

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVII

Septiembre 1951

Núm. 280

El Derecho Inmobiliario Español

LOS MODOS DE ADQUIRIR Y EL REGISTRO
DE LA PROPIEDAD (1)

SUMARIO

Preámbulo.—Derecho romano.—Derecho germánico.—Derecho francés.—Inconvenientes de los Derechos romano y francés. Derecho español: Dos categorías de formas de adquirir.—Dos categorías de principios inmobiliarios.—Problema técnico.—La opinión de Castán.—La opinión de Sanz.—La opinión de Núñez Lagos.—La opinión de Roca Sastre.—La opinión de La Rica.—Causas de la desorientación de la doctrina.—El principio de publicidad.—Amplitud del principio de publicidad.—La acción reivindicatoria.—Lo que se inscribe en el Registro: registro de Derechos reales, no de títulos.—El dueño civil.—Epílogo.

PREÁMBULO

Siendo estas conferencias para dar a la juventud estudiosa, estudiantes de Derecho y opositores a Registros y Notarías, una idea elemental y clara acerca del Derecho inmobiliario, tan fundamental en los estudios de Derecho, hemos procurado al escribirla ser lo más claros posible en la exposición de ideas e instituciones. Para ello sacrificaremos, en cuanto sea posible, el tecnicismo propio de esta disciplina, y procuraremos dar una explicación inmediata de aquellas palabras o términos de que no hayamos podido prescindir,

(1) Fué escrito este trabajo para una conferencia a estudiantes de Derecho y opositores a Notarías y Registros, que fué suspendida, y estimamos conveniente su publicación por si puede servir de alguna utilidad en su preparación a los referidos estudiantes y opositores.

y al mismo tiempo procuraremos simplificar los problemas para hacerlos más comprensibles.

El vigente Derecho español sobre los modos de adquirir el dominio y demás derechos reales es una mezcla, en distintas dosis, del Derecho romano, el alemán y el francés. Por esta causa, para comprender el vigente Derecho español es preciso tener una idea clara acerca de los modos de adquirir en esas tres legislaciones.

DERECHO ROMANO

A veces conceptos que hoy resultan elementales han sido objeto de una larga evolución histórica difícil de aquilatar. Las mismas palabras que expresan esos conceptos han sido muchas veces objeto de una evolución paralela a la de los respectivos conceptos. Esto ocurre con la palabra dominio, hoy tan clara en su significado y concepto.

En el primitivo Derecho romano no existía esa palabra ni ese concepto. El señorío, poder del hombre sobre el mundo exterior, cosas o personas, se significaba con la expresión *in manu habere* (tener en la mano) o por la de *hac res mea est ex jure Quiritium* (esto es mío, según la ley de los Romanos). Igual empleaban la expresión *in manu habere* para significar el poder del paterfamilias sobre las cosas que sobre las personas que les estaban sometidos, como la mujer y los hijos. Todas sus expresiones se refieren al poder de hecho protegido por la Ley: *mancipatio* (coger con la mano), *manumissio* (soltar de la mano), etc.

Más tarde surge la palabra dominio. *Domus* es la casa, particular, el domicilio, y *dominium*, el poder que el jefe, paterfamilias, tiene en su domicilio. Ese mismo poder que el paterfamilias tiene en su domicilio lo tiene también sobre las cosas que le pertenecen. Y a ese poder se le llamará *dominium*. Así nace la palabra y así nace el concepto.

Ese poder que el paterfamilias tiene en su domicilio es un poder absoluto. Es al mismo tiempo jefe familiar, jefe religioso y jefe político. Por eso el dominio romano, calcado sobre ese poder del paterfamilias en su domicilio, es un dominio absoluto. No hubieran comprendido los romanos la limitación de Alfonso el Sabio: «Según Dios y según fuero» Es un poder despótico. Dispone de la vida o

muerte de su mujer y sus hijos, sin más limitaciones que las que le imponga su conciencia. Así es también el dominio romano.

Pero el Estado romano sólo protege al ciudadano romano. El extranjero no tiene protección alguna de aquel Estado exclusivista. Es un *hostis*, que igual significa huésped que enemigo; doble significado éste que se mantiene en nuestra lengua, pues tiene el mismo origen etimológico hospitalidad que hostilidades. Los extranjeros, o mejor aún, los que no son ciudadanos romanos, podrán tener el uso exclusivo de cosas, pero ese uso exclusivo no está protegido por la Ley. Con el tiempo habrá que proteger ese uso exclusivo de los no ciudadanos romanos sobre las cosas, pues sometido parte, primero, y después, todo el mundo conocido al poder de Roma, la vida de los pueblos sometidos sería imposible si la autoridad del Estado romano no protegiera ese señorío exclusivo sobre las cosas de los no ciudadanos romanos. Pero no se le llamará dominio, privilegio exclusivo de los ciudadanos romanos, sino *in bonis habere* (tener entre los bienes), expresión similar a la primitiva del Derecho romano *in manu habere*. Ese uso exclusivo de las cosas, protegido por el Estado, es un verdadero dominio según el concepto moderno, pero los romanos no le darán nunca ese nombre. Fué JUSTINIANO quien le dió el nombre de dominio al hacer la unificación y reforma del Derecho romano. Los glosadores le llamarán después dominio bonitario.

