terceros, con lo cual el estudioso lector se queda sin saber qué efectos produce la inscripción, puesto que la adquisición del derecho real, según su doctrina, no se produce por la inscripción en el Registro.

Añade CASTÁN que «SÁNCHEZ ROMÁN y DE DIEGO señalan como prueba legal de la integridad actual de la doctrina de la tradición y de que ésta, y no la inscripción, es la causa eficiente del dominio y demás derechos reales, la excepción contenida en el tercer párrafo del antiguo artículo 396 de la Ley Hipotecaria (hoy artículo 315), que acredita la posibilidad legal de que el verdadero adquirente, en virtud de tradición, que no inscribió su título, pueda, justificando la adquisición, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento contrario a aquélla» (67). Como ya dijimos en otra ocasión (68), estimamos inexacta esta doctrina y la afirmación de SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO y CASTÁN demuestra la poca profundidad con que ha sido estudiada la legislación hipotecaria por tan ilustres civilistas. Efectivamente, ni es exacto que la tradición sea siempre la causa eficiente de la transmisión, ni tampoco es siempre posible que el que obtuvo la tradición consiga la cancelación de la inscripción contraria a aquélla. La inscripción es la causa eficiente de la admisión en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, como hemos visto, en los siguientes casos: 1.º Cuando la tradición no ha transmitido el derecho real por no ser dueño el transmitente. 2.º Cuando no haya habido tradición, bien por no ser poseedor el transmitente, bien por estar el acto o contrato sujeto a condición o plazo suspensivos. Y si en el Registro existe algún asiento contrario a la tradición habrá que distinguir (para saber si el adquirente en virtud de tradición, que no inscribió su título, puede obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción) si ésta está o no amparada en la fe pública registral. Las primeras, es decir, las inscripciones amparadas en la fe pública regis-

(67) Lug. cit., 1950, tomo II, pág. 206.

(68) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, 655.

tral no pueden ser vencidas nunca por la tradición (arts. 608 y 1.473 del Código civil y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), y, por consiguiente, el adquirente en virtud de tradición, que no inscribió su título, no puede, aunque otra cosa opinen SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO y CASTÁN, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación del asiento contrario a aquélla. Por el contrario, las segundas, es decir, las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, pueden y deben ser vencidas por la tradición cuando están en contradicción con ésta. Querer aplicar a todas las inscripciones la misma doctrina es desoconocer en absoluto nuestra legislación hipotecaria. Por lo demás, el artículo 315 de la Ley Hipotecaria es un precepto de carácter procesal, y el hecho de que los Tribunales tengan que admitir un documento no implica que necesariamente tengan que fallar conforme al mismo, y en el caso de que ese documento esté en contradicción con alguna inscripción amparada en la fe pública registral, los artículos 608 y 1.473 del Código civil y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria los impedirán fallar conforme al contenido de ese documento, siempre que se interprete rectamente nuestro Derecho positivo. Añade, a continuación, CASTÁN que, «no obstante, La Ley Hipotecaria, al regular los efectos, con relación a terceros, de los derechos reales inscritos (art. 17, 34, etc.), concede a la inscripción una preponderancia que parece absorber los efectos propios y normales de la tradición. Y en el caso de doble venta de una cosa, según el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código, tiene preferencia y se reputa dueño, no el comprador a cuyo favor se ha efectuado la tradición, sino aquel otro que se adelantó a inscribir su título en el Registro» (69). Como dijimos en otra ocasión (70), en las inscripciones amparadas en la fe pública registral el Código civil (arts. 608 y 1.473) y la Ley Hipotecaria (arts. 32 y 34) conceden a la inscripción una preponderancia, no que parezca observar los efectos propios y normales de la tradición, sino que los absorbe totalmente, y, en virtud de esos preceptos, en cuanto se ponen en contradicción la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última. CASTÁN no concreta ni a qué terceros se refiere

(69) Lug. cit., pág. 206.

(70) Lug. cit., pág. 656.

ni qué circunstancias o requisitos se precisan para que la inscripción absorba los efectos propios de la tradición. No concreta más que en el caso del artículo 1.473 del Código civil, y no dice que éste es una aplicación del precepto más general del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y ambos efectos de la fe pública registral. En su última edición (71) rectifica o aclara el párrafo anterior, que redacta de la siguiente forma: «No obstante, la Ley Hipotecaria, al regular los efectos, con relación a terceros, de los derechos reales inscritos (arts. 17, 34, etc.), concede a la inscripción una preponderancia que absorbe, en realidad, los efectos propios y normales de la tradición. Y en el caso de doble venta de una casa...» Pero, aunque con la nueva redacción está más acertado, sigue sin concretar ni a qué terceros se refiere, ni las circunstancias o requisitos que se precisan para que la inscripción absorba los efectos propios de la tradición, ni concreta más que en el caso del artículo 1.473 del Código civil.

En cuanto a la interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, CASTÁN sigue el criterio de NÚÑEZ LAGOS de considerarle como un caso de irreivindicabilidad en beneficio del adquirente a título oneroso y de buena fe en los inmuebles sometidos a publicidad registral, negando que se den en nuestro Derecho las adquisiciones *a non domino* mediante la inscripción en el Registro. Ya dijimos en otra ocasión que la tesis de NÚÑEZ LAGOS no nos parece aceptable (72) por las siguientes razones: Que la reivindicabilidad es una nota esencial en el concepto de dominio, y, por tanto, cuando el Código civil o el de Comercio dicen que una persona puede reivindicar es lo mismo que si dijeran que es dueño, y cuando dicen que no puede reivindicar es lo mismo que si dijeran que no es dueño; que el conflicto en el artículo 464 del Código civil y en el de Comercio se plantea entre el poseedor y el que pretende ser dueño y conceden al poseedor la irreivindicabilidad en contra del que pretende ser dueño, mientras que en el caso del artículo 34 de la Ley Hipotecaria el titular registral puede no ser poseedor y la irreivindicabilidad de nada le serviría; que en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria hay adquisición *a non domino* cuando en la

(71) 1964, tomo II, vol. I, pág. 236.

(72) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 721.

adquisición del transmitente ha habido una causa de nulidad absoluta que anule de pleno derecho la adquisición del transmitente; que los casos más frecuentes de adquisición *a non domino* se dan por el juego del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, del cual es una aplicación el artículo 1.473 del Código civil, en que *la propiedad* pertenece al que haya inscrito, aunque su compra la haya hecho cuando el vendedor ya no era dueño por haber vendido la misma cosa a otra persona con tradición, y añadíamos que ante una afirmación tan terminante del artículo 1.473 del Código civil sobraba toda discusión. Lo mismo NÚÑEZ LAGOS que CASTÁN subrayan la palabra «mantenida» del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; pero entendemos que lo que debe subrayarse son las palabras «será mantenida en su adquisición», lo que demuestra que el propio artículo 34 establece la adquisición *a non domino* en todos los casos en que el transmitente no sea dueño. «Pero, como dice Roca (73), además, NÚÑEZ LAGOS ha llegado a reconocer que el artículo 34 de la Ley, en su legitimación sustantiva consagra la transferencia *a non domino*, así como entiende que cuando actúa este artículo 34 el propietario civil o verdadero *pierde la propiedad* de la cosa correspondiente, que queda *desplazada* al tercer adquirente, constituyendo para éste la inscripción un verdadero *modo de adquirir la propiedad*.»

Debe observarse que CASTÁN, de los tres artículos más importantes de nuestro Derecho inmobiliario registral, que son el artículo 608 del Código civil y los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, sólo cita al 34 de la Ley, y éste, siguiendo a NÚÑEZ LAGOS, le interpreta equivocadamente. Sigue, en general, la doctrina de los hipotecaristas, lo que demuestra el poco acierto de éstos al exponer nuestro Derecho positivo en relación con los modos de adquirir.

LA OPINION DE PUIG PEÑA

PUIG PEÑA, al estudiar esta materia, empieza afirmando que «la adquisición *a non domino* constituye una desviación de la regla *nemo dat quod non habet*». «Esta desviación, añade, encuentra una

(73) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 799, nota

de sus manifestaciones, según el sentir de la doctrina, *cuando se trata de cosas muebles*, en el artículo 464 del Código civil, que protege al adquirente de las mismas por la apariencia de titularidad que lleva consigo la posesión de dichas cosas. En cuanto a las *cosas inmuebles*, se enlaza la cuestión de las adquisiciones *a non domino* con el principio de la «fe pública registral», garantizador de la titularidad del adquirente al considerar como exacto el contenido del Registro, fundado en la conveniencia de dar seguridad al tráfico a base de la buena fe del mismo» (74). No cabe duda de que mediante la fe pública registral pueden producirse en nuestro Derecho adquisiciones *a non domino*, pero no explica en qué consiste la fe pública registral y no menciona más requisitos que la inscripción a favor del transmitente, que va implícito en su afirmación de considerar exacto el contenido del Registro, y la buena fe del adquirente. Omite, por tanto, los requisitos de onerosidad y la inscripción del título del adquirente.

Añade PUIG PEÑA que «algún autor ha llegado a decir que la teoría del *título y el modo*, en su valor puro, como la recoge la legalidad vigente en España, sufrió un rudo golpe con el Registro de la Propiedad, considerando que la inscripción registral ha venido a sustituir a la vieja tradición; pero este criterio no puede, en realidad, sustentarse con probidad científica, dado que la Ley Hipotecaria respeta escrupulosamente los modos de adquirir en la forma y valor que determina el ordenamiento común; pues el Registro, hay necesidad de afirmarlo, no tiene, en este sentido, una virtualidad constitutiva, sino simplemente la misión de dar publicidad a los modos de adquirir, ya operados fuera». Por nuestra parte, entendemos que *con probidad científica* no puede sostenerse ni que la inscripción registral haya venido a sustituir a la tradición, ni que «la Ley Hipotecaria respete escrupulosamente los modos de adquirir en la forma y valor que determina el ordenamiento común», ni es exacto que el Registro tenga «simplemente la misión de dar publicidad a los modos de adquirir ya operados fuera». No es exacto que «la Ley Hipotecaria respete escrupulosamente los modos de adquirir en la forma y valor que determine el ordenamiento común», porque el artículo 608 del Código civil

(74) *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo III, vol. I, pág. 151.

establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de la misma y el valor de los asientos del Registro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. De modo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código civil, los modos de adquirir del ordenamiento común, concretamente el artículo 609 del Código civil, siguen vigentes en nuestro Derecho positivo en tanto en cuanto no estén en contradicción con las disposiciones de la Ley Hipotecaria. Esta está en contradicción con el artículo 609 del Código civil, puesto que declara inscribibles los actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles sin necesidad de tradición (arts. 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria), y está también en contradicción con el mismo artículo 609 del Código civil, en cuanto a los efectos y valor de la inscripción, puesto que los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, entre otros, se producen aunque no haya habido tradición por no ser poseedor el transmitente o por estar el acto o contrato inscrito sujeto a condición o plazo suspensivo (art. 23 de la Ley Hipotecaria). Las mismas adquisiciones *a non domino*, que PUIG PEÑA admite, demuestran que no es exacto que el Registro tenga, simplemente, la misión de dar publicidad a los modos de adquirir ya operados fuera.

Añade PUIG PEÑA, siguiendo a ROCA, que no puede haber adquisición sin que al elemento contrato se le una el elemento tradición, y que tal conjunción de elementos ha de resultar acreditada documentalmente para lograr la inscripción. Entendemos, como hemos dicho anteriormente, que esta doctrina no es exacta; en primer lugar, porque no es exacto que para obtener la inscripción sea necesario que el contrato esté completado por la tradición, puesto que los artículos 1.º, 2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 608 del Código civil, dicen todo lo contrario; y, en segundo lugar, porque tampoco es exacto que para que haya adquisición del derecho real se necesite que al elemento contrato se una el elemento tradición, puesto que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral (las inscripciones segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe) la adquisición del derecho real se verifica por la inscripción cuando ha habido tradición, bien por no ser poseedor el transmitente, bien por estar el acto o

contrato inscrito sujeto a condición o plazo suspensivos (arts. 508 y 1.473 del Código civil y 32, 34 y 23 de la Ley Hipotecaria). Finalmente, PUIG PEÑA acepta la opinión de CASTÁN de que «la Ley Hipotecaria, al regular los efectos con relación a terceros de los derechos reales inscritos, concede a la inscripción una preponderancia que absorbe los efectos propios y normales de la tradición», y cita el artículo 1.473 del Código civil, lo cual hemos examinado anteriormente.

PUIG PEÑA no cita ni explica la doctrina de los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, y, aunque explica, sin citarle, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo hace, como hemos visto en forma incompleta. Tampoco hace referencia alguna a que al que escribe su título al amparo de la fe pública registral (inscripciones segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe) no le perjudican, ni los derechos reales no inscritos (art. 13 de la Ley Hipotecaria), ni las causas de nulidad o resolución de la adquisición del transmitente que no consten en el Registro (artículo 34 de la Ley Hipotecaria), ni las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que no consten en el Registro, salvo el retracto legal (artículo 37 de la Ley Hipotecaria).

