

Disposiciones a *non domino*, fe pública registral y tracto sucesivo (a propósito de la STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024)

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN*
Profesor titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

A mi mujer, María José, por su ayuda y apoyo incondicional cuando más lo he necesitado. Qué fortuna para mí, aquel día de la Virgen de la Almudena...

RESUMEN

La STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024, trata un tema clásico del Derecho patrimonial, como es el de las transmisiones a non domino, y más en concreto, la constitución de un derecho real parcialmente a non domino. El interés del análisis de esta sentencia se encuentra, tanto en el estudio crítico de las conclusiones (acertadas) a las que llega, como en el estudio de las que sugiere pero que, por razones de congruencia, no puede tratar.

Esta reciente sentencia del Tribunal Supremo, invita a reflexionar sobre el fenómeno patológico en el tráfico consistente en la disposición a non domino, y la respuesta que el mismo merece desde los bloques normativos del derecho de contratos, del derecho de obligaciones y de los derechos reales. Asimismo, se aborda el alcance del requisito, exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consistente en adquirir «de persona que en el Registro aparezca con facultades para disponer».

PALABRAS CLAVE

Fe pública registral. Evicción. Justo título. Usucapión. Tracto sucesivo. Comunidad de bienes.

* JUÁREZ TORREJÓN, Á., Universidad Carlos III de Madrid, ROR: <https://ror.org/03ths8210>, Departamento de Derecho Privado, calle Madrid, 126, 28903 Getafe (Madrid), España. ORCID ID: <https://www.orcid.org/0000-0002-0314-2755>

Non domino transfers, public faith of the registry and successive record (regarding STS 2171/2024, of 8 may 2024)

ABSTRACT

STS 2171/2024, of 8 May 2024, deals with a classic issue of property law, such as a non domino transfers, and more specifically, the constitution of a right in rem partially a non domino. The interest of the analysis of this judgment is found, both in the critical study of the (correct) conclusions it reaches, and in the study of those it suggests but which, for reasons of consistency, it cannot deal with.

This recent ruling of the Spanish Supreme Court invites us to reflect on the pathological phenomenon in traffic consisting of the provision a non domino, and the response that it deserves from the normative blocks of contract law, the law of obligations and real rights. It also addresses the scope of the requirement, named by Article 34 LH, consisting of acquiring «from a person who appears in the Registry with powers to dispose».

KEYWORDS

Fe pública registral. Eviction. Just title. Usucapio. Successive record in the Registry. Community of goods.

SUMARIO: I. *Justificación del presente trabajo.*—II. *Los hechos origen del conflicto resuelto en la STS 2171/2024, de 8 de mayo de 2024.*—III. *La solución dada al recurso de casación por la sentencia objeto de este estudio.*—IV. *La respuesta del Ordenamiento Jurídico a las disposiciones total o parcialmente, a non domino. Planteamiento general.* 1. *La respuesta desde el derecho de contratos.* 1.1 *La consideración general a la venta de cosa ajena.* 1.2. *La consideración particular al caso de disposición parcialmente ajena: disposición por un comunero de la totalidad.* 1.3 *Análisis crítico de la solución dada al conflicto origen de la STS 2171/2024, desde el bloque normativo del derecho de contratos.* 2. *La respuesta desde el derecho de obligaciones.* 2.1 *Ideas previas.* 2.2 *La obligación de transmisión de la propiedad como obligación contractual. Fundamento normativo.* 2.3 *La afirmación de la obligación de transmisión de la propiedad como posible vía de entrada al juego del error vicio anulatorio.* 2.4 *El alcance de la afirmada obligación de transmitir la propiedad: una obligación de medios.* 2.5 *La obligación de transmitir la propiedad como obligación de medios, y disposición por un comunero de la totalidad del dominio.* 3. *La respuesta desde las reglas del derecho de bienes.* 3.1 *La regla de partida: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, y la protección del iuris dominus.* El caso particular de la disposición parcialmente a non domino, y su posible eficacia parcial. 3.1.1 *La regla de partida:*

nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, y la protección del *verus dominus*. 3.1.2 El caso particular de la disposición *parcialmente a non domino*, y su posible eficacia *parcial*. 3.2 Las adquisiciones *a non domino* como excepciones a la protección del *verus dominus*. El origen y fundamento de la fe pública registral en la España del siglo XIX. 3.3 El pretendido juego de los efectos de la fe pública registral en el caso analizado en la sentencia objeto de este comentario. Fe pública y tracto sucesivo. 3.3.1 Fe pública registral y tracto sucesivo: el requisito de la previa inscripción en ambos principios. 3.3.2 Análisis crítico de las tesis sostenidas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo. 3.3.3 Breve referencia a la posible «buena fe» del banco, pretendido tercero hipotecario. 3.3.4 Una última cuestión: la posible eficacia jurídico real parcial de la hipoteca.—V. *Conclusiones.—Jurisprudencia.—Bibliografía*.