Al existir en Roma y su Imperio dos clases de dominio, aunque sólo se diera esa denominación a una de ellas, tenía que haber necesariamente dos clases de normas para regularlo y dos formas también para adquirirlo y transmitirlo. A las primeras se les llamará *jus civile* (Derecho de la ciudad), y es formal y rígido, y al segundo, *jus gentium* (Derecho de los forasteros), y se rige por la libertad de forma y la buena fe.

La forma de adquirir y transmitir el dominio en el *jus civile* era la *mancipatio* o *mancipium*, venta solemne, con entrega inmediata de la cosa y el precio. Se celebraba ante cinco testigos, que representaban a las cinco tribus de Roma, y el *librepens*, o portabalanzas, que antes del uso de la moneda pesaba el metal dado en cambio de la cosa. Es el único modo que reconoce el *jus civile* para enajenar la propiedad por un acto privado de libre disposición (SOHM, *Tratado de Derecho Privado Romano*, pág. 42).

En el *jus gentium* no hay dominio, luego no puede haber medios o modos de adquirirlo y transmitirlo. Sólo se reconoce la posesión, y sólo ésta puede transmitirse. La posesión es el poder físico sobre una cosa, y sólo se puede transmitir entregando ese poder físico sobre ella. Así surge una importantísima institución romana: la tradición, que es la entrega de una cosa a otra persona. Pero la entrega o tradición tiene un carácter ambiguo. Igual se puede entregar una cosa para transmitir la misma cosa, es decir, el poder exclusivo sobre ella a perpetuidad que para un uso temporal, como en arrendamiento, en precario o en depósito. Por eso requiere un segundo elemento: el ánimo o intención de transmitir la cosa, no su uso temporal. Se requerirá, por tanto, para adquirir una cosa, según el *jus gentium*, la entrega o tradición acompañada de la voluntad de transmitirla y adquirirla. Con el tiempo esa posesión del *jus gentium* irá adquiriendo los caracteres legales de dominio, según el propio Derecho romano, hasta que JUSTINIANO termina la evolución dándole el nombre de dominio, al mismo tiempo que aceptaba ese modo de adquirir del *jus gentium*, consistente en la tradición unido al consentimiento.

De aquí los célebres aforismos latinos: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut alia justa causa preceserit propter quam dominium transferetur* (no basta la simple tradición para transmitir el dominio, sino que es preciso el consentimiento de transmitente y adquirente expresado en un contrato de compraventa o en otra forma suficiente para que el dominio se transmita). *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum transferuntur, non nudis pactis* (No basta el simple consentimiento para transmitir el dominio, sino que hace falta, además, la entrega de la cosa). Hemos hecho una traducción libre, pero creemos que exacta, de esas frases tan conocidas. Hemos traducido las palabras *venditio aut alia justa causa* por «el consentimiento del transmitente y adquirente expresado en un contrato de compraventa o en otra forma suficiente». Para don JERÓNIMO GONZÁLEZ era un problema gravísimo el determinar lo que es *justa causa*, literalmente «justa causa», o más propiamente, «causa legal», hasta el punto de que, en su opinión, la discusión «dura ya desde hace dos mil años» (DÍAZ PASTOR, *Acotaciones a una conferencia de don Jerónimo González*, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1943, pág. 186).

Podrá discutirse si el consentimiento necesario para que, unido a la tradición, transmita el dominio ha de ser causal o basta que sea abstracto, y aun esto sólo depende del Derecho positivo de cada Estado, pues teóricamente cualquiera de los dos es suficiente; pero lo que creemos que no puede discutirse es que esa justa causa es el consentimiento, pues ese requisito esencial al concepto de dominio, que comprende en sí mismo el *jus disponendi* (derecho de disponer) de la persona que lo tiene, y que se ejercita consintiendo la transmisión. Dos son, por tanto, los requisitos para que el dominio se transmita en el *jus gentium*, recogidos por JUSTINIANO en su reforma, y que han pasado a los Derechos modernos: el consentimiento y la tradición.

DERECHO GERMÁNICO

Hemos explicado cómo nace en Roma el concepto de dominio. Pero nos falta por explicar una cosa importante. El ciudadano romano en los tiempos primitivos es no sólo dueño de las cosas y personas que le están sometidas; sino también su soberano, es decir, que sobre ellas, personas y cosas, tiene el dominio y la soberanía. Por eso tiene el derecho de matar a su mujer y a sus hijos. El paterfamilias es un asociado a la comunidad romana, pero no tiene por qué permitir intromisiones de ningún género de la Ciudad en las cosas que le pertenecen. Y es la posesión lo que primero se separa de ese dominio-soberanía.