La exposición hecha por PUIG PEÑA del Derecho hipotecario en relación con los modos de adquirir es, por tanto, muy imperfecta.

LA OPINION DE PUIG BRUTAU

PUIG BRUTAU estudia con gran detenimiento el problema de si es necesario, para la adquisición o transmisión de los derechos reales, además de la tradición, un contrato causal, o si basta el consentimiento abstracto, y entonces alude al Registro de la Propiedad. Así dice lo siguiente: «Con lo dicho, sin duda, ha quedado patentizado que el llamado negocio dispositive abstracto o *traditio* desligado de su causa es uno de los productos más refinados, pero también más inútiles, del Derecho de profesores. En la actualidad está en franca bancarrota y se preconiza su eliminación en la misma Alemania. Entre nosotros ha tenido cierto auge a impulsos de ciertas traducciones de obras jurídicas alemanas.» «Señalemos,

sin embargo, que tanto por la alcurnia intelectual de los principales divulgadores españoles de la técnica alemana..., como por el tradicional buen sentido patrio, la recepción de los aludidos conceptos ha quedado limitada a los efectos de lograr una mayor precisión de nuestro lenguaje técnico y a leves rectificaciones de nuestra legislación y jurisprudencia. En lo fundamental, la reforma de la Ley Hipotecaria (1944-46) sirvió para demostrar que la doctrina del contrato real abstracto no ha triunfado, ni tan sólo el de la inscripción registral de efectos constitutivos. Sólo elogios merece que nos hayamos librado de mimetismos doctrinales en este punto» (75). Y después añade: «La única atenuación que en nuestro Derecho cabe admitir respecto al carácter causal de la tradición deriva de algunas adquisiciones realizadas por alguien de buena fe y título oneroso, pues la apariencia de derecho del transmitente puede subsanar, no precisamente la falta de causa, sino la falta de poder de disposición por parte del transferente. Así resulta del artículo 464, interpretado en sentido germánico, y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero, en realidad, como hemos dicho, no se trata de que la tradición pueda valer desconectada de la causa, esto es, del acuerdo de las partes por el que ligan el efecto transmitivo a una relación jurídica suficiente para explicar y justificar el cambio sobrevenido, sino que los citados artículos subsanan la falta de derecho por parte del transferente y constituyen una excepción a la regla de que nadie puede dar lo que no tiene» (76).

De modo que para PURG BRUTAU la inscripción no tiene efectos constitutivos, aunque en virtud del artículo 34 de la Ley Hipotecaria se subsana la falta de derecho por parte del transferente y constituye una excepción a la regla de que nadie puede dar lo que no tiene. No explica los requisitos que se necesitan para que se produzca la adquisición *a non domino*, pues no copia literalmente este artículo, ni dice que es necesaria la inscripción del título de adquisición. No hace referencia alguna al principio de fe pública registral, ni alude al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, mediante el cual pueden darse también las adquisiciones *a non domino*. No es-

(75) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, pág. 188

(76) *Lug. cit.*, pág. 192

tudia el problema de si en virtud de la inscripción puede adquirirse el derecho real aunque no haya habido tradición, si bien puede deducirse de su doctrina que no admite adquisición del derecho real sin tradición, doctrina errónea, como hemos visto. Tampoco alude al artículo 608 del Código civil, ni a los artículos 13 y 37 de la Ley Hipotecaria, y, aunque cita al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sólo lo hace en el sentido de que mediante este artículo se producen adquisiciones *a non domino*, y no lo estudia como medio de que las causas de anulabilidad y resolución de la adquisición del transmitente no perjudiquen al adquirente si no constan en el Registro.

La doctrina de PUIG BRUTAU respecto a la adquisición de los derechos reales en relación con el Registro de la Propiedad es, por consiguiente, muy incompleta.

LA OPINION DE ESPIN CANOVAS

ESPÍN CÁNOVAS dice lo siguiente: «En definitiva, la adquisición derivativa de la propiedad se opera en Derecho español por los siguientes requisitos: 1.º Negocio jurídico apto para transferir el dominio (negocio causal), el cual comprende tanto la voluntad de crear una obligación (contrato obligacional) como la voluntad de transferir el dominio (contrato real). 2.º La tradición o transferencia de la cosa que se transmite, realizada con ánimo de transmitir el dominio. 3.º Respecto a los inmuebles, para que la adquisición sea inatacable frente a tercero, es preciso que se añada un requisito más: la inscripción en el Registro de la Propiedad en determinadas condiciones». «En relación con los inmuebles, añade, es preciso, además, la inscripción en el Registro de la Propiedad para que la adquisición del dominio sea inatacable frente a tercero, pues si falta este requisito puede ser vencido al adquirente por otro adquirente posterior que haya inscrito su derecho. Así ocurre según el artículo 1.473 del Código civil, según el cual, en el caso de venta de una cosa inmueble tiene preferencia la inscripción sobre la tradición» (77).

(77) *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, tomo I, pág. 95.

No hay duda que es cierto lo que dice Espín. Pero es muy incompleto. Con ello no se puede formar idea de los modos de adquirir en relación con el Registro de la Propiedad. No dice en qué casos, ni con qué requisitos, la inscripción tiene preferencia sobre la tradición. Cita al artículo 1.473 del Código civil, pero no al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, del cual aquél no es más que una aplicación al caso de la doble venta. Tampoco cita el artículo 34 de la Ley, ni al 608 del Código civil, ambos, junto con el 32 de la Ley Hipotecaria, los más importantes de nuestro Derecho inmobiliario registral. No alude al principio de fe pública registral. Tampoco hace referencia a que, aun habiendo adquirido el derecho real por tradición, el que inscribe su título al amparo de la fe pública registral, adquiere en las condiciones jurídicas que constan en el Registro, por lo que entran en juego a su favor los artículos 13, 34 y 37 de la Ley Hipotecaria.

La exposición de Espín, sin incurrir en error, es, por tanto, muy incompleta.

En su segunda edición hace un estudio más completo del Derecho hipotecario (78), que expone en la siguiente forma: «En relación con los inmuebles, es preciso, además, la inscripción en el Registro de la Propiedad para que la adquisición sea absolutamente firme, pues sin la inscripción el adquirente puede ser vencido por otro adquirente posterior que haya inscrito su derecho. Esta preferencia en favor de la inscripción se basa en el juego de los principios hipotecarios vigentes en nuestro Derecho, ya que éstos implican que el Registro se presume exacto e íntegro (principio de exactitud registral) y, por tanto, quien adquiere del titular registral, adquiere de modo inatacable y puede desconocer todo lo no inscrito (principio de fe pública registral). En efecto, la Ley Hipotecaria sienta la presunción de exactitud registral al disponer que 'a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo' (art. 38, ap. 1] de la Ley Hipotecaria); consecuentemente, si el Registro se presume exacto, se protege, positiva y negativamente, al tercero que adquiera confiado en el Registro: *positivamente* mediante el artícu-

lo 34 de la Ley, que copia literalmente: y *negativamente* mediante el artículo 23 de la Ley, que copia también literalmente.» «Estos principios resuelven una posible discordancia, continúa, entre el Registro y la realidad extrarregistral, en favor del titular inscrito que merezca la protección del Registro, es decir, del llamado tercero hipotecario. Si, por el contrario, el que adquiere la propiedad del inmueble (o cualquier otro derecho real inmobiliario) no inscribe en el Registro su derecho y otro adquirente posterior lo hace, reuniendo los requisitos para la protección de la fe pública registral; el primer adquirente que no inscribió su derecho, será vencido por el adquirente posterior. El Código hace aplicación concreta de esta doctrina en el típico supuesto de la doble venta de un inmueble, disponiendo que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito (la cosa) en el Registro.» Hasta aquí nada tenemos que oponer a su doctrina.

Pero tenemos que disentir de su opinión respecto a la relación entre la tradición y la inscripción en el Registro. Expone así su criterio: «La necesidad de la inscripción para la plena eficacia *erga omnes* de la adquisición de la propiedad de los inmuebles, no implica que la inscripción supla a la tradición, es decir, que no sea ésta siempre necesaria, ya que la exigencia de la tradición viene impuesta con carácter general por el fundamental artículo 609 y no está suprimida por ningún otro precepto, ni contradicha por la citada disposición del artículo 1.473.» De modo que entiende que la tradición es siempre necesaria para la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles. Cita el artículo 1.473 del Código civil, pero no el 608 del mismo Código, que regula las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria, y por virtud del mismo, para determinar los títulos sujetos a inscripción y los efectos de ésta hay que estar a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta dice claramente en los artículos 1.º y 2.º, que son inscribibles los títulos, actos y contratos, relativos a los derechos reales sobre inmuebles, y no dice que esos títulos deban estar completados por la tradición para ser inscribibles en el Registro. El mismo artículo 608 del Código dispone que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, y, por tanto, una vez inscrito un título en el Registro, aunque no haya habido tradición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley, se pre-

sume que el derecho inscrito pertenece a su titular, y, si la inscripción es segunda o posterior a título oneroso y de buena fe, esa presunción a favor del titular registral 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). Todo esto se deduce claramente del artículo 608 del Código civil, sin duda alguna el más importante de nuestro Derecho inmobiliario, puesto que regula las relaciones entre el Código civil y la Ley Hipotecaria.

Sintetiza, después, las opiniones de RAMÓN DE LA RICA, VILLARES y RAMOS, y las impugna de la siguiente forma: «El fundamento legal de esta opinión descansa en el citado artículo 1.473, apartado 2), que da la preferencia a la inscripción sin aludir a la necesidad de haber cumplido previamente con el requisito de la tradición»; sin embargo, dice citando a SANZ, se observa que el artículo citado atribuye la propiedad, no «a la persona que primero inscriba su título, sino al adquirente que primero inscriba su propiedad», adquisición que «habrá de regirse por las reglas generales, o, lo que es lo mismo, necesitará título y tradición». Pero es fácil contestar que el artículo 1.473 no es el que regula las relaciones entre el Código y la Ley Hipotecaria, sino el 608 del Código civil, y, como dice VALLET, «si el Código se remite a la Ley Hipotecaria en este punto concreto, no hay duda de que el párrafo 2.º del artículo 1.473 habrá de ser interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de aquella Ley especial». Por consiguiente, para saber lo que es o no inscribible en el Registro, hay que estar, no a lo que dispone el artículo 1.473, sino, en virtud del artículo 608, a lo que dispone la Ley Hipotecaria, y ésta dice que lo que se inscribe en el Registro son «los títulos». De modo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 608 del Código, lo que se inscribe en el Registro en el caso de doble venta no es la *propiedad*, sino *el título de compraventa*. Además, si en la primera venta, que no se inscribe, ha habido tradición, en la segunda venta no puede haber tradición, porque el vendedor ya no es poseedor, y por eso dice LACRUZ que, «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 ha realmente adquirido, y, en

«consecuencia, ha podido inscribir válidamente». Y es que no se puede fundar la doctrina general del Derecho hipotecario en el artículo 1.473, siendo tan claro el artículo 608 del Código (79).

Añade, después, citando a Roca, que «si en el Registro se inscriben las transferencias reales, la tradición, como requisito, presupuesto o *conditio juris* de la transferencia de bienes, ha de resultar existente de los documentos o titulación presentada al Registro para su inscripción». Pero, como hemos visto anteriormente y se deduce claramente de los artículos 608 del Código y 1.º y 2.º de la Ley, no son las transferencias ya realizadas de los derechos reales lo que se inscribe, sino los títulos, actos o contratos, relativos al dominio y demás derechos reales sobre inmuebles. Espín no recoge la opinión de Roca, en contradicción con la anterior, de que la falta de posesión en el transmitente no perjudica al adquirente amparado en la fe pública registral, y, por tanto, aunque no lo diga Roca, la adquisición del derecho real se verifica por la inscripción en el Registro sin necesidad de tradición en las inscripciones amparadas en la fe pública registral cuando no haya habido tradición por no ser poseedor del transmitente.