I. JUSTIFICACIÓN DEL PRESENTE TRABAJO

El 8 de mayo de 2024, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 2171/2024, de la que fue ponente la Excm.a Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán. Esta sentencia, que es la causa del presente estudio, nos ha interesado porque, aunque aborda un tema clásico como es el de la constitución de derechos reales *a non domino*, sin embargo vuelve a poner de manifiesto las dificultades de comprensión de este fenómeno patológico del tráfico jurídico, invita a reflexionar sobre la respuesta que la constitución de derechos reales *a non domino* merece desde el Derecho Civil y más en general, la respuesta que el Derecho Civil ofrece a los intentos de disposición total o parcialmente *a non domino*.

II. LOS HECHOS ORIGEN DEL CONFLICTO RESUELTO EN LA STS 2171/2024, DE 8 DE MAYO DE 2024

Un matrimonio, casado bajo el régimen económico de sociedad de gananciales, tuvo cuatro hijos (Florencio, Marta, Melisa y Milagros). Fallecido el marido y padre de los cuatro hijos —parece que sin haber otorgado testamento—, se abre su sucesión. Con el fin de facilitar las operaciones liquidatorias de la sociedad de gananciales y las posteriores particionales de la herencia dejada por el progenitor fallecido, tanto la viuda (Paloma) como tres de los hijos (Marta, Melisa y Milagros) otorgaron poder especial en favor del otro de

los hijos (Florencio) para que éste pudiera realizar las operaciones liquidatorias del régimen económico y llevar a cabo las operaciones particionales de la herencia, autorizándole a proceder a la «adjudicación de todos o alguno de los bienes a uno a cambio de abonar a otros el exceso en dinero, permitiendo incluso la autocontratación».

Liquidado el régimen económico, el hermano apoderado (Florencio) realiza la partición hereditaria por iguales partes entre los cuatro hermanos, y adjudica a su madre (Paloma, viuda del causante) el usufructo sobre un tercio de la herencia. Unos días después, y en uso del poder que había recibido, el mismo Florencio otorgó escritura de extinción del condominio respecto de una de las fincas adjudicadas por iguales partes entre los hermanos, adjudicándose la total y única propiedad de dicha finca con la obligación de compensar en dinero a los demás, para lo cual concertó, *ese mismo día y ante el mismo Notario con sólo unos minutos de diferencia con respecto a la anterior escritura de extinción del condominio y adjudicación*, un préstamo con garantía hipotecaria con una entidad bancaria (entonces Banco Castilla La Mancha —en la actualidad, Unicaja Banco—). Tanto la escritura de extinción del condominio y adjudicación de la propiedad en favor de Florencio, como la escritura del otorgamiento del préstamo con garantía hipotecaria, se presentan telemáticamente ese mismo día en el Registro de la Propiedad, causando cada una de las escrituras el correspondiente asiento de presentación con apenas dos minutos de diferencia el uno del otro.

Tanto la viuda (Paloma) como las tres hermanas (Marta, Melisa y Milagros) demandaron a su, respectivamente, hijo y hermano (Florencio), así como a la entidad prestamista (Banco Castilla La Mancha), solicitando, primero, la declaración de nulidad de la adjudicación del inmueble realizada por Florencio; y segundo, y por repercusión, la nulidad del gravamen hipotecario.

En primera instancia, el Juzgado que conoció del caso desestimó todas las pretensiones de las demandantes. Éstas recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual estimó parcialmente el recurso de apelación: estimó la declaración de nulidad de la extinción del condominio y adjudicación de la propiedad a Florencio, «ordenando la cancelación de la inscripción registral correspondiente y la restitución de las indemnizaciones en su caso percibidas»; pero confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto a la pretensión de nulidad de la hipoteca frente a Banco Castilla La Mancha, por entender que ésta estaba protegida por los efectos de la fe pública registral *ex* artículo 34 LH, argumentando que este precepto

«[p]rotege la realidad registral y al adquirente que confía en lo que el Registro manifiesta, y en este supuesto la escritura de constitución de hipoteca se realizó inmediatamente después de la de extinción de condominio, constando remitida telemáticamente la primera al Registro, por lo que el asiento de presentación es también anterior en el tiempo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los art. 24 y 25 LH, y debiendo considerar como fecha de inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, siendo preferente entre dos o más inscripciones, la que en el tiempo sea anterior, debe considerarse que la hipoteca se constituyó por persona que según el Registro tenía facultades para ello, estando inscrita la titularidad de los condominios respecto del inmueble que posteriormente, por extinción, se adjudica el hipotecante y, el Banco, también inscribió su derecho».