Algo parecido ocurre en el Derecho germánico. En un principio están confundidos en un solo concepto la posesión, el dominio y la soberanía. Pero con una diferencia importante. Ese poder unitario —posesión, dominio y soberanía— no es entre los germanos individual, como en Roma, sino colectivo. El territorio en que se asienta una tribu germánica para el pastoreo o para el cultivo agrícola es de toda la tribu y a ella colectivamente pertenece. Y es también la posesión lo que primero se separa de ese poder unitario. Al asentarse fijamente sobre una comarca por las necesidades del cultivo agrícola, los jefes de tribu asignan a cada familia un pequeño espacio de terreno para que en él construyan su choza o casa, y les daban sobre ese terreno la *gewere*, es decir, la posesión. El que hubiera obtenido la *gewere*, posesión entre los germanos, tenía derecho

a poseer. La posesión no era sólo un hecho, como entre los romanos, sino también un derecho. Con el tiempo esa posesión iría tomando los caracteres de dominio, pero no todos los caracteres de éste según el concepto romano y moderno. La tribu conservaría, no sólo la soberanía, sino también muchas de las facultades del dominio. En los pueblos germánicos nacería el feudalismo, y el señor feudal continuaría siendo dueño y soberano absoluto de todo el territorio. Los poseedores —semidueños— podrán transmitir los bienes inmuebles, pero necesitarán el consentimiento del señor feudal, auténtico dueño de toda la propiedad inmueble.

Una reminiscencia de este estado de la propiedad puede verse en la enfiteusis, institución típicamente feudal. Nace con los arrendamientos a largo plazo, y el enfiteuta no es más que un arrendatario, con un derecho personal, pero sin derecho real alguno sobre la finca. Con el tiempo, estos arrendamientos se hacen perpetuos, y el derecho del enfiteuta es un verdadero derecho real sobre la finca, con verdaderos caracteres de dominio, aunque incompleto, por lo que se le da la denominación de dominio útil. Al primitivo dueño, por contraposición, se le da la de dueño directo, y tiene el derecho a cobrar una cantidad, cuando el enfiteuta enajena su derecho, por prestarse a dar su consentimiento a la enajenación (laudemio).

Estos caracteres de la propiedad germánica no desaparecerán hasta la época moderna. El señor feudal tomará notas de las autorizaciones concedidas, para saber quiénes son los que llevan las fincas y poder cobrarles las rentas, notas que se irán perfeccionando con el tiempo, y en las cuales se contiene el consentimiento del señor para la transmisión, consentimiento éste que es lo que ha producido la transmisión. El razonamiento es bien sencillo y fácil de comprender: el señor feudal da su consentimiento para la transmisión porque él es el dueño, y lo expresa en unas notas o anotaciones, luego esas notas o anotaciones, que contienen el consentimiento del señor o dueño, son las que producen la transmisión. Por eso, esos asientos o notas son constitutivos o creadores del derecho real.

Se produce un nuevo hecho importante: Se empieza a llevar la historia de las fincas abriendo un folio a cada una, y se toma nota de las transmisiones a continuación del primer asiento, como si se abriera, en frase de NÚÑEZ LAGOS (*El Registro de la Propiedad*

Español, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1949, pág. 142), una cuenta corriente a cada finca.

Eso es el folio real, de *res*, que significa cosa, que quiere decir el folio de cada cosa o cada finca. En ese folio se anotaban las sucesivas transmisiones, de modo que en él estaba la historia o biografía de cada finca.

En las transmisiones hereditarias no se precisaba el consentimiento del señor para que la transmisión se produjera, pues estaba previsto por la Ley el orden de suceder en las herencias, pero el señor debía declarar que la sucesión se había producido y quiénes eran los herederos, y por eso esos asientos eran declarativos.

Los hechos no se produjeron en todos los Estados alemanes en la misma forma. Unos, los más próximos a las naciones latinas, se dejaron influir por el Derecho romano, y otros llegaron a verdaderos absurdos en el rigorismo formalista.

Luego veremos cómo se transforma en el moderno Registro.

DERECHO FRANCÉS

El Derecho francés es simplemente una desviación del Derecho romano, que adquiere su perfección con el Código de Napoleón.

El Derecho romano no admitió excepción alguna al principio de tradición como medio de transmitir el dominio, pero contenía en sí el germen de lo que había de ser el Derecho francés vigente.

El Derecho romano aceptó formas de tradición simbólicas. En la Edad Media esas formas simbólicas se van espiritualizando de tal forma, que se llega a entender hecha la tradición por consignarlo así en la escritura de venta. Esta forma de tradición llega a sobreentenderse, y con ello aparece la nueva forma de transmitir, que es el simple consentimiento sin tradición alguna, ni real, ni fingida. Y culmina la evolución en el Código de Napoleón diciendo que el dominio y demás derechos reales se transmiten por las obligaciones. Por los contratos quiso decir. Y éste es el sistema francés: el dominio y demás derechos reales se transmiten por los contratos sin necesidad de tradición.