Termina Espín su exposición con el siguiente párrafo: «Cree-mos, desde luego, que en nuestro sistema de transmisión de derechos reales es precisa la tradición como requisito previo a la inscripción, aunque la dificultad se obviará, porque la tradición, en la mayoría de los casos, resulta ya de la escritura pública que contiene el negocio jurídico de finalidad traslativa (tradición instrumental, según el artículo 1.462)». Por nuestra parte, entendemos, además de lo anteriormente expuesto en relación con los artículos 608 del Código y 1.º y 2.º de la Ley, que, si fuera necesaria la tradición para inscribir en el Registro, se podrían inscribir los títulos en que el transmitente fuese titular registral, pues la presunción de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en unión del juego del artículo 1.462 del Código, establecerían la presunción de que había habido tradición; pero no se podría inscribir ninguna escritura de inmatriculación, tal como ahora se presentan en los Registros,

(79) Todo esto en el supuesto de que la palabra «la» del párrafo segundo del artículo 1.473 del Código se refiera a la «propiedad», como cree SANZ; pero parece más lógico que se refiera a «la cosa» y en este sentido la interpreta el propio Espín en uno de los párrafos copiados anteriormente.

puesto que no hay tradición si no es poseedor el transmitente y el artículo 1.462 del Código civil no demuestra, ni hace presumir, que el transmitente era poseedor de la cosa objeto del acto o contrato que se pretenda inscribir.

El error de interpretación de Espín se debe, fundamentalmente, a que no tiene en cuenta, como hace la generalidad de los expositores, el artículo 608 del Código, que es el que regula las relaciones entre el propio Código y la Ley Hipotecaria.

UNA APLICACION DEL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL

Las resoluciones judiciales *que modifiquen* la capacidad civil de las personas, en cuanto a la libre disposición de sus bienes, son inscribibles en el Registro, conforme al número 4.º, del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. El artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior decía: «Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero.» El sentido de la Ley era bien claro, aunque no se entendiese así por los comentaristas: Una resolución judicial imponiendo la pena de interdicción civil no inscrita ni anotada en el Registro, no perjudicaba al que, ignorando la existencia de esa resolución, adquiría a título oneroso un derecho inscrito a nombre del interdicto e inscribía su título en el Registro. De igual forma, una resolución judicial declarando la prodigalidad, no perjudicaba al que, ignorando la existencia de esa resolución, adquiría a título oneroso un derecho inscrito a nombre del pródigo e inscribía su título en el Registro. El artículo 1.413 del Código civil, antes de la reforma de 24 de abril de 1958, facultaba al marido para enajenar a título oneroso los bienes de la sociedad legal de gananciales sin el consentimiento de la mujer. El artículo 1.433 facultaba a la mujer y al marido para solicitar la separación de bienes. El artículo 1.434 añadía que, acordada la separación de bienes, quedaba disuelta la sociedad legal de gananciales, y, en consecuencia, el marido ya no podía enajenar los bienes de la sociedad legal de gananciales. El artículo 1.437 añadía: «La demanda de separación y la sentencia firme en que se declare, se deberán anotar e inscribir respectiva-

mente en los Registros de la Propiedad que correspondía, si recayera sobre bienes inmuebles.» Lo que decía el artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior era que esa resolución judicial por la que quedaba el marido privado de la facultad de enajenar los bienes de la sociedad legal de gananciales a título oneroso no perjudicaba a tercero si esa resolución no estaba inscrita o anotada en el Registro. La disposición no podía ser más justa: la mujer que tan diligente había sido para pedir la separación de bienes, debía continuar siendo diligente para que la resolución se inscribiese o anotase en el Registro y los terceros que contratasen con el marido no se llamasen a engaño. Y la falta de diligencia de la mujer, que no pedía la inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad, se sancionaba en el artículo 23 de la Ley anterior, dejando sin efecto esa resolución judicial en cuanto a tercero, es decir, esa resolución judicial no perjudicaba al que adquiría a título oneroso alguno de los bienes inscritos a nombre del marido, sin tener conocimiento de la resolución judicial, e inscribía su título en el Registro. Es el mismo fundamento de todos los casos del número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en relación con el derogado artículo 23 de la Ley anterior; la persona que hubiese pedido y obtenido del Juez una resolución *modificando* la capacidad civil de una persona en cuanto a la libre disposición de sus bienes, estaba en la obligación de pedir su inscripción o anotación en el Registro para conocimiento de cuantas personas quisiesen contratar con la misma, y, si esa persona faltaba a su deber de hacer que la resolución judicial se inscribiera o anotara en el Registro, a la persona que adquiriese a título oneroso y de buena fe un derecho inscrito a nombre de la persona a que se refiere la resolución y le inscribía en el Registro no le perjudicaba esa resolución. Esto era lo que decía el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 23 de la Ley anterior, y la disposición no podía ser más justa, pues la incuria o mala fe del que obtuvo la resolución y no la llevó a inscribir o anotar al Registro, no debe pagarla quien ignoraba la existencia de esa resolución, por no estar inscrita o anotada en el Registro.

Pero no lo entendió así don JERÓNIMO GONZÁLEZ, quien llevado por su admiración al Derecho alemán, entendió que, puesto que en Derecho alemán no se inscriben las resoluciones judiciales que

modifiquen capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, tampoco deberían inscribirse en nuestro Derecho, y lo razonó de la siguiente forma:

«Dudosa se presenta en nuestro Derecho la aplicación de la *fides publica* registral a la capacidad del transferente. La Exposición de Motivos no es un modelo de corrección en este punto. 'Si la Ley no atendiera—dice—a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta.' Con este precedente, la doctrina se ha orientado en el sentido de otorgar a la capacidad la categoría de derecho real y considerar protegido al adquirente que se fía en las declaraciones incompletas del Registro. Nada más lejos de nuestra conciencia jurídica. Ni el Registro es órgano competente de publicidad en las cuestiones de estado civil, ni el que contrata con un incapaz puede alegar la ignorancia de la condición del mismo, ni los asientos que se hagan como consecuencia de las prescripciones de los artículos 2.º (número 4.º), y 15 y 42 (número 5) de la Ley Hipotecaria, son suficientes para dar a conocer las restricciones de la facultad de enajenar. Quien compra a un menor de veintitrés años en Aragón, creyendo que por ser mayor de veinte tiene plena capacidad civil, celebra un contrato nulo si el menor es castellano, aunque no constara en el Registro de la Propiedad ninguna referencia a la inscripción hecha en el Registro de vecindad civil, y no puede alegar el principio de publicidad hipotecaria en apoyo de su adquisición» (80). No hay duda de que el que contrata con un menor no puede alegar el principio de publicidad hipotecaria en defensa de su adquisición. Pero no se trata de eso. El artículo 23 de la Ley anterior, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, lo que decía es que las incapacidades *creadas* por resolución judicial no perjudicaban a tercero si esas resoluciones no estaban inscritas o anotadas en el Registro. La minoría de edad es una incapacidad natural, *no creada por resolución judicial*. Y aun cuando una resolución judicial puede declarar que una persona es menor de edad, no por eso crea la incapacidad, sino que ésta existía antes de la resolución judicial. El número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria se refiere *exclusivamente* a incapacidades creadas por resolución, en que lo

(80) *Estudios de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 386.

constitutivo de la incapacidad es la resolución judicial, y a esas incapacidades se refería exclusivamente el artículo 23 de la Ley anterior. Y añade: «Aplicando, por tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas» (81). No es exacto que, aplicando con todo rigor el artículo 23 de la Ley anterior, las incapacidades no puedan perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas. El artículo 23 se refería solamente a determinadas incapacidades, las del número 4.º del artículo 2.º de la Ley, que son las incapacidades *creadas* por resolución judicial. «Ningún autor discute en serio, continúa, si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción y su determinación legítima de los datos del asiento» (82). En este párrafo, don JERÓNIMO GONZÁLEZ sigue confundiendo y entremezclando las incapacidades naturales con las *creadas* por resolución judicial, sin darse cuenta de que el artículo 23 de la Ley anterior se refería exclusivamente a estas últimas. «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, añade, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada. Si a la inscripción se concediese tal fuerza que no pudiera ser cancelada por lo nulo del título, el árbitro de la propiedad sería el Registrador: todos los títulos para adquirir se reducirán a uno: el asiento en el Registro. ¿Quién entonces podría vivir seguro de su derecho? Un contrato de menores, sin autorización..., cuantas garantías ha acumulado la experiencia de cien generaciones, quedarían vanas e inútiles» (83). No hay duda que un asiento puede ser anulado porque sea nulo el título, por ejemplo, porque el transmitente sea menor de edad. Pero sigue en la misma confusión. La minoría de edad ni se crea por el Juez ni es inscribible, conforme al número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, en el Registro. Puede constar la minoría de edad y otras

(81) Lug. cit., pág. 489.

(82) Lug. cit., pág. 490.

(83) Lug. cit., pág. 490

causas modificativas de la capacidad civil, como el matrimonio, pero como circunstancias que se hacen constar para identificación de las personas y como elementos de calificación de los títulos posteriores; pero no se inscriben, especial y separadamente, más que las incapacidades *creadas* por resolución judicial, conforme al precepto citado. Y estas incapacidades *creadas* por resolución judicial e inscribibles, especial y separadamente, son exclusivamente las que no perjudicaban a terceros si no están inscritas o anotadas en el Registro. Con ello no se convierte en árbitro de la propiedad al Registro, ni se reducirían todos los títulos de adquirir el asiento del Registro. Se impedía, simplemente, que el adquirente de un derecho real quedase burlado por una resolución anterior que no conocía, ni podía conocer. Por otra parte, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria establece un principio general, que tenía su excepción en el número 4.º del artículo 2.º en relación con el artículo 23 de la Ley anterior.

Pero como don JERÓNIMO GONZÁLEZ era un gran admirador del Derecho alemán y éste admitía la inscripción de resoluciones judiciales de prohibición de disponer, sienta la siguiente doctrina: «Ante todo, se impone la separación de dos conceptos afines: capacidad y facultad dispositiva, el primero de los cuales hace referencia a potencias espirituales y el segundo a poderes patrimoniales... El amparo que necesita el incapaz pesa más en el Ordenamiento jurídico que los intereses del tráfico y la protección de la buena fe, por lo cual los acreedores que con ella hubieran procedido no pueden invocarla, aunque el Registro sea incompleto. En cambio, la mayoría de las veces puede ser subsanado el poder dispositivo deficiente por la falta de la mala fe en el tercer adquirente. De aquí la inutilidad de inscribir las unas y la conveniencia de inscribir las otras, sobre todo cuando nacen de circunstancias de escasa publicidad» (84). Dada la gran autoridad científica de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en la reforma de 8 de febrero de 1946 se aceptó su criterio y en sustitución del artículo 23 se redactó el 32 de la siguiente forma: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero.»

(84) Lug. cit., pág. 491

Con lo cual se suprimió el precepto del artículo 23 de la Ley anterior relativo a que las resoluciones judiciales que *modificasen* la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, que no estuvieran inscritas o anotadas en el Registro, no perjudicarían a tercero. Pero se mantuvo el efecto respecto a las resoluciones judiciales de prohibición de disponer al establecer que las prohibiciones de disponer o enajenar que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa, producirán efecto mediante su anotación preventiva. Y por eso hemos dicho en otra ocasión: «Y así quedó suprimido, después de ochenta y tres años de vigencia, un precepto tan importante de nuestra Ley Hipotecaria, como era el artículo 23 de la Ley anterior, en cuanto a los efectos de la inscripción de resoluciones judiciales que afectasen a la capacidad civil de las personas: sin ser comprendido por expositores y comentaristas, sin ser alegado por los litigantes, sin ser aplicado por los Tribunales, sin que el legislador se diera cuenta de lo que hacía y sin la menor protesta de nadie. ¡Triste destino el del artículo 23 de la Ley Hipotecaria anterior!» (85).