La viuda (Paloma) y las otras tres hijas (Marta, Melisa y Milagros) recurren en casación, denunciando infracción del artículo 34 LH al afirmar la Audiencia Provincial que la entidad bancaria ha quedado protegida por la fe pública registral en lo referente a la adquisición del derecho de hipoteca.

III. LA SOLUCIÓN DADA AL RECURSO DE CASACIÓN POR LA SENTENCIA OBJETO DE ESTE ESTUDIO

El Tribunal Supremo, creemos que con acertado criterio, estimó el recurso de casación planteado por las recurrentes, y declaró la nulidad de la hipoteca otorgada por Florencio a favor del Banco Castilla La Mancha. La razón fundamental, *ratio decidendi*, de la sentencia, gira en torno a los presupuestos de los efectos de la fe pública registral, exigidos por el artículo 34 LH en el tercero que pretenda ser merecedor de estos. En el caso analizado por la sentencia, el Alto Tribunal entiende, contra el criterio sostenido en la Sentencia de segunda instancia, que falta uno de ellos: la adquisición por el tercero de *persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*. No basta que el tercero logre la inscripción (esto es algo que debe ser decidido conforme a las reglas del tracto sucesivo), sino que *adquiera* de titular registral: «Preci-

samente porque el art. 34 LH salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro de la Propiedad, aparece con facultades para transmitir el derecho de que se trate, la protección al tercero requiere como requisito objetivo que su acto de adquisición, válido y a título oneroso, sea realizado con el titular registral como disponente y que a su vez el tercero inscriba su adquisición». Y más abajo se añade: «La inscripción del transmitente ha de ser anterior a la adquisición del tercero, ya que la protección del art. 34 LH se basa en la apariencia jurídica creada por la inscripción. Por ello, a los efectos del art. 34 LH hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó, como ya afirmara la célebre sentencia de 12 de noviembre de 1970 (Roj: STS 97/1970 - ECLI: ES: TS:1970:97), con cita de las anteriores de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, y cuyo criterio es seguido por las sentencias 348/1994, de 22 de abril, de 14 de junio de 1994 (rc. 2431/1991), y 178/2015, de 10 de abril»¹.

Lo anterior merece nuestra atención en las páginas siguientes; en concreto, la relación entre el llamado principio de tracto sucesivo y el de fe pública registral, y el alcance del mencionado requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria consistente en adquirir del que aparezca en el Registro con facultades para disponer.

Pero además de este punto de interés, creemos que resultará de interés aproximarse también a una cuestión que, aunque no fue objeto de discusión en el caso origen del pleito, nos ofrecerá una visión más completa del mismo: la posibilidad de que la entidad bancaria, una vez admitido que la hipoteca fue constituida por Florencio *a non domino* y sin merecer aquélla los beneficios de la fe pública registral, pudiera exigir al menos la eficacia *parcial* de la hipoteca, a concretar únicamente sobre el dominio de Florencio. Dedicaremos un apartado de este estudio a esta cuestión.

En definitiva, nos encontramos ante un intento de disposición *a non domino* (más exactamente, *parcialmente a non domino*). Comprender el alcance de la solución dada a este conflicto, implica comprender la respuesta que el Ordenamiento, y concretamente, las reglas del tráfico jurídico, ofrecen a los intentos de disposición *a non domino* en el tráfico inmobiliario. En las páginas que siguen nos proponemos ofrecer un estudio de esa respuesta, intentando no perder de vista el concreto caso analizado en la sentencia que es objeto de este comentario.

¹ Fundamento de derecho cuarto, ap. 3.

IV. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A LAS DISPOSICIONES, TOTAL O PARCIALMENTE, A *NON DOMINO*. PLANTEAMIENTO GENERAL

En el tráfico jurídico, los movimientos patrimoniales son consecuencia de la operativa, superpuesta, de reglas del derecho de obligaciones y contratos, y de reglas del derecho de bienes. Se trata, gráficamente, de planos normativos que se necesitan mutuamente para llegar al cambio de titularidad pretendido: las reglas del derecho de obligaciones y contratos, ofrecen el soporte adecuado a la autonomía privada y la canalizan hacia el fin pretendido, generando los correspondientes derechos y obligaciones entre las partes del negocio (disponente y adquirente); por su parte, las reglas del derecho de bienes disciplinan la culminación del efecto jurídico real, contenido potencialmente en la fase negocial, produciendo consecuencias jurídicas que no sólo están dirigidas a los contratantes (cfr. art. 1257 CC), sino a toda la sociedad: en otras palabras, suponen el salto de la transmisión en *potencia* a la transmisión como *acto-consecuencia*².