INCONVENIENTES DE LOS SISTEMAS ROMANO Y FRANCÉS

Hemos visto los dos requisitos que el Derecho romano exige para la validez de las transmisiones: consentimiento y tradición. Pero el Derecho romano exige otro requisito más, que parece que desconoce la mayor parte de los autores: la existencia del derecho en el patrimonio del transmitente. El Derecho romano tenía este principio, que no admitía excepción alguna: *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transmitir más derechos que los que él tiene), o este otro: *nemo dat quod non habet* (nadie da lo que no tiene). Y consecuencia de ese principio de preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente era este otro: *Prior tempore potior jure* (el primero en el tiempo es el primero en el derecho, o principio de prioridad), que quiere decir que si una persona transmite un derecho a dos o más, sólo lo adquiere la primera. Los dos principios, el de preexistencia y el de prioridad, son de una total evidencia dentro del sistema romano. Estos dos principios, y especialmente el primero, habían de dar origen a graves inconvenientes. Nadie puede garantizar la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente. La posesión no supone necesariamente la pertenencia. El que posee puede poseer en concepto de dueño, o en el de arrendatario, depositario, etc. Se generalizan, además, en la Edad Media derechos reales no susceptibles de posesión, como la hipoteca y otras cargas ocultas. Las formas de tradición se espiritualizan, hasta desaparecer totalmente en el Derecho francés. Los fraudes se generalizan. Se venden como libres fincas gravadas con hipotecas y otras cargas ocultas. Se venden fincas que estaban vendidas. Especialmente surge el conflicto por las numerosísimas cargas ocultas que tiene la propiedad. Y empiezan a dictarse disposiciones para dar publicidad a los derechos reales sobre inmuebles, siempre, en España, a petición de las Cortes, que ven la necesidad en que se encuentran pueblos y ciudades de dar publicidad a los derechos reales sobre inmuebles.

Todo inútil, y el problema queda sin resolver, hasta el punto de que el R. D. de 8 de agosto de 1855 y la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 pudieron decir con verdad: «Pocas reformas, en el orden civil y económico, son de más interés y ur-

gentes que las de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y la opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, etc.» Las Leyes anteriores a la de 1861 necesariamente tenían que fracasar, pues se limitaron a dar publicidad a las hipotecas, censos, mayorazgos y otros gravámenes, con exclusión del dominio, fundamento y base de todos los derechos reales, y es inútil pretender dar seguridad a los pisos altos de un edificio sin sentar sobre sólidas bases los cimientos del mismo.

Mientras tanto, el Derecho alemán había resuelto el problema. Hemos visto que los señores feudales, por una confusión entre el dominio y la soberanía, exigían su consentimiento para que tuviera lugar la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, lo que anotaban en sus libros de contabilidad. Con la recepción del Derecho romano, e instauradas las Monarquías absolutas y abolido el feudalismo, desaparece toda confusión entre el dominio y la soberanía, pero se seguirán llevando los mismos libros, abriendo un folio a cada finca, en que se harán constar todas las transmisiones realizadas. Ya no se llevan esos libros por una confusión entre el dominio y la soberanía. Ahora se exige para dar seguridad al comercio sobre inmuebles. Si la transmisión o gravamen de una finca no es válida hasta que se haga constar en el folio correspondiente a la misma finca, resultará que para saber quién es el dueño en un momento dado y las cargas a que esté afecta bastará examinar el folio correspondiente a la misma. En otras palabras: el que desee adquirir el dominio u otro derecho real cualquiera sobre una finca sabrá quién es el dueño y los gravámenes que pesen sobre ella con sólo examinar el folio correspondiente a la historia de cada finca. No caben confusiones ni gravámenes ocultos, puesto que no son válidas las transmisiones ni los gravámenes que no consten anotados en el folio correspondiente a la misma. La existencia del derecho en el patrimonio del transmitente queda totalmente asegurada. Este es el principio de publicidad, descubrimiento tan importante en el Derecho inmobiliario como puedan serlo el de Arquímedes en Física, la regla de tres en Aritmética, la ecua-

ción de primer grado en Algebra, etc., y tan fácil de comprender como cualquiera de esos principios o reglas. Este principio en nuestra Patria tiene una modalidad distinta que en el Derecho alemán, pero en esencia es lo mismo, como luego veremos.

Al exigir ese requisito de la inscripción en el Registro para que la transmisión se realice, no se priva al dueño de su propiedad ni se le limita su facultad de disponer, como no se priva a nadie de su libertad para contraer matrimonio porque la Iglesia exija que se celebre ante el Párroco y el Código civil ante el Juez. El individuo puede o no libremente celebrar el matrimonio, pero se le exigen ciertas formalidades en garantía de los propios contrayentes, de los hijos y de la sociedad. El dueño puede enajenar o gravar libremente su finca, pero el Estado le exige una formalidad, la inscripción en el Registro, en interés de los futuros adquirentes y del dueño mismo, que no verá depreciada su propiedad por el temor del adquirente de que no sea suya la finca o de que esté gravada con cargas ocultas.

DERECHO ESPAÑOL :

DOS CATEGORÍAS DE FORMAS DE ADQUIRIR

El vigente Derecho español es una mezcla, como hemos dicho, en distintas proporciones, del Derecho romano, el alemán y el francés.

En las adquisiciones originarias y en las sucesiones *mortis causa* nuestro Derecho sigue, como todos los modernos, al Derecho romano. Donde existe diversidad legislativa es en las adquisiciones derivativas *interpivos*, y por eso a ellas especialmente nos referiremos.