Roca impugna nuestro punto de vista en la siguiente forma: «Hermida encuentra a faltar la antigua redacción del artículo 32 (antes 23) de la Ley Hipotecaria... Como para dicho autor quien contrata con un incapaz es tercero respecto a la declaración judicial de incapacidad no *inscrita*, rechaza la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ de que el artículo 33 de la Ley Hipotecaria impide entonces que su inscripción produzca efecto alguno... Es de todo punto insostenible pretender que quien contrata con un declarado judicialmente incapaz sea *tercero* respecto a la declaración judicial de incapacidad no inscrita, pues es una verdad irrefutable que quien contrata con una persona, sea capaz o incapaz, es *parte* en el contrato, y, por tanto, si éste es nulo o, mejor dicho, anulable por ser el transmitente incapaz, declarado judicialmente o no, o concurrir un vicio en el consentimiento, entonces la nulidad del contrato enajenativo afecta al adquirente, puesto que es parte y no es tercero, y al no ser tercero, la Ley Hipotecaria no le protege respecto a dicha nulidad por más que se deba a una

(85) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, pág. 448.

incapacidad del transmitente declarada en resolución judicial no inscrita, pues esto es indiferente» (86). Tenemos que disentir de la opinión de Roca, que no es más que la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que ya hemos impugnado anteriormente. El que adquiría del incapaz e inscribía en el Registro era tercero respecto a la resolución judicial *creando* una incapacidad, *porque así lo disponía el artículo 23 de la Ley anterior*. El artículo a este respecto era clarísimo, y el propio don JERÓNIMO GONZÁLEZ así lo reconoce en los párrafos anteriormente copiados. Y era el propio artículo 23 el que decía que esas resoluciones *creando* una incapacidad no perjudicaban a tercero si no estaban inscritas o anotadas. No hay duda de que el que contrataba con un incapaz era parte en el contrato nulo por falta de capacidad del transmitente; pero si el contrato se inscribía sin que estuviera inscrita o anotada la resolución judicial creando la incapacidad, *el artículo 23 decía que esa incapacidad no le perjudicaba*, y, por tanto, adquiría el derecho real, una vez inscrito su título, como si la resolución judicial no existiera. Eso era lo que decía el artículo 23 de la Ley anterior, en relación con las incapacidades *creadas* por resolución judicial, lo cual era muy justo. Era un precepto claro y terminante de la Ley y contra él no caben razonamientos. Por otra parte, si un Juez dicta, dentro de su competencia, una resolución estableciendo una prohibición de enajenar, los actos de enajenación que se hagan contraviniendo esa prohibición, son también nulos, pero el artículo 26 de la Ley Hipotecaria, don JERÓNIMO GONZÁLEZ y el propio Roca, admiten que son válidos si no estaba anotada en el Registro esa resolución judicial. Y es que el propio artículo 4 del Código civil, al ordenar que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, añade que «salvo en los casos en que la misma Ley ordene su validez.» Y esto era lo que hacía el artículo 23 de la Ley anterior, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, ordenaba la validez de los actos otorgados por un incapaz cuando la incapacidad hubiese sido *creada* por una resolución judicial y no se hubiera inscrito o anotado. No es, por tanto, exacto, como cree Roca, que si el contrato es nulo o anulable por ser el transmitente incapaz o concurrir un vicio en el consen-

(86) *Derecho Hipotecario*, 5.ª edición, tomo III, págs. 336 y sigs.

timiento, la nulidad del contrato enajenativo afecte en todo caso al adquirente. Ese efecto se produce en las incapacidades naturales y en los vicios del consentimiento, pero no se producía en las incapacidades *creadas* por resolución judicial, si no estaban inscritas o anotadas, *por disponerlo así el artículo 23 de la Ley anterior*, en relación con el número 4.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. Que don JERÓNIMO GONZÁLEZ confundiera las incapacidades naturales con las creadas por resolución judicial, no es motivo para que sigamos confundiéndolas y no veamos la verdad (87).

LA OPINION DE NUÑEZ LAGOS ACERCA DE LOS DOS TERCEROS HIPOTECARIOS

Se ha mantenido por gran número de comentaristas: primero por NUÑEZ LAGOS (88) y últimamente por TIRSO CARRETERO (89), la opinión de que en nuestro Derecho hipotecario existen dos tercetos, el del artículo 32 y el del 34 de la Ley. El primero se refiere a títulos contradictorios del inscrito y el segundo a causas de nulidad o resolución existente en la adquisición del transmitente sin la existencia de título contradictorio del inscrito. Hasta aquí la doctrina parece lógica. Pero de esta posible distinción sacan algunos la consecuencia de que el tercero del artículo 32 no necesita, para tener la plena protección registral, ni haber adquirido del titular anterior, ni tener buena fe, ni ser la adquisición a título oneroso, fundándose en que el artículo 32 no exige expresamente esos requisitos. A nuestro modesto entender, nada más equivocado que esa doctrina.

ROCA SASTRE la impugna (90) con argumentos que aceptamos íntegramente y que resumimos a continuación:

A) El precepto básico del principio de fe pública registral lo constituye el artículo 34, por lo que el artículo 32 rige en función de

(87) Sobre la inscripción de resoluciones judiciales que afecten a la capacidad civil de las personas, en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pueden verse nuestros trabajos en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, pág. 20, y 1955, págs. 2 y sigs.

(88) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 218 y sigs.

(89) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 87.

(90) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, págs. 791 y sigs.

aqué. El artículo 34 regula con carácter general los efectos de la inexactitud registral respecto al adquirente, y el artículo 32 es sólo uno de los varios supuestos de posible inexactitud del contenido del Registro. El artículo 34 dice: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca **con facultad para transmitirlo, será mantenido en su adquisición cuando haya inexactitud del Registro.**» Estas últimas palabras son del párrafo 2.º del propio artículo 34, lo que demuestra que su alcance es proteger al adquirente de toda inexactitud registral anterior. Los demás artículos que regulan la fe pública registral, y especialmente los artículos 32, 13, 15, 76, 144, 37, 31, 220 y, sobre todo, el 40 de la Ley, no hacen más que desenvolver el principio general del artículo 34. El supuesto del caso a) del artículo 40 de la Ley es casi idéntico al del artículo 32, pues «prevé el supuesto de inexactitud registral proveniente» de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, inexactitud ésta que, según el propio artículo, se rectifica «por la toma de razón del título correspondiente, *si hubiera lugar a ello*», pues el propio artículo, en su último párrafo, dispone que «*en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.*»

B) «El legislador, dada la multitud de preceptos destinados a la fe pública registral, al proclamar ésta en su artículo 34, consideró que estaría falto de elegancia normativa hacer que en los artículos 32, 31 y 37 y demás concordatos de la Ley se repitieran los mismos términos de este precepto en cuanto hacen referencia a los requisitos que el artículo 34, 1, exige para que el tercero resulte protegido, y, por tanto, por economía legislativa, generalmente se omiten, aunque no siempre todos, omisión que precisamente en el artículo 32 es absoluta, lo que le convierte en el más inexpresivo en este orden, hasta el extremo de silenciar incluso el requisito de haber *inscrito* el tercero su título o adquisición.»

C) El fin del Registro es la protección del tráfico inmobiliario, y por ello, cuando hay una inexactitud registral, la Ley mantiene el contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente, y exi-

ge los mismos requisitos para su protección, cualquiera que sea el supuesto de esa inexactitud. La prueba más terminante de esta doctrina está en el artículo 40 de la Ley, que, ante las diversas causas de inexactitud que pueden ocurrir, exige los mismos requisitos para la protección del adquirente, hasta el punto de que puede considerársele como «el precepto clave que desvanece toda duda» en este particular. Parece evidente que tiene razón Roca, pues el caso a) del artículo 40 en relación con el párrafo final del mismo es como si dijera lo siguiente: «Si no hubiera tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, o, lo que es lo mismo, algún título del dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, su inscripción, caso de que pueda hacerse, no perjudicará a los derechos adquiridos con anterioridad por tercero a título oneroso de buena fe». Es exactamente lo mismo que lo que dice el artículo 32, pero exigiendo los requisitos de título oneroso y buena fe, y partiendo del supuesto de la existencia de la inscripción anterior, que son los requisitos que establece el artículo 34 de la Ley.

Confirmando la argumentación de Roca, podemos añadir lo siguiente:

Para comprobar si el tercero del artículo 32 es distinto del tercero del artículo 34, lo primero que habrá que hacer es interpretar acertadamente esos artículos.

El artículo 34 se refiere a causas de nulidad o resolución del derecho del transmitente. La palabra «anular» no se puede tomar como aplicable sólo a los casos de anulabilidad, sino también a todos los casos de nulidad absoluta en la adquisición del transmitente. Ese artículo se refiere a un «tercero que adquiera algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo». Sólo el dueño, o su representante legal o voluntario, tiene facultades para transmitirlo. El titular registral de un derecho tiene a su favor la presunción del artículo 38 de la Ley, de que el derecho inscrito a su nombre le pertenece, y es, por tanto, la persona que en el Registro aparece con facultades para transmitirlo. Pero la presunción del artículo 38 es una presunción *juris tantum*, y puede darse el caso de que el derecho inscrito a su nombre no le pertenezca y no tenga «facultades para transmitir-

lo», o perteneciéndole y teniendo «facultades para transmitirlo», deje de tenerlas posteriormente. Lo que dice el artículo 34, a nuestro modesto entender, es 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, una vez que haya inscrito su derecho», aunque después resulte que el titular registral no era dueño del derecho real o que lo ha perdido por causas que no consten en el Registro. Lo mismo que la palabra «anulen» no se puede referir sólo a los casos de anulabilidad, sino también a los de nulidad absoluta o inexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente; de igual forma las palabras «anulen» y «resuelvan» no deben interpretarse en un sentido estricto, sino general. La recta interpretación de este artículo es como si dijese: «El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después *resulte que la persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo, carecía de esas facultades o que las pierda* por causas que no consten en el mismo Registro.» Esta redacción hubiera sido gramaticalmente muy imperfecta, pues la gran riqueza de nuestro idioma nos permite expresar las mismas ideas sin repetir idénticas palabras. Pero lo que dice el artículo 34 es eso: que, si un tercero adquiriera algún derecho de quien le tenga inscrito a su nombre, una vez que haya inscrito su título, será mantenido en su adquisición, aunque después resulte que el titular registral no era el dueño del derecho inscrito a su nombre o que la pierda por causas que no consten en el mismo Registro. Los artículos 38 y 34 están intimamente relacionados y hay que interpretarlos el uno por el otro. La presunción del artículo 38 es una presunción *juris tantum*; pero se convierte en presunción *juris et de jure* en beneficio del adquirente, a título oneroso y de buena fe, que inscribe en el Registro. La presunción establecida en el artículo 38 sólo se puede destruir en perjuicio del tercero del artículo 34 por causas que consten en el propio Registro. El artículo 34 hay, por tanto, que interpretarlo en toda la amplitud del artículo 38, es decir, que se refiere a todos los casos en que el

titular registral no es dueño o deja de serlo posteriormente, si las causas porque no era dueño o dejó de serlo posteriormente no constaban en el Registro. Y no sólo comprende los casos en que el titular registral no sea dueño o deje de serlo, sino también todos los casos en que el derecho del transmitente sufra una limitación por causas que no consten en el Registro. La palabra «resuelva» no sólo comprende el caso de que en la adquisición del transmitente exista una condición resolutoria que no conste en el Registro, sino también los casos en que el titular registral ha dejado de ser dueño, o ha dejado de serlo con la amplitud que consta en el Registro, por actos del propio titular registral. Así, por ejemplo, en el caso de doble venta cuando la primera no ha sido inscrita, el titular registral, una vez hecha la tradición real o fingida, no tiene facultades para transmitir la finca inscrita a su nombre; pero el segundo comprador de buena fe, que inscribe en el Registro, debe ser mantenido en su adquisición, porque la causa de la falta de facultades del transmitente para venderla no constaba en el Registro.

Creemos que ésta es la verdadera interpretación del artículo 34; pero, si alguna duda hubiera, la aclara suficientemente la Exposición de Motivos de la Ley de 1944: «La presunción legitimadora sería insuficiente, dice, para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata, de buena fe, *apoyándose en el Registro*, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles... Los asientos registrales se presumen exactos e íntegros, y al tercero, a título oneroso, sólo le afectan las cargas y condiciones que consten en el Registro.»

Por otra parte, también el artículo 32 requiere una acertada interpretación para determinar si el tercero de ese artículo es el mismo del artículo 34. Los defensores de la tesis dualista se atienen al sentido literal del artículo 32, que no dice que se precise título oneroso, buena fe y adquirir el derecho del anterior titular registral. Pero si nos atenemos a la letra de ese artículo, habrá que estar a ella totalmente. No dice ese artículo que el tercero ha de haber inscrito su título. Por tanto, los títulos de dominio u otros derechos reales que no estén inscritos en el Registro no deben perjudicar a ningún tercero ni hipotecario, ni civil. Según esto, en el

caso del párrafo tercero del artículo 1.473 del Código civil el comprador que sea el primero en la posesión no puede ser preferido a los que sean segundos o posteriores en la posesión, porque de lo contrario, el título no inscrito perjudicaría a tercero. Los únicos títulos que podrían perjudicar a un tercero civil serían los inscritos, y, por tanto, no habría más derechos reales que los inscritos. Fácilmente se comprende que no puede ser ésa la interpretación acertada del artículo 32. Habrá que aceptar que el tercero del artículo 32 tiene que ser un tercero inscrito, como si el artículo 32 dijese: Los títulos de dominio y otros derechos reales, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero «inscrito». Pero si para la recta interpretación del artículo 32 hay que añadir al artículo alguna palabra, no es ésa la acertada, sino la de «hipotecario». Y así el artículo 32 debe interpretarse como si dijese: Los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero «hipotecario». El artículo 32 está dentro de la Ley Hipotecaria y debe referirse al tercero de la Ley. Por tercero hipotecario se entendió casi unánimemente antes de la reforma de 1944 el tercero que reunía los cuatro requisitos, de adquirir del titular registral, a título oneroso, de buena fe e inscribía su título. Por eso el legislador de 1944 no se creyó en necesidad de aclararlo más, porque ese tercero no podía ser otro que el tercero hipotecario, es decir, el que reuniese los cuatro requisitos aludidos. La propia Exposición de Motivos no deja lugar a dudas: «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. A los efectos de la *fides publica*, no se entenderá por *tercero* el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente: es decir, *el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa*» (91) (92).