El sistema romano es la regla general en nuestro Derecho, y lo establece así el artículo 609 del Código civil al disponer que la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. El Derecho francés está recogido en el artículo 1.462, que dice que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», y en el artículo 1.463, que dice que la entrega de bienes muebles

se efectuará «por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta». El Código civil reduce estos casos a la regla general con la ficción de que el otorgamiento de la escritura pública o el simple acuerdo implica la tradición, pero es prescindir de la tradición y sancionar el sistema francés de la transmisión del derecho real por el simple contrato (2). Otras influencias del Derecho francés hay en esta materia, pero nos llevaría demasiado lejos su examen.

El Derecho alemán está representado por la Ley Hipotecaria y varios artículos del Código civil, en especial los 605-608, ambos inclusive. Obsérvese que la Ley Hipotecaria es veintisiete años anterior al Código civil. Y es que la reforma de nuestras Leyes Hipotecarias era entonces tan apremiante, que no se pudo esperar hasta la publicación del Código civil, cuyos trabajos se habían iniciado había algunos años.

Como el Código civil reduce las normas del Derecho francés a una tradición ficticia, los sistemas que se entrelazan sustancialmente en nuestro Derecho son dos: el romano y el alemán.

Conforme al Derecho romano, rigen el principio de *nemo dat quod non habet*, o de preexistencia, y el de *prior tempore potior jure*, o de prioridad. Estos principios en Derecho romano no tenían excepción alguna. En nuestro Derecho tampoco la tienen si no entra en juego el principio de publicidad. El instrumento del principio de publicidad es el Registro de la Propiedad, y cuando una finca o derecho está inscrito a favor de una persona, las transmisiones que realiza a título oneroso, una vez inscritas, son válidas, aunque el transmitente no fuera dueño y aunque la transmisión inscrita sea posterior a la no inscrita. Rige el principio de publicidad en forma absoluta, y deroga esos otros dos principios en cuanto se pone en juego contra ellos. Ese principio de publicidad rige en nuestra Patria con la misma eficacia que en Derecho alemán y no admite excepción alguna. La especialidad del Derecho español consiste en

(2) En rigor histórico y científico no se puede decir que el sistema español, de origen medioeval, de la tradición instrumental, sea idéntico al francés de la transmisión del derecho real por el simple contrato. Pero ambos son el resultado de un mismo proceso histórico en que el sistema francés es la evolución más espiritualista. En todo caso el estudio de esta materia no se puede hacer en una nota que excedería del fin de este trabajo.

que, mientras en el alemán las transmisiones *inter vivos* no son válidas hasta que se inscriben, en el español son válidas en tanto no estén en contradicción con una transmisión inscrita. Sólo hay un derecho real en nuestra Patria que no puede existir sin la inscripción en el Registro, y es la hipoteca. Los demás pueden existir sin estar inscritos. Pero en cuanto se ponen en pugna los principios romanos de preexistencia y prioridad con el germánico de publicidad, triunfa siempre éste.

Obsérvese que el Cuerpo de Registradores de la Propiedad tiene como lema un principio cierto en Derecho romano, pero que no rige en nuestro Derecho vigente: *prior tempore potior jure* (el primero en el tiempo es el primero en el derecho). No es cierto esto. El primero en el derecho es el que inscribe en el Registro, aunque sea posterior en el tiempo. Habría, por tanto, que ir pensando en cambiar ese lema por este otro: *Non prior tempore potior jure, sed inscribente* (el primero en el tiempo no es el primero en el derecho, sino el que inscribe).

Hay, por tanto, en nuestro Derecho dos formas de adquirir el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles: la forma romana —contrato, tradición y preexistencia— y la forma germánica —contrato e inscripción en el Registro. (La inscripción requiere un contrato previo en que conste el consentimiento del transmitente y adquirente para la transmisión.)—. Son dos formas, y al mismo tiempo, dos categorías de maneras de adquirir. Sólo vale la primera cuando no entra en juego la segunda. Entrando en juego esta última —el principio de publicidad—, prevalece siempre (3).

DOS CATEGORÍAS DE PRINCIPIOS INMOBILIARIOS

No sólo hay dos categorías de formas de adquirir, sino también dos categorías de principios inmobiliarios.

Hasta ahora se han estudiado en nuestra Patria los principios inmobiliarios en relación con el Registro de la Propiedad, siguiendo con ello el Derecho alemán en que se inspira. Pero en la forma de

(3) 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.

adquirir del principio de tradición rigen todos esos principios, que hasta ahora se han llamado hipotecarios, con excepción del de publicidad, aunque con una modalidad distinta que en el juego del Registro de la Propiedad. Así el principio de consentimiento, el de tracto sucesivo o de preexistencia, el de prioridad y el de legitimación. Estos principios en el sistema de tradición pueden enunciarse en la siguiente forma: El de consentimiento: para que se produzca la transmisión de un derecho real mediante tradición, deberá ser consentida en contrato por la persona a quien pertenezca el derecho o por su representante legal o voluntario. El de tracto sucesivo o preexistencia: para que se produzca la transmisión de un derecho real mediante tradición, el derecho transmitido deberá pertenecer al transmitente. El de prioridad: En el caso de que un mismo derecho real hubiere sido transmitido a varios adquirentes, el derecho pertenecerá al que primero haya obtenido la tradición, no habiendo inscripción en el Registro (4). Una aplicación de este principio son los párrafos primero y tercero del artículo 1.473 del Código civil: «Si una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores, la propiedad transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión.» El principio de legitimación: el poseedor de un derecho real en concepto de dueño se presume que es dueño en tanto no se pruebe lo contrario (artículo 448 del Código civil (5)). Los principios inmobiliarios del sistema de tradición sólo rigen en tanto no entre en juego el principio de publicidad registral, es decir, en tanto no entre en juego la forma de adquirir de superior categoría y los principios que rigen en esa categoría de formas de adquirir. Así, el principio de legitimación del artículo 448 del Código civil rige en tanto no entre en juego la

(4) Para no complicar más el problema no entramos en la distinción tan acertadamente hecha por el Tribunal Supremo entre tradición real y fingida o presunta.

(5) El principio legitimador de la posesión se ha visto siempre en el artículo 464 del Código civil en cuanto a los bienes muebles. A nuestro entender el principio legitimador de la posesión está contenido en el artículo 448 del Código civil, que establece una presunción *juris tantum* de pertenencia. El artículo 464 establece una presunción *juris et de jure* de dominio, con las excepciones que el mismo establece. Claro que las excepciones son tan importantes que casi anulan la regla general.

legitimación de superior categoría, que es la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Sólo hay un principio hipotecario que no puede existir en el sistema de tradición, que es el de publicidad. Ni cabe un precepto similar al del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues la tradición no convalida nunca la transmisión de los derechos reales. El principio de publicidad es el único hipotecario propiamente dicho (6). Los demás principios hipotecarios son principios inmobiliarios jugando en el sistema de Registro.

Los principios hipotecarios e inmobiliarios no rigen, por tanto, en nuestro Derecho de una manera absoluta, sino en la forma limitada del sistema. Así, el principio *prior tempore potior jure* no rige en nuestra Patria, pero sí rige enunciado en cualquiera de estas formas: en tanto no intervenga el principio de publicidad, el primero en el tiempo es el primero en el derecho, o el primero en el derecho es el que primero inscribe en el Registro. El principio *nemo dat quod non habet* tampoco rige, pero sí rige si se enuncia como principio de tracto sucesivo registral (7) o si se exceptúa en su enunciado el principio de publicidad.

Hay, por tanto, dos categorías de principios inmobiliarios, lo mismo que hay dos categorías de modos de adquirir.

PROBLEMA TÉCNICO

Nadie discute en nuestra Patria que entre dos adquisiciones, una amparada en el principio de publicidad y otra no amparada en él, goza de absoluta preferencia la primera. Pero, en cambio, se discute si ésa, la amparada en el principio de publicidad, es o no un

(6) El principio de especialidad es una consecuencia del principio de publicidad y por eso no se alude a él en el texto. El llamado principio de inscripción en nuestro Derecho no es más que un requisito formal para que entre en juego el principio de publicidad y el sistema de Registro. El principio de rogación no parece tampoco que sea un principio. Con esa expresión se quiere significar que la inscripción es voluntaria; pero dentro del régimen registral no produce ningún efecto, puesto que el principio de publicidad y todos los efectos de la inscripción igual se producirían aunque el Registrador practicara la inscripción sin ser solicitada.

(7) SANZ («Instituciones», pág. 156) y GONZÁLEZ PALOMINO («Conferencia de Santander», pág. 939) opinan que el tracto sucesivo no es principio, pero seguramente no han tenido en cuenta que el tracto sucesivo es el mismo principio de preexistencia adoptado al sistema de Registro.

modo de adquirir o si la inscripción en que se funda es o no constitutiva del derecho real.

Expondremos, como de las más destacadas de entre ellas, las opiniones de CASTÁN, SANZ FERNÁNDEZ, NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE.

LA OPINIÓN DE CASTÁN

CASTÁN (*Notarías*, tomo II, pág. 206, séptima edición) dice lo siguiente: «La Ley Hipotecaria no pudo dar al traste con la necesidad de la tradición.. 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 315), que acredita la posibilidad legal de que el verdadero adquirente, en virtud de tradición, que no inscribió su título, pueda, justificando su adquisición, obtener la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento contrario a aquélla. No obstante, la Ley Hipotecaria, al regular los efectos, con relación a terceros, de los derechos reales inscritos, concede a la inscripción una preponderancia que parece absorber los efectos propios y normales de la tradición.»