(91) En el mismo sentido se expresa Cossío (*Lecciones de Derecho Hipotecario*, pág. 130).

(92) Después de hecho este trabajo se han publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (págs. 363, 379 y sigs. de 1966) dos estudios, uno de VILLARES PICO y otro de MANUEL GÓMEZ Y GÓMEZ, defendiendo la opinión de TÍRSO CARRETERO. Es de observar que, a pesar de las numerosas referencias históricas que se hacen en ambos trabajos, no se alude en ninguno de ellos a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, tan clara y terminante en cuanto

LA OPINION QUE NOS ATRIBUYE ROCA RESPECTO A LOS DOS TERCEROS HIPOTECARIOS

En relación con esta materia, ROCA SASTRE nos atribuye la siguiente opinión: «HERMIDA entiende también que la inscripción ha venido a sustituir a la tradición, y en este sentido estima que el tercero del artículo 32 sólo necesita haber inscrito su título adquisitivo» (93). Es bien extraño cómo Roca ha podido atribuirnos esas opiniones, pues ni hemos entendido nunca que la inscripción haya venido a sustituir a la tradición, ni menos que el tercero del artículo 32 sólo necesite haber inscrito su título adquisitivo para gozar de la plena protección registral. No es que demos importancia a una cita equivocada, pero puntualizaremos cuál era y es nuestro pensamiento sobre estas materias para intentar una más acertada comprensión de nuestro Derecho positivo.

En la página que cita Roca nos limitábamos a impugnar la opinión de NÚÑEZ LAGOS, que había afirmado que en Derecho español no hay directamente adquisición *a non domino* por efecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria; y nuestros argumentos fueron recogidos y citados por el propio Roca en su última edición del Derecho Hipotecario (94). No aludíamos para nada en esa página a si la inscripción ha sustituido o no a la tradición, ni menos a si el tercero del artículo 32 sólo necesita la inscripción para la plena protección registral.

Respecto a si la inscripción sustituye o no a la tradición, hacíamos nuestra la opinión de RAMÓN DE LA RICA ARENAL, de quien copiábamos, entre otros, los siguientes párrafos: «El sistema de tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y el modo, es incompatible con el sistema de Registro público. Si el derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la

a los requisitos que ha de reunir el tercero hipotecario. Podrá disentirse de su doctrina, pero merece, sin duda, los honores de una impugnación. Para nosotros, mientras no se demuestre lo contrario, la Exposición de Motivos constituye la base de la recta interpretación de la Ley.

(93) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. 1965, pág. 787.

(94) *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 583.

tradición... La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición; simplemente la ignora» (95).

Aún más terminante era nuestra opinión respecto al problema de si el tercero del artículo 32 sólo necesita haber inscrito su título adquisitivo para gozar de la plena protección registral, pues en el mismo trabajo citado por Roca, comentando la opinión de CASTÁN, decíamos: «Es evidente que la Ley Hipotecaria no intentó dar al traste con la tradición. Lo que intentó e hizo fue introducir un sistema nuevo, superponiéndole al antiguo y dándole una categoría superior. Carece totalmente de valor el argumento de que, conforme el artículo 315 de la Ley (anterior), el titular no inscrito, que ha obtenido la tradición, puede obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación del asiento. Efectivamente, hay casos en que se puede obtener esa declaración y consiguiente cancelación de algún asiento. En las inscripciones primeras o de inmatriculación, siempre, puesto que en ellas no juega el principio de publicidad (96), y en las segundas y posteriores cuando no entre en juego ese principio por ser una adquisición a título lucrativo o demostrarse la mala fe del adquirente. Sólo en estos casos puede obtenerse la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de un asiento en favor del titular no inscrito que obtuvo la tradición... No rige, por tanto, íntegramente la doctrina de la tradición, sino únicamente cuando no entra en juego el principio de publicidad (o fe pública registral), pues este principio tiene una categoría superior y preferente a aquélla» (97). Y en otro lugar del mismo trabajo añadíamos: «Las inscripciones primeras o de inmatriculación no pueden estar protegidas por el principio de publicidad. A su vez, los adquirentes a título lucrativo no gozan de más protección registral que la que tuviera su causante o transferente.. Por otra parte, es necesaria la buena fe en el adquirente... Por consiguiente, se adquiere por el principio de publicidad

(95) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, págs. 726 y 727.

(96) En una nota decimos lo siguiente: «Llamamos principio de publicidad a lo que otros llaman principio de fe pública. Estimamos más conveniente la primera denominación, pues la expresión de fe pública tiene más adecuado uso y más general empleo en la función notarial» (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 652).

(97) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. 1951, págs. 655 y 656.

cuando se inscribe en el Registro, si la adquisición es, a título oneroso y de buena fe, del titular según el Registro» (98).

Y en otro trabajo publicado en la misma REVISTA decíamos: «En las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, una vez transcurridos los dos años desde la fecha de la inmatriculación, el Registro crea la realidad jurídica. El inmatriculante podrá no ser dueño, pero en esas inscripciones segundas y posteriores el derecho real surgirá *ex nihilo* por la sola fuerza creadora del Registro. Ni el título ni la tradición pueden crear *ex nihilo* un solo derecho real sobre inmuebles. Se limitan a cambiar de titular al derecho previamente existente en el transmitente y, si éste no era dueño, nada adquiere el adquirente. En las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, es indiferente que el titular anterior sea o no dueño, pues la sola fuerza del Registro crea el derecho real..... a eso se reduce en esencia toda la parte sustantiva de nuestro Derecho hipotecario: A efectos estáticos, el titular tiene a su favor una presunción *juris tantum* de pertenencia del derecho inscrito a su nombre; y a efectos dinámicos o del cambio de la situación jurídica del derecho real inscrito, una vez transcurridos los dos años de suspensión de efectos de las inscripciones de inmatriculación, el Registro establece una presunción *juris et de jure* de exactitud a favor del adquirente a título oneroso y de buena fe que se acoge al sistema de Registro. Esta doctrina es de una claridad y sencillez admirables, y por eso resulta extraño que se haya entendido tan mal y se haya expuesto tan confusamente» (99).

LA OPINION DE TIRSO CARRETERO EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA FUNCION NOTARIAL

TIRSO CARRETERO, buscando en su último trabajo un fin muy plausible, como es el de dar mayor eficacia a la inscripción en el Registro, parte de una premisa extremadamente pesimista: «Nuestra doctrina—dice—pretende mantener un precepto inútil, el del

(98) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 729.

(99) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1953, págs. 30, 31 y 32.

artículo 32, en una Ley Hipotecaria inútil que permita postergar un título inscrito a otro en documento privado o verbal» (100). Y añade: «Inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material» (101). Buena prueba de ese pesimismo es el siguiente párrafo que nos hace el honor de dedicarnos: «Es uno de los autores—dice refiriéndose a nosotros—que más sustancia transmisiva dan a la inscripción; pero... la construcción de HERMIDA, en síntesis, es la de considerar constitutivas las inscripciones amparadas en el principio de publicidad y no constitutivas las no amparadas en él. Y como sólo están amparadas en el principio de publicidad las derivadas de una inscripción previa del transferente, de título oneroso y de buena fe, toda la tesis de HERMIDA se desvía del principio de inoponibilidad latino y de inscripción germánica, al principio de fe pública, y no tiene ninguna consecuencia práctica que no consiga la doctrina dominante con su tesis de la adquisición *a non domino* del tercero protegido por el artículo 34» (102). Nosotros no dijimos exactamente que sean constitutivas las inscripciones amparadas en el principio de publicidad o fe pública registral y no constitutivas las no amparadas en ese principio; sino que lo que decíamos era que hay dos categorías de formas de adquirir, la tradición y la inscripción en el Registro al amparo del principio de publicidad o fe pública registral, siendo la inscripción amparada en ese principio una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que cuando se enfrentan la tradición con la inscripción amparada en ese principio triunfa siempre ésta.

Dice TIRSO CARRETERO que nuestra tesis «no tiene ninguna consecuencia práctica que no consiga la doctrina dominante con su tesis de la adquisición *a non domino*, del tercero protegido por el artículo 34». Pero entre ambas tesis hay la diferencia de que nuestra teoría es una tesis acertada y la otra es una teoría errónea. En nuestro Derecho Hipotecario se dan las adquisiciones *a non domino*, pero la doctrina general no se puede construir sobre ellas.

(100) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 132.

(101) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 136.

(102) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965 pág. 109.

Salta a la vista que, cuando se adquiere una cosa gravada sin que el gravamen conste en el Registro, se adquiere del verdadero dueño; y cuando se adquiere un derecho sujeto a condición resolutoria, que no conste en el Registro, tampoco se adquiere *a non domino*, y no se puede aplicar a estos casos la teoría de la adquisición *a non domino*, ni forzando la argumentación. LACRUZ intenta completar la teoría de la adquisición *a non domino* diciendo que «cuando hablo de adquisiciones *a non domino* entiendo referirme igualmente, salvo cuando del sentido del texto se derive lo contrario, a las adquisiciones *a domino* de derechos anulables, resolubles, etc.» (103). Claramente reconoce que es aplicar la teoría de las adquisiciones *a non domino* a situaciones jurídicas que nada tienen de adquisiciones *a non domino*. Y la breve enumeración que hace es muy incompleta, por lo que ese «etcétera» comprende muchas situaciones jurídicas que ni son adquisiciones *a non domino*, ni derechos anulables ni resolubles. Y es que la tesis de la adquisición *a non domino* es la doctrina dominante, pero no la doctrina acertada sobre nuestro Derecho hipotecario. No hay duda de que puede darse el caso de que el que adquiera al amparo de la fe pública registral adquiera *a non domino*, pero la esencia del Registro de la Propiedad no es ésa, sino garantizar al adquirente de que pueda adquirir el derecho real de quien a todos los efectos legales se presume que es el verdadero dueño y en las condiciones jurídicas que constan en el propio Registro. Es decir, que en nuestro Derecho hay dos formas de adquirir la propiedad inmueble, que son la tradición y la inscripción en el Registro al amparo de la fe pública registral. En la primera se adquiere de un titular que no se sabe si es o no el verdadero propietario y en unas condiciones jurídicas que el adquirente ignora totalmente, puesto que le perjudican todas las causas de nulidad o resolución existentes en la adquisición del transmitente y todos los títulos de enajenación o gravamen otorgados por los anteriores titulares de la misma finca o derecho. Por el contrario, en las adquisiciones al amparo de la fe pública registral la presunción de que se adquiere del verdadero propietario 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, es decir, que se adquiere en las circunstancias jurídicas que constan en el propio Registro. Y ésta es la esencia de nuestro Derecho hipotecario, que el que adquiere al amparo de la fe pública registral adquiere en las circunstancias jurídicas que constan en el Registro. Por eso son dos formas de adquirir distintas, y, al mismo tiempo, dos categorías de formas de adquirir, porque, si se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre ésta, sin excepción alguna.

Además, basar la doctrina general de nuestro Derecho hipotecario en las adquisiciones *a non domino*, como hace la generalidad de los comentaristas, tiene otros graves inconvenientes. En primer lugar, se parte del supuesto de que es fácil saber cuándo se adquiere *a non domino* y cuándo se adquiere *a vero domino*, y la realidad es que eso no se puede saber con seguridad nunca, y la seguridad de la adquisición del derecho real sólo la da la inscripción al amparo de la fe pública registral. El Registro de la Propiedad se creó y existe para tener la seguridad de adquirir del verdadero dueño y las adquisiciones *a non domino* no son más que una posibilidad accidental de que el titular registral no sea el verdadero dueño, y entonces la Ley asegura la adquisición como si el titular inscrito fuera el dueño verdadero. Pero el Registro no se creó para poder adquirir los derechos reales *a non domino*, sino para saber quien es el verdadero dueño y poder adquirir de él el derecho real con toda seguridad. Además, si el transmitente no es poseedor, aunque sea dueño, la adquisición del derecho real no se realiza hasta la inscripción en el Registro al amparo de la fe pública registral, por falta de tradición anterior (adquisiciones *a non possidente*). Y si el acto o contrato inscrito está sujeto a plazo o condición suspensivas, la adquisición del derecho real no se verifica hasta la inscripción al amparo de la fe pública registral. Por consiguiente, el fin del Registro es dar la seguridad al adquirente al amparo de la fe pública registral, de adquirir el derecho real, aunque el transmitente no sea dueño, o aunque no haya habido tradición, bien por no ser poseedor del transmitente, bien por estar el acto o contrato inscrito sujeto a plazo o condición suspensivos, y de adquirirlo en las condiciones jurídicas que consten en el Registro, no perjudicándole ni los derechos reales o cargas no ins-

ciitas (art. 13 de la Ley Hipotecaria), ni las causas de nulidad o resolución existentes en la adquisición del transmitente (art. 34 de la Ley Hipotecaria), que no consten en el Registro, ni las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, salvo el retracto legal, que no consten en el Registro (art. 37 de la Ley Hipotecaria). Centrar la parte sustantiva de nuestro Derecho hipotecario en las adquisiciones *a non domino* es incurrir, por tanto, en un error gravísimo. Esa doctrina podrá ser la acertada en Derecho francés o italiano, pero no en el español (104).

Ya sabemos que hay ilustres juristas que no admiten que mediante la inscripción pueda adquirirse el derecho real, ni siquiera en las inscripciones amparadas en la fe pública registral, por entender que la adquisición se realiza por la tradición, que, según dichos autores, tiene que preceder necesariamente a la inscripción en el Registro; pero su gravísimo error se debe, en nuestra modesta opinión, a que olvidan que el artículo 608 del Código civil dice que «para determinar los títulos sujetos a inscripción y anotación y los efectos de las mismas se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»; y no dudamos de que, al fin, triunfará la recta interpretación de ese artículo, por lo demás tan claro y terminante.

Por otra parte, con la doctrina dominante de la adquisición *a non domino*, así como con la doctrina de las inscripciones constitutivas, que TIRSO CARRETERO nos atribuye, nuestra doctrina general sobre el Derecho hipotecario es bastante confusa, hasta el punto de que el propio TIRSO CARRETERO dice, con su reiterado pesimismo, que «estamos todos esperando saber cómo es nuestro sistema» (105); mientras que con la teoría de las dos categorías

(104) Además del gran error científico que supone el centrar la parte sustantiva de nuestro Derecho hipotecario en las adquisiciones *a non domino*, esa doctrina tiene otro grave inconveniente puesto de relieve por MANUEL GÓMEZ y GÓMEZ en reciente trabajo (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1966, págs. 391) de la siguiente forma: «Casi no hemos visto en la mecánica registral más que el resultado de la protección de los terceros frente a anteriores derechos legítimos, que quedarían abandonados e inermes, lo que indudablemente deja sentir cierto tuillo de fraude e inmoralidad, que puede predisponer a las almas nobles en contra de la institución». A esa idea responde el símil del *burladero*, que reiteradamente se ha aplicado al Registro de la Propiedad y que es lo más opuesto a la verdadera esencia del mismo, puesto que el fin del Registro no es burlar a nadie, sino evitar por medio de la publicidad que nadie se burle de otra persona, es decir, que el fin del Registro es evitar las burlas y los burladeros, que con tanta frecuencia se producen en régimen de clandestinidad.

(105) Lug. cit., pág. 110.

de formas de adquirir, la tradición y la inscripción al amparo de la fe pública registral, la doctrina general sobre nuestro Derecho hipotecario es tan sencilla y clara que la puede entender un estudiante de los primeros cursos de Bachillerato.

En nuestro Derecho rige, también, el principio de inoponibilidad, no en la forma que en el Derecho francés, pero sí en forma más racional que en aquél, por virtud del juego del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en las inscripciones segundas y posteriores a título oneroso y de buena fe. De los cuatro requisitos que en nuestro Derecho se necesitan para gozar de la protección registral, uno es común a todos los sistemas de Registro público, que es la inscripción en el Registro. De los otros tres, el requisito verdaderamente importante es el de la previa inscripción a favor del transmitente. Pero ¿es que sería conveniente que gozasen de los beneficios del principio de inoponibilidad las inscripciones de inmatriculación? En principio, y por la misma esencia del dominio, la facultad de disposición sólo puede pertenecer al dueño de la cosa. El Derecho romano no admitió más forma de transmitir el dominio y los demás derechos reales que la voluntad del dueño o la prescripción. Como ha puesto de relieve NÚÑEZ LAGOS (106), se empiezan a admitir en la Edad Media las adquisiciones *a non domino* para favorecer las ferias y mercados dando seguridad a los compradores en las mismas. Es la misma razón de las adquisiciones *a non domino* en los sistemas de publicidad registral: garantizar al adquirente contra enajenaciones o gravámenes ocultos. Y para conseguir esa seguridad en el adquirente se priva al dueño anterior de su propiedad sin su consentimiento y sin indemnización. Es una expropiación forzosa sin indemnización. Esa expropiación sin indemnización sólo puede hacerse cuando lo requiera la seguridad del tráfico mobiliario o inmobiliario o en circunstancias muy calificadas. En los bienes muebles, esa expropiación forzosa sin indemnización se da siempre en circunstancias plenamente justificadas, como son las cosas compradas en venta pública, las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, y las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido (art. 464 del Código civil). Y en los bienes inmuebles, ¿qué menos se puede exi-

(106) *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, págs. 45 y 47.

gir que el derecho esté previamente inscrito a favor del transmitente, que haya pasado cierto tiempo desde la inscripción de inmatriculación y que el adquirente protegido contra el verdadero dueño haya obrado de buena fe? El requisito de la onerosidad es mucho menos importante. En el sistema latino no se ha podido exigir el requisito de la inscripción previa a favor del transmitente porque no había tracto sucesivo y no existía nunca la inscripción a favor del transmitente; pero, en cuanto el Derecho italiano ha establecido el Registro por fincas y el tracto sucesivo, ha privado a las inscripciones primeras de los efectos de la inoponibilidad, a juzgar por lo que dice el propio TIRSO CARRETERO (107). Es más, entendemos que sería mucho más lógico que se prescindiera de los requisitos de la inscripción a favor del transmitente y la buena fe en Derecho alemán que en los sistemas latinos, puesto que en el primero la inscripción constitutiva impide prácticamente que existan adquisiciones contradictorias, mientras que en los latinos las adquisiciones se hacen por simple contrato o por la tradición y las adquisiciones contradictorias pueden surgir constantemente. Por eso los referidos requisitos se empiezan a imponer en las naciones latinas.

Además, la protección que el Derecho francés concede al tercero mediante la inscripción es muy imperfecta. No la negamos eficacia. La tiene, y grande, puesto que priva de valor a los documentos no inscritos que estén en contradicción con el inscrito (108); e incluso su eficacia es excesiva, puesto que no hay la limitación de las inscripciones de inmatriculación, ni la suspensión de efectos durante dos años de las mismas, e incluso no se exigía ni siquiera la buena fe (109). Pero no concede una garantía completa, como el Derecho alemán o el español. En nuestro Derecho en las inscripciones segundas y posteriores, a título oneroso y de buena fe, una vez transcurridos los dos años de suspensión de efectos de algunas inscripciones de inmatriculación, el adquirente tiene la seguridad de adquirir el derecho real y de adquirirle en las condiciones jurídicas que consten en el propio Registro. Ese

(107) Lug. cit., pág. 135.

(108) *El Sistema Registral Francés*, de MANUEL PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1963, págs. 767 y sigs.

(109) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, lug. cit., pág. 771.

efecto, tan importante, no se produce en el Derecho francés (110) y tampoco se conoció en el Derecho antiguo.

TIRSO CARRETERO dice, citando a COLONI, lo siguiente: a) «No hay solución de continuidad entre las formas antiguas y las modernas de publicidad». b) «El fin de la publicidad es siempre el mismo: conseguir una titularidad, dentro de ciertos límites, cierta y notoria en cuanto a los derechos reales, a fin de tenerles enterados a los terceros que tengan interés en ello, garantizándolos de alteraciones ocultas en la consistencia de tales derechos» c) «Los efectos esenciales de la publicidad son casi idénticos después del transcurso de dos mil años.» No dudamos de la autoridad científica de COLONI, pero, a pesar de ello, nos permitimos disentir de su opinión. No hay duda de que el fin de la publicidad ha sido siempre garantizar a los terceros adquirentes de alteraciones ocultas en los derechos reales. Pero los efectos legales de esa publicidad han sido muy distintos los antiguos de los modernos. Hasta hace muy poco no se pensó que el mejor medio para garantizar a los terceros adquirentes contra alteraciones ocultas de los derechos reales era llevar un libro en que en cada hoja se llevase la historia de una finca (folio real), de tal forma que la adquisición del derecho real no se produjese hasta que se anotase en dicho libro y hoja (inscripción constitutiva), por lo que bastaría examinar esa hoja para saber de quién era la finca y el estado jurídico de la misma; pero, como había que admitir algunas transmisiones que se producirían sin la anotación en el referido libro, principalmente las hereditarias, se sentó otro precepto, que a efectos del adquirente no tenía valor alguno más que lo que apareciese del propio Registro (principio de fe pública). Esta es la solución a que se llegó en el Derecho alemán. En el español se llegó a una solución más espiritualizada. Se permitió que se siguieran adquiriendo todos los derechos reales, menos la hipoteca, como hasta entonces, es decir, por la tradición más o menos fingida; pero se estableció que, a efectos del adquirente, a título oneroso y de buena fe, que inscribe su título en el Registro, no hay más dueño del derecho real que el que consta en las inscripciones anteriores, y adquiere el derecho real en las circunstancias jurídicas que constan en el propio Regis-

(110) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *lug. cit.*, pág. 768.

tro. Estos efectos no se produjeron nunca en el Derecho antiguo, ni los conoce el Derecho francés (111) ni el portugués (112). Luego no es exacta la afirmación de COLONI de que «los efectos esenciales de la publicidad son casi idénticos después del transcurso de dos mil años».

Y no puede ser de otra forma en un sistema de Registro como el portugués, que admite la inscripción de los documentos privados, aunque sean legalizados por Notario (113). Para que el legislador pueda conceder a la inscripción los radicales efectos de la fe pública registral, es necesario que los documentos inscribibles estén autorizados por funcionario técnico que juzgue *de visu* y técnicamente la capacidad de los otorgantes y responda de su identidad. Sólo así puede darse a la inscripción tan importantes efectos como los del principio de fe pública registral. Claro está que si se admitiesen a inscripción los documentos privados entrarían en régimen de publicidad muchos documentos que hoy viven clandestinamente; pero tiene que ser, necesariamente, privando a la inscripción de su principal efecto y retrocediendo técnica y prácticamente a un sistema muy similar a la antigua Contaduría de Hipotecas.

Aún es peor, si cabe, el sistema francés, que, siendo ahora necesaria la escritura pública para los actos sujetos a inscripción (114), se priva al adquirente, por una defectuosa organización del Registro de la Propiedad, del principal efecto que la escritura pública debe producir, como es la adquisición del derecho real al amparo del radical efecto del principio de fe pública registral. Por ello estimamos que están íntimamente unidas la fe pública registral y la función notarial. No es que creamos que los efectos del principio de legitimación se puedan conceder a los documentos privados, pues no se debe conceder ese efecto a documentos que carecen de toda garantía de legalidad y autenticidad; pero el principio de legitimación es incomparablemente menos importante que el de fe pública registral, hasta el punto de que creemos que

(111) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *lug. cit.*, pág. 768.

(112) *El Registro de la Propiedad en Portugal*, de ANGEL DE LA FUENTE JUNCO, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1965, pág. 336. En forma no muy clara parece que admite alguna fe pública registral en pág. 338.

(113) ANGEL DE LA FUENTE, *lug. cit.*, pág. 35.

(114) PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, *lug. cit.*, pág. 746

la verdadera esencia del Registro de la Propiedad la constituye este último, y por eso estimamos que lo que une inseparablemente al Registro de la Propiedad con la función notarial es el principio de fe pública registral.

Respecto a la interpretación del artículo 1.280 del Código civil, nosotros dimos una interpretación algo parecida a la dada después por TIRSO CARRETERO (115); pero, a pesar de lo favorable que era para la escritura pública, no tuvimos éxito alguno, por lo que no le auguramos tampoco éxito en su interpretación. Eso no será obstáculo para que, tanto TIRSO CARRETERO, como nosotros, sigamos manteniendo nuestras respectivas opiniones sobre el artículo 1.280 del Código civil.

LAS OPINIONES DE ROAN, RAMOS FOLQUES, VILLARES AZPIAZU Y NART

Expondremos ahora las opiniones de algunos ilustres comentaristas, que tienen de común que son muy favorables para el Registro de la Propiedad.

Así, Roán dice lo siguiente: «Los autores, recordando solamente el artículo 609 del Código civil, se olvidan del artículo 1.473 del mismo Cuerpo legal. Pues bien, el artículo 1.473... dispone en su célebre párrafo segundo: Si fuese inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro. A la vista de este precepto puede darse el supuesto de que no pueda verificarse la tradición, ni siquiera la instrumental, y que, a pesar de todo, el titular inscrito sea dueño. Luego es que la inscripción suple a la tradición. Se nos pueden hacer principalmente dos objeciones: a) Que esa función de la inscripción es sólo en cuanto a terceros, y b) Que ese resultado se obtiene a través de la presunción posesoria del artículo 38. A la primera cabe replicar que la falta o no de la tradición no está amparada por el Registro; es la carencia de un requisito del acto translativo en que el tercero mismo interviene, que no puede ser suplido por la *fides publica*. Esta funciona a expensas *nemo dat quod non habet*, fija los pre-

(115) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1953, págs. 629 y sigs.

supuestos del acto transmisivo, no garantiza la propia consistencia del mismo. La falta de tradición no puede ser suplida por la *fiâes publica*. En cuanto a la segunda, su admisión, siendo sinceros en el razonamiento, nos llevará a convertir, cuando se trata de un tercero, la presunción posesoria en irrefutable (*juris et de jure*), conclusión contraria a toda técnica y a la indudable realidad social. Por tanto, rechazadas todas estas posiciones, no cabe otra opción que considerar sustituida la tradición por la inscripción» (116).