Es evidente que la Ley Hipotecaria no intentó dar al traste con la tradición. Lo que intentó e hizo fué introducir un sistema nuevo, superponiéndole al antiguo y dándole una categoría superior. Carece totalmente de valor el argumento de que, conforme al artículo 315 de la Ley, 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 primera, o de inmatriculación, siempre (8), puesto que en ellas no juega el principio de publicidad, 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

(8) Para mayor brevedad prescindimos del problema a que dan origen las inscripciones de inmatriculación en relación con el párrafo segundo del artículo 1.473 del Código civil. Por eso la palabra de «siempre» del texto debe interpretarse en un sentido relativo.

consiguiente cancelación de un asiento en favor del titular no inscrito que obtuvo la tradición. También se puede obtener la declaración de nulidad de algunas escrituras públicas, pero eso no quiere decir que todas las escrituras públicas puedan ser anuladas. E interviniendo el principio de publicidad, la causa eficiente de la transmisión del dominio y demás derechos reales es ese principio, es decir, la inscripción en el Registro. No rige, por tanto, íntegramente la doctrina de la tradición, sino únicamente cuando no entre en juego el principio de publicidad, pues este principio tiene categoría superior y preferente a aquélla. Por eso la Ley Hipotecaria y el Código civil, al regular los efectos de la inscripción con relación a terceros, es decir, cuando interviene el principio de publicidad, conceden a la inscripción una preponderancia, no que parezca absorber los efectos propios y normales de la tradición, sino que los absorbe totalmente. Es una doctrina completamente clara e indiscutible.

Nunca en mejor ocasión podemos recordar la conocida frase de Horacio: *Alicuando dormitat Homerus*, que traduciremos en la siguiente forma: «Alguna vez se equivoca hasta CASTÁN.»

LA OPINIÓN DE SANZ

SANZ ve con claridad un problema: Que no basta, para que la transmisión se produzca, el contrato y tradición, o título y modo de adquirir, y que hace falta que el derecho que se intenta transmitir esté en el patrimonio del transmitente. En esto ha visto con más claridad que la generalidad de los autores españoles. Se podían estudiar la mayor parte de ellos sin enterarse apenas de que para la transmisión del dominio y demás derechos reales no basta el título y tradición, y hace falta, además, la existencia del derecho en el patrimonio del transmitente. Solamente se solía hacer referencia a este requisito en la constitución del censo y la hipoteca por exigirlo expresamente el Código civil y la Ley Hipotecaria. SÁNCHEZ ROMÁN había visto con claridad el problema, y exigía ese requisito para que la transmisión del derecho real tuviera lugar. Pero le combate don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con toda su autoridad, diciendo que lo importante (*Estudios*, tomo I, pág. 325) no es la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, sino el poder dispo-

sitivo de éste, sea o no dueño. Efectivamente, es una técnica más depurada el hablar del poder dispositivo que de la preexistencia del Derecho en el patrimonio del transmitente (9). Pero lo importante del principio de publicidad consiste en que las transmisiones hechas a su amparo son válidas aunque el transmitente no sea dueño ni tenga poder de disposición. Le basta con tener el derecho inscrito a su nombre para que la transmisión se realice. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ rechazaba la teoría de SÁNCHEZ ROMÁN sin sustituirla por otra mejor. SANZ, por el contrario, hace la aplicación adecuada al Registro de la Propiedad, diciendo que el Registro garantiza la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente (10). Creemos más exacto decir que no rige ese principio de preexistencia, sino el de publicidad. La preexistencia está asegurada normalmente en el Derecho alemán, pero no en el español. Para el que adquiere al amparo del principio de publicidad no rige el principio romano de la preexistencia, y adquiere el derecho esté o no en el patrimonio del transmitente.

Pero, después de haber visto con tanta claridad este problema, recurre a una teoría artificiosa para demostrar que rige siempre la teoría del título y el modo aún en el caso de que entre en juego el principio de publicidad.

«El modo de adquirir —dice— se encuentra, de acuerdo con el artículo 609 del Código civil, en la tradición, y el medio de asegurar y consolidar la adquisición practicada se encuentra, conforme a la legislación hipotecaria, en la inscripción» (*Instituciones*, página 250). Y añade: «La Ley Hipotecaria de 1861 no introdujo nin-

(9) Suelen citarse como casos de enajenaciones válidas, sin que las haga el propietario, las de cosas hipotecadas o pignoralas, las hechas por representante legal o voluntario y las hechas como resultado de un procedimiento judicial. Las enajenaciones hechas por representante legal o voluntario no son propiamente excepciones al principio general *nemo dat quod non habet*, pues ésta obra en nombre del dueño. Por la misma causa no se deben considerar como tales excepciones las enajenaciones hechas como resultado de un procedimiento judicial, y, además, porque el Juez obra en virtud de una norma de Derecho público. Las excepciones propiamente dichas son las del acreedor hipotecario o pignoraticio. En esto consiste la especialidad de estos derechos, y por eso son derechos reales la prenda y la hipoteca, porque conceden al acreedor una facultad de disposición sobre la cosa, con preferencia a la del propio dueño, para poderse hacer pago, con el importe de la venta, de determinada cantidad.

Sin duda olvidan esto los publicistas que sostienen que la hipoteca no es un derecho real.

(10) Insinúa esta misma idea ROCA SASTRE («Registros», tomo II, página 225).

guna modificación en el sistema vigente sobre la adquisición del dominio y de los derechos reales... No se trató nunca de sustituir la tradición por la inscripción, eliminando aquélla, sino que se adicionó a los dos requisitos tradicionales la inscripción en el Registro de la Propiedad» (pág. 243). Es evidente que la Ley Hipotecaria no intentó sustituir la tradición por la inscripción, eliminando aquélla. Lo que intentó e hizo, como hemos dicho, fué introducir un sistema nuevo, superponiéndole al antiguo y dándole una categoría superior.