Como hemos dicho repetidas veces, el artículo 608 del Código civil establece que para determinar los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Esta determina en sus artículos 1.º y 2.º que son inscribibles los títulos, actos y contratos relativos a los derechos reales sobre inmuebles. Por consiguiente, son inscribibles los títulos relativos a los derechos reales sobre inmuebles sin necesidad de tradición. El mismo artículo 608 del Código establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, todo titular registral, por el solo hecho de serlo, tiene a su favor la presunción, que admite prueba en contrario, de que es el dueño del derecho real inscrito a su nombre. Y si la inscripción es segunda o posterior, a título oneroso y de buena fe, esa presunción de que el titular registral es el dueño del derecho inscrito a su nombre no se puede desvirtuar ni por títulos no inscritos ni por causas de resolución o nulidad en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Y esos efectos se producen sin necesidad de que el titular registral haya obtenido la tradición. Toda la doctrina anterior se deduce claramente de los artículos 608 del Código civil y 1.º, 2.º, 38, 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. El artículo 1.473 del Código civil es una simple aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria al caso de la doble venta de una misma cosa a dos compradores distintos. El perjuicio que un título anterior causa civilmente a otro posterior es impedirle adquirir el derecho real, si son totalmente incompatibles, o tener que adquirirlo con una carga, cuando los dos títulos no son totalmente incompatibles. Si el dueño de una finca, por ejemplo, inscrita o no

(116) *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 737.

inscrita, constituye sobre ella un censo o un usufructo y después la vende, el comprador tiene que soportar ese censo o ese usufructo. Si ese mismo dueño la vende con tradición primero a una persona y después a otra, el segundo comprador nada adquiere, porque tiene preferencia la venta anterior. Pero, si la finca estaba inscrita a nombre del vendedor y el adquirente del censo o usufructo no inscribe su título en el Registro, ese título no perjudica a un comprador posterior de buena fe, que inscribe su título en el Registro y, por tanto, adquiere la finca libre del censo o usufructo. Si ese mismo titular registral vende la finca con tradición a una persona que no inscribe, y luego el mismo vendedor la vende a otra persona de buena fe, que inscribe en el Registro, a ésta no la perjudica la primera venta, y adquiere la finca como si la primera venta no existiese. Esta doctrina se deduce claramente del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y la parte relativa a la doble venta es lo mismo que establece el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código. Y, naturalmente, esos efectos se producen sin necesidad de tradición, porque el artículo 608 del Código establece 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 surta todos sus efectos. Lo interiormente expuesto no es contrario a la doctrina de RoÁN, salvo que, a nuestro modesto entender, usa una expresión poco apropiada, puesto que dice que la inscripción suple a la tradición, cuando lo apropiado será decir, como hemos visto, que la inscripción no necesita la tradición, ni para practicarse, ni para surtir todos sus efectos.

RAMOS FOLQUÉS, en su conferencia del Centro de Estudios Hipotecarios del año 1951, expuso así su doctrina: Hay dos modos, dice, de adquirir la propiedad: imperfecto o *inter partes* y perfecto o *erga omnes*, siendo el primero la tradición y el segundo la inscripción en el Registro. La tradición ha perdido el carácter publicitario, de efecto *erga omnes*, que tuvo antiguamente, siendo la Ley Hipotecaria la que mantiene la eficacia del goce y disposición sobre la cosa, en lo que consiste el derecho de propiedad. Por encima de la tradición existe otro modo que, conviviendo con ella, la absorbe y anula en los casos de concurrencia de una y otro y por ello el derecho no es eficaz hasta el momento de la inscripción,

que es el modo decisivo de adquirir. Reputa que el modo de adquirir es aquel requisito al que la Ley confiere virtud bastante para que se tenga por traspasada la propiedad respecto de todos, ya consista en un hecho jurídico, en un acto, en un negocio, una solemnidad o una formalidad. Por eso entiende que la teoría del título y el modo virtualmente subsiste, en el sentido de que los negocios de trascendencia real, en el amplio sentido de la palabra, adquieren su eficacia *erga omnes* por la inscripción registral. No otra, continúa, es la declaración de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley en aquel pasaje en que se parangonan las adquisiciones con tradición, sin ella y con inscripción. Esa Exposición, en el último apartado, apunta con toda precisión la existencia de dos categorías del modo de adquirir: una para los terceros, esto es, para la convivencia jurídica, revestida de eficacia *erga omnes*: este modo es la inscripción. Según la terminología del legislador de la época, a partir del momento de la inscripción la propiedad se reputa traspasada *erga omnes*; antes, no. Es decir, que mientras no haya inscripción, la propiedad de las cosas sólo se entenderá traspasada respecto de las partes. Dicho párrafo adolece de una imprecisión técnica, puesto que admite la existencia de dos dueños totales de una misma cosa a virtud de diferentes modos, lo que no puede darse jurídicamente por la impenetrabilidad del concepto; pero precisamente esa imperfección léxico-jurídica es lo que pone más de relieve que el supuesto a que alude no es de dobles propietarios, sino de *doble modo de adquirir* en cuanto a sus efectos, declarando sustancialmente que la tradición es un modo *inter partes*, y la inscripción o inmatriculación el modo *erga omnes*. Ese tercer párrafo de la Exposición de Motivos, en su última parte, es el precedente legislativo del artículo 1.473 del Código civil (117).

Por su indudable interés científico hemos hecho un amplio extracto de la doctrina de RAMOS. Anteriormente había expuesto VILLARES PICO ideas parecidas a las de RAMOS (118).

A nuestro modesto entender, la doctrina de RAMOS tiene dos defectos: Primero, que no distingue entre inscripciones amparadas en la fe pública registral y las no amparadas en ella. No hay duda

(117) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1952, págs. 225 y sigs.

(118) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 289 y sigs.

de que las amparadas en la fe pública registral vencen siempre a las adquisiciones hechas por tradición, sin excepción alguna, como se deduce de los artículos 608 del Código y 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Pero las inscripciones no amparadas en la fe pública registral, como son las de inmatriculación, pueden ser vencidas, aunque otra cosa opine RAMOS, por la adquisición hecha por tradición sin necesidad de inscripción en el Registro, puesto que los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria no juegan a favor suyo y el artículo 38 de la misma sólo establece una presunción que admite prueba en contrario. Segundo, que entiende que en nuestro Derecho vigente no se adquiere el derecho real por tradición nada más que *inter partes*, lo cual no puede admitirse, puesto que aun la propiedad inscrita se puede transmitir por tradición con eficacia *erga omnes*, si bien esta eficacia *erga omnes* sólo se produce mientras no se ponga en contradicción con alguna inscripción amparada en la fe pública registral. En Derecho romano, el efecto *erga omnes* del derecho real era absoluto, es decir, respecto a todos absolutamente. En nuestro Derecho vigente, el derecho real adquirido por tradición sólo produce efectos *erga omnes* en tanto en cuanto no se ponga en contradicción con alguna inscripción amparada en la fe pública registral, que pueden ser innumerables. Piénsese, por ejemplo, en un moderno edificio con cientos de viviendas, en que en pocos meses pueda haber cientos y hasta miles de adquirentes amparados en la fe pública registral, aunque es suficiente con uno solo que se oponga al derecho real adquirido por tradición. Por eso dice VILLARES, muy acertadamente, que el verdadero efecto *erga omnes* sólo se produce por la inscripción en el Registro.

AZPIAZU dice, citando a RAMÓN DE LA RICA, que «con relación a la propiedad inscrita, basta y sobra el título y la inscripción para que la transmisión sea perfecta y produzca efectos para todos» (119). Por nuestra parte, entendemos que, conforme al artículo 38 de la Ley, toda inscripción produce a favor de su titular la presunción *juris tantum* de que le pertenece el derecho inscrito a su nombre. Pero la aplicación de la fe pública registral (arts. 32 y 34 de la Ley principalmente) requiere, además de las inscripcio-

(119) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, págs. 204 y 205.

nes a favor del transmitente y adquirente que el título sea oneroso y la buena fe del adquirente. Entendemos, por ejemplo, que una donación hecha por el titular registral o inscrita en el Registro no puede prevalecer sobre una venta anterior con tradición hecha por el mismo titular y no inscrita en el Registro. Lo que quisieron decir, sin duda, tanto uno como otro, es que en las inscripciones segundas y posteriores no se necesita la tradición para la adquisición del derecho real, en la cual están muy acertados; pero omitieron dos requisitos necesarios para que entre en juego la fe pública registral.

NART mantiene una doctrina bastante parecida a la de RoÁN, y así, dice lo siguiente: «Si el vendedor no tiene la posesión de la cosa, como no puede entregarla, la escritura aparentará una tradición que era imposible, y será ineficaz para causar la transferencia: será un mero «título» para adquirir, pero no el «modo», porque en el negocio no ha funcionado, ni una posesión real, ni una presunción legal de ella. Ahora bien: desde la reforma 1944-46, que inventó el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, el titular registral del dominio de una finca tiene la presunción de que posee «a todos los efectos legales», con el carácter *juris tantum*, que para el comprador de buena fe se convierte en *juris et de jure* desde que inscribe, por lo que «será mantenido en su adquisición» (artículo 34 de la Ley Hipotecaria). Es la inscripción de su título, y no el otorgamiento de la escritura, lo que funciona como tradición; y se trata, pues, de una tradición registral: no ficticia, aparente ni equivalente, sino real y efectiva por obra del Registro» (120). Por nuestra parte, entendemos que no hay precepto en que fundarse para sostener que la inscripción es una forma de tradición. El artículo 38 de la Ley establece la presunción de que el titular registral es el verdadero dueño, y, por tanto, de que ha adquirido el derecho real, pero esto no es dar a la inscripción carácter de tradición. Además, como hemos visto, la inscripción no necesita de la tradición para producir plenos efectos, como se deduce de los artículos 608 y 1.473 del Código civil y 1.º, 2.º 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, según hemos explicado anteriormente.

(120) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1954, pág. 500.

LOS EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES DE INMATRICULACION

Hemos llegado a la conclusión de que las inscripciones de inmatriculación no producen los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Qué efectos producen entonces? Exclusivamente los de los artículos 38 y 35 de la Ley Hipotecaria, es decir, producen una presunción *juris tantum* a favor del titular registral de que el derecho inscrito a su nombre le pertenece y las facilidades para la prescripción que señala el artículo 35 de la misma Ley (121). Pero la presunción de que el derecho inscrito pertenece a su titular admite prueba en contrario, por lo que el verdadero dueño, que no ha inscrito su derecho, puede y debe triunfar en juicio contra el titular inscrito, si aporta pruebas suficientes de que él es el dueño y no el titular inscrito, en tanto la prescripción no haya venido a consolidar la supuesta adquisición de éste. Y el litigio que se suscite entre el titular registral y el supuesto dueño no inscrito deberá decidirse por las normas del Derecho civil, excepto la presunción del artículo 38 de la Ley, que el litigante contrario tiene que destruir, y el artículo 35 de la misma ley relativa a la prescripción. Por consiguiente, el litigante no inscrito tiene que demostrar: 1.º Que adquirió del verdadero dueño. 2.º Que el título de adquisición era suficiente para adquirir el derecho real. 3.º Que obtuvo la tradición. 4.º Si se trata de una doble venta, que él tiene preferencia con arreglo al artículo 1.473 del Código civil y que había obrado de buena fe. Y tendrá que demostrar, además, que al litigante inscrito le falta alguno de esos requisitos, sin los cuales el derecho no le pertenece. Claro está que todo esto puede suplirlo demostrando que el derecho real había prescrito a su favor. El que ha inmatriculado una finca en el Registro, se presume que le pertenece, y, por tanto, se presume que

(121) En el texto nos referimos a los efectos sustantivos de la inscripción, puesto que parece evidente que las inscripciones de inmatriculación producen todos los efectos adjetivos y, entre otros, los del artículo 41 de la Ley. Como dicen ROCA y CABELLO DE LA SOTA, la suspensión de efectos de algunas inscripciones de inmatriculación (art. 207 de la Ley) se refiere a un adquirente posterior, a título oneroso y de buena fe, que inscribe en el Registro, el cual no goza de los beneficios de la fe pública registral hasta los dos años de la fecha de la inmatriculación (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1950, páginas 591 y sigs.).

adquirió del verdadero propietario, que el título era suficiente para la adquisición, que había obtenido la tradición y que obró de buena fe, pero estas presunciones se pueden desvirtuar mediante prueba en contrario. El que inmatriculó a su favor una finca debe ser vencido en juicio, si no adquirió del verdadero propietario, o si el título no era suficiente para la adquisición, o si no había obtenido la tradición, o si había obrado de mala fe, siempre que el otro litigante demuestre que en él concurren los cuatro expresados requisitos, o bien demostrando que el derecho real ha prescrito a su favor. Si el litigante no inscrito no demuestra todo esto, no ha podido destruir la presunción del artículo 38 de la Ley a favor del titular registral y debe ser vencido en juicio. En resumen, el litigante no inscrito tiene que destruir la presunción del artículo 38 de la Ley mediante la prueba de que él es el verdadero propietario, y, en tanto no lo demuestre, no hay más dueño que el titular inscrito. La inscripción de inmatriculación no suple, por tanto, ninguno de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho real, pero se presume que se han cumplido en tanto no se demuestre lo contrario. Claro está que en la inmensa mayoría de los casos ocurrirá que el que inmatricula una finca es, además, el verdadero propietario; pero siempre queda a salvo que se pueda demostrar lo contrario.

EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES AMPARADAS EN LA FE PUBLICA REGISTRAL. DOS CATEGORIAS DE FORMAS DE ADQUIRIR

Empecemos por sentar una afirmación por todos conocida y que no discute nadie, y es que la inscripción no convalida la nulidad intrínseca del propio título del adquirente. Si en el título ha habido violencia, intimidación o dolo, por ejemplo, el título es nulo. y después de la inscripción sigue siendo tan nulo como antes. La Ley entiende, con muy buen acuerdo, que el adquirente debe poner en la adquisición toda la diligencia necesaria para que no haya causas de nulidad en el acto de adquisición en que ha intervenido como parte, por lo que, si las hubiese, la inscripción no debe convalidarlas.

Pero por ninguna otra causa puede ser anulada o perjudicada la adquisición del que inscribe al amparo del principio de la fe pública registral. Respecto a él, tienen plena vigencia los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria. Si en la adquisición, real o aparente, del transmitente inscrito había habido una causa de nulidad o resolución que no conste en el Registro, esa nulidad o resolución no puede perjudicarlo. Para él es como si no existiesen esas causas de nulidad o resolución. El transmitente inscrito tenía a su favor la presunción de que era dueño en virtud del artículo 38, y esa presunción no se puede destruir en perjuicio del subadquirente inscrito nada más que por causas de nulidad o resolución que consten en el propio Registro. Y si esas causas de nulidad o resolución no constan en el Registro, no se puede discutir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 34, que el subadquirente, a título oneroso y de buena fe, inscrito en el Registro, ha adquirido del verdadero propietario.

Claro está que el titular registral ha podido hacer más de una transmisión o gravamen, pero al adquirente amparado en la fe pública registral no le perjudican nada más que los actos o contratos de enajenación o gravamen que estén previamente inscritos en el Registro. Los no inscritos es como si no existiesen a efectos del adquirente amparado en la fe pública registral. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria no deja lugar a dudas. Y es indiferente que el titular haya obtenido, o no, la tradición. El título no inscrito, con tradición o sin ella, no puede perjudicar al título inscrito al amparo de la fe pública registral. Y es, también, indiferente que el titular inscrito haya obtenido, o no, la tradición, puesto que el artículo 608 del Código civil establece que para determinar los efectos de la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y el artículo 32 de ésta no admite excepciones. Si admitiésemos que el título no inscrito con tradición puede perjudicar a un título sin tradición inscrito al amparo de la fe pública registral, admitiríamos que el título no inscrito puede perjudicar al inscrito al amparo de la fe pública registral, lo cual es totalmente opuesto a lo dispuesto por los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Hay quienes pretenden que el artículo 32 sirve para eliminar todos los títulos no inscritos, aun cuando la inscripción sea de inmatriculación, lo cual es un grave error, como hemos visto;

pero, cuando la inscripción es segunda o posterior, a título oneroso y de buena fe, una vez transcurrido el plazo de suspensión de efectos de algunas inscripciones, la inscripción elimina sin excepción todos los títulos no inscritos, sin tener para nada en cuenta que haya habido o no tradición en alguno de ellos. Eso es lo que dicen los artículos 608 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria, y para cambiar esta doctrina habría que derogar primero esos dos artículos, cuyos preceptos son tan claros y terminantes.

Y no se alegue en contra que la Ley Hipotecaria no dice, ni en los artículos 32 y 34, ni en ningún otro, que por la inscripción se adquiere el derecho real; porque, aparte de que lo diga el artículo 1.473 del Código, el artículo 38 de la Ley establece la presunción de que los derechos reales inscritos pertenecen a su titular, y esta presunción juega, también, a favor de las inscripciones amparadas en la fe pública registral, y esa presunción a favor de estas últimas no se puede destruir ni en virtud de títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. De modo que la Ley Hipotecaria no dice expresamente que mediante la inscripción se adquiere el dominio o el derecho real, pero establece la presunción de que se ha adquirido, presunción que en las inscripciones amparadas en la fe pública registral no se puede destruir ni en virtud de títulos no inscritos ni en virtud de causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Esos efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral son los efectos *erga omnes* propios de la adquisición del derecho real, pero incomparablemente más eficaces que en la adquisición del derecho real por tradición, de tal forma que si se enfrentan una adquisición del derecho real hecha por tradición con una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna. Y no es posible que un derecho real que no existe produzca unos efectos *erga omnes* tan eficaces que dejen sin efecto la adquisición del derecho real hecha por tradición. Hay que admitir, por consiguiente, que las inscripciones amparadas en la fe pública registral producen la adquisición del derecho real cuando no se hubiese producido esa misma adquisición por la tradición anterior. Una aplicación de esta doctrina es el artículo 1.473 del Código civil,

que establece que, si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro; y, cuando no haya inscripción, la propiedad pertenecerá a quien sea primero en la posesión o tradición; de modo que, si ha habido inscripción en el Registro amparada en la fe pública registral y la tradición en contradicción con ella, vence la inscripción en el Registro.

Por lo demás, entendemos que el legislador hizo muy bien en no decir que mediante la inscripción se adquiere el derecho real, puesto que si lo dijese, habría que entender que, también, mediante la inscripción de inmatriculación se adquiría el derecho real, lo cual sería dar a las inscripciones de inmatriculación más valor del que realmente deben tener, salvo que se sustituya la tradición por la inscripción en el Registro, como defiende MARÍN PÉREZ (122). En la legislación vigente, y en virtud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, el que ha inmatriculado una finca tiene a su favor la presunción de que le pertenece, es decir, que tiene el dominio sobre ella, pero cabe la prueba en contrario sin limitación alguna. Por lo contrario, el que ha inscrito al amparo de la fe pública registral, tiene a su favor esa misma presunción de que el derecho inscrito a su nombre le pertenece; pero esa presunción no se puede destruir ni en virtud de títulos no inscritos ni por causas de nulidad o resolución en la adquisición del transmitente que no consten en el Registro. Claro está que esa presunción puede destruirse por actos del propio titular registral, pues, si, por ejemplo, ha vendido la finca, es evidente que ya no es suya. Pero estos actos del titular registral, si no están inscritos, no perjudican a otro adquirente que inscriba su título. Al que adquiere al amparo de la fe pública registral le basta y le sobra con la presunción del artículo 38 de la Ley, unida a los preceptos de los artículos 32 y 34 de la misma, sin necesidad de que la Ley diga que el derecho real se adquiere por la inscripción.

Puede darse el caso, aunque no es frecuente, que al practicar una inscripción amparada en la fe pública registral, hubiese títulos inscritos bajo otro número, por existir doble inmatriculación. En este caso, los títulos inscritos bajo otro número con anterior-

(122) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1948, págs. 688 y sigs.

ridad le perjudican por tratarse de títulos previamente inscritos en el Registro.

No se pueden englobar, por tanto, en una misma doctrina todas las inscripciones, como se hace generalmente al estudiar la adquisición de los derechos reales sobre inmuebles, puesto que no tienen el mismo trato legal las inscripciones de inmatriculación que las amparadas en la fe pública registral. Las inscripciones amparadas en la fe pública registral son un medio, forma o manera de adquirir, porque los efectos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y el 1.473 del Código civil se producen aunque no haya habido tradición y aunque el transmitente no fuese dueño en el momento de la inscripción. En las inscripciones de inmatriculación no se producen esos efectos, por lo que no son medio, forma o manera de adquirir y sólo producen el efecto del artículo 38 de la Ley.

Por consiguiente, la inscripción al amparo de la fe pública registral es un medio, forma o manera de adquirir, no sólo en las adquisiciones *non domino*, sino también cuando la tradición no haya existido anteriormente. Es, además, una forma de adquirir de naturaleza distinta a la de la tradición, puesto que en ésta, en el supuesto de que se adquiriera el derecho real, se hace conforme a la situación jurídica existente en el momento de la tradición, mientras que con la inscripción amparada en la fe pública registral la adquisición se hace en las condiciones jurídicas que constan en el Registro, cualquiera que sea la realidad jurídica existente en ese momento. Son, por tanto, la tradición y la inscripción amparadas en la fe pública registral dos formas o maneras distintas de adquirir el derecho real, con medios y con efectos completamente distintos. Con otra particularidad muy importante, y es que, aunque se haya adquirido el derecho real por la tradición, si después se practica la inscripción del mismo título que sirvió para adquirir por tradición, al amparo de la fe pública registral, los efectos de la adquisición, no son los de la tradición, sino los de la inscripción amparada en la fe pública registral, que son incomparablemente más ventajosos para el adquirente que los de la tradición.

Y llegamos a nuestra conclusión última (123). La tradición y la

(123) Conclusión a que habíamos llegado en otra ocasión, como puede verse en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, pág. 650

inscripción al amparo de la fe pública registral son, no sólo formas o maneras distintas de adquirir, con efectos también distintos, sino que son dos categorías de formas o maneras de adquirir, porque, si se enfrentan la tradición y una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna. La fe pública registral tiene una importante excepción en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria en relación con la prescripción; pero la superior categoría de la inscripción amparada en la fe pública registral sobre la tradición no tiene excepción alguna. Absolutamente siempre que se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa esta última. Por eso la inscripción amparada en la fe pública registral es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición.

SINTESIS DEL DERECHO INMOBILIARIO ESPAÑOL

Se han intentado dos síntesis de nuestro Derecho hipotecario. Una por RAMÓN DE LA RICA ARENAL y otra por MORELL y TERRY.

Una síntesis de una rama del Derecho no puede ser una recopilación de ese Derecho. Basta con expresar su nota más característica. Así, al Derecho inmobiliario alemán se le suele calificar como Derecho de inscripción constitutiva, porque es lo más característico del mismo, a pesar de que hay en él también algunas inscripciones declarativas. Al Derecho hipotecario francés se le suele llamar sistema de transcripción, sin duda por ser ésta su característica más acusada.

RAMÓN DE LA RICA sintetiza nuestro Derecho inmobiliario diciendo que hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita; la primera se transmite por la inscripción y se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria, y la segunda se transmite por tradición y se rige por el Código civil. MORELL opina, aunque en forma algo confusa, que hay dos categorías de forma de adquirir, la inscripción y la tradición, sin distinguir entre las inscripciones amparadas o no en la fe pública registral (124).

Estas dos síntesis no son contrarias entre si, sino que, por lo contrario, se completan mutuamente; por lo que, con alguna modificación en las mismas, podríamos sintetizar el Derecho inmobiliario español de la siguiente forma. En Derecho español hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria, y la segunda exclusivamente por el Código civil (síntesis de RAMÓN DE LA RICA). La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción (síntesis reformada de MORELL).

Creemos, por consiguiente, que ésta es la verdadera síntesis del Derecho inmobiliario español.

Una última observación: Es muy frecuente en los comentaristas pedir la reforma de nuestra legislación hipotecaria. Por nuestra parte, entendemos que, antes de pedir su reforma, 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 de esa forma, nuestra legislación hipotecaria necesita muy pocas reformas, y ninguna sustancial, salvo que, como defiende MARÍN PÉREZ, se sustituya la tradición por la inscripción en el Registro, lo que estamos muy lejos aún de poderlo conseguir, por lo que, como dice CABELLO DE LA SOTA, debemos intentar sólo lo posible e ir adelantando poco a poco, si diere resultado (125).

MARIANO HERMIDA LINARES,
Registrador de la Propiedad.

(125) *Anales de la Universidad de Murcia*, volumen XIX, págs 251 y sigs.