Y explica así el juego del principio de publicidad y de la tradición: «La tradición, para que surta plenos efectos reales en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere, de manera indispensable, que el *tradens* sea previamente dueño de la cosa, que pueda transferir el dominio. 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 translativos, por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función convalidante del Registro» (pág. 431). Finalmente, dice que si se elimina la necesidad de la tradición en todo caso, «se desplaza la fe pública, que en nuestro Derecho aparece planteada como un problema de colisión de títulos (art. 32) o de subsanación de los mismos (arts. 34 y 37) a un problema de colisión de modos de adquirir, no admitido ni directa ni indirectamente en ningún precepto de nuestro Derecho positivo» (pág. 432).

Hay que rechazar estos argumentos. No se trata de una colisión de títulos ni de una colisión de modos de adquirir. Se trata de una colisión de adquisiciones, reales o aparentes, y triunfa siempre la inscrita al amparo del principio de publicidad. A veces la Ley habla de que el título no inscrito no perjudica al inscrito (art. 32), pero otras veces habla de adquisiciones (art. 34 de la L. H. y 1.473 del Código civil), y en otras, de derechos reales (art. 13 de la L. H.). Y aun cuando diga que el título no inscrito no perjudica al inscrito, se refiere también a las adquisiciones contenidas en esos títulos.

La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33) ni subsana el defecto de éstos, y si la tradición es nula, seguirá siéndolo después de inscrito el título exactamente igual que lo era antes de la inscripción. Lo que conva-

lida la inscripción es *exclusivamente* la transmisión del derecho real, pero de ninguna forma y en ningún caso el título ni la tradición, pues el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no admite excepción alguna.

La consecuencia lógica de su razonamiento debería ser que no se pudieran inscribir en el Registro los títulos en que no constase haberse hecho la tradición, real o fingida; pero, muy acertadamente, rechaza esa consecuencia diciendo que «nuestras Leyes Hipotecarias se inhiben totalmente del problema de la tradición, que abandonan íntegro al campo del Derecho civil» (pág. 251). (

El artículo 1.473 del Código civil hace una aplicación del principio de publicidad al caso de doble venta y dice que la propiedad pertenecerá al adquirente que haya inscrito en el Registro. En las dos ventas ha podido haber tradición, y entonces no hay problema, y sólo vale la inscrita. Pero ¿y si en la venta inscrita no ha habido tradición? El Código civil dice que la propiedad la adquiere el que haya inscrito. No exige que haya habido tradición, luego no se precisa.

Obsérvese que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria no incluye entre las causas de oposición la de que el titular inscrito no haya obtenido la tradición, y de ser cierta esa tesis, debería haberla incluido. No se comprende que se conceda una acción a quien se niega un derecho.

La interpretación que hace SANZ de las expresiones de los artículos 1.473 del Código civil y 34 de la Ley no es tampoco aceptable. No dudamos que la intención de los redactores de la reforma de 1944 fuera resolver la discusión que, fundada en la redacción anterior de ese artículo, había en esta materia. Pero esos serían los propósitos y otra ha sido la realidad. El artículo 34 no se refiere a los que *hayan adquirido*, sino al que *adquiera*. Esta palabra *adquiera* no puede interpretarse en el sentido de que la aplicación de ese artículo suponga la existencia de una adquisición hecha anteriormente. Basta, para que sea aplicable, el que haya una apariencia de adquisición. Supone una adquisición hecha anteriormente en el caso de resolución o anulabilidad en la adquisición del transmitente, puesto que la resolución o la anulabilidad no implica la inexistencia de la transmisión. Pero en el caso de que en la adquisición del transmitente hubiera habido nulidad o inexistencia, la

transmisión a su favor no se habría realizado, y el inscribiente no adquiere hasta el momento de la inscripción. Tampoco puede admitirse la interpretación del artículo 1.473 del Código civil (11). Efectivamente, este artículo dice que la propiedad pertenecerá *al adquirente* que haya inscrito. Pero no quiere decir que necesariamente haya tenido que haber dos adquisiciones. Puede haber una sola, aunque siempre tiene que haber dos apariencias de adquisición, y eso es lo que resuelve el Código civil diciendo que la propiedad pertenecerá al que haya inscrito. Para que sea aplicable este precepto basta la existencia de dos contratos de compraventa, aunque no haya habido tradición en ninguno, puesto que no le exige el Código civil. Añádase a esto lo siguiente: El último párrafo del artículo 1.473 del Código civil dice: «Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión.» Luego la posesión sólo determina la preferencia en el caso de que no haya inscripción en el Registro. Y continúa: «Y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya habido buena fe.» Si no ha habido posesión en ninguna de las dos ventas, pero sí inscripción en una de ellas, ¿cuál decide la preferencia entre las dos, la fecha o la inscripción en el Registro? Creemos que no será necesario contestar a esta pregunta.

MARIANO HERMIDA LINARES.

Registrador de la Propiedad

(Concluirá.)

(11) ROCA da la misma interpretación («Instituciones», tomo I, pág. 168).