Las ideas anteriores, nos parecen claras para explicar el punto de partida de un sistema de transmisión *causalista*, con independencia de que éste responda a su vez a un sistema de transmisión consensual (modelo francés o italiano) o a un modelo de título y modo (modelo español). Pero también son ciertas en el marco de un sistema de transmisión abstracta como es el alemán, por bien que tales ideas hayan de referirse ahora al llamado acuerdo transmisivo *abstracto*, que es el que contiene la fuerza transmisiva en potencia, y que precisa también del momento traslativo posterior (transmisión como *acto*).

Lo que sí diferencia en este momento un sistema de transmisión causalista de un sistema de transmisión abstracto, es que en los primeros, el negocio en que se contiene la transmisión como potencia (causa *remota* de la transmisión) tiene por finalidad principal generar derechos y obligaciones entre los contratantes, es decir, cumple la función que institucionalmente el contrato está llamado a

² En este sentido, resulta muy gráfica la explicación del proceso transmisivo del dominio, para un sistema que obedece al esquema de título y modo como el nuestro, haciendo referencia a las ideas de *causa remota* y *causa próxima* de la transmisión: lo primero lo constituye el *título*, y lo segundo, *el modo*. Por todos, véase GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1948, pp. 297 ss.

cumplir en ese Ordenamiento³. En cambio, en un sistema transmisivo abstracto como el alemán, el llamado *negocio transmisivo* es un negocio de carácter especial, cuya finalidad es purgar a la consecuencia transmisiva pretendida por los contratantes, de los defectos del negocio causal antecedente, impidiendo que el proceso traslativo quede contaminado por aquellos: en otras palabras, su función es únicamente servir de *depurador* colocado entre el momento de operativa de la autonomía privada, y el momento traslativo. Pero con todo y con ello, el negocio transmisivo abstracto *debe existir, y debe ser válido en sí mismo*.

En lo que se refiere al sistema transmisivo español (causalista, y de título y modo), y por lo que hemos apuntado más arriba, la transmisión del dominio y la constitución de derechos reales limitados en el tráfico jurídico, implica poner en funcionamiento tres planos o bloques normativos, cada uno con su función institucional y fines, pero que operan coordinadamente para conseguir la finalidad pretendida por los actores del tráfico: el bloque normativo del derecho de contratos, el bloque o plano jurídico-obligacional de fuente contractual (o más ampliamente, negocial), y el bloque o plano jurídico real o del derecho de bienes. Pero no podemos perder de vista que ambos planos o bloques normativos, aunque puedan y deban operar de manera coordinada para operar la transmisión del dominio y la constitución de derechos reales, sin embargo su papel institucional en el Derecho Privado es distinto. Pensemos que:

– El contrato es importante en el sistema jurídico por cuanto es generador, fuente, de derechos y obligaciones. Esta es su finalidad institucional, a la vista del artículo 1089 del Código Civil. Esto explica que, aunque no exclusivamente, sí de manera muy acusada, la regulación del Código Civil en esta materia se centre en los problemas de formación y *validez* del contrato, en el entendido que la validez del contrato conllevará su eficacia como generador de derechos y obligaciones⁴. Naturalmente, cuando el contrato es válido (y por ello, y con contadas salvedades, también eficaz), los problemas que pueden surgir en el tráfico ya serán problemas de *cumplimiento*, a disciplinar con arreglo a las normas del derecho de obligaciones.

³ En nuestro Derecho, basta leer el artículo 1089 CC: la función institucional de los contratos en el Derecho español es generar derechos y obligaciones.

⁴ Sólo en casos excepcionales, un contrato válido puede no ser eficaz, en todo o en parte. La figura de la rescisión del contrato es demostrativa de ello.

– En cambio, los problemas que pueden surgir en el tráfico considerando la operativa del bloque normativo del derecho de bienes, no son ya problemas de validez, *sino netamente de eficacia*⁵. Esto es natural, una vez hemos remitido a la fase negocial el desarrollo de la autonomía privada, su adecuada formación y expresión; ya sólo quedará constatar si el momento traslativo *se producirá o no*.

Así las cosas, estamos en disposición de comprender que, para que se produzca en el tráfico la transmisión del dominio o la constitución de derechos reales, son tres los momentos a considerar:

1.º Que exista un negocio jurídico *válido*. Sólo el negocio jurídico válido puede ser, además, *eficaz* como generador entre los contratantes de los derechos y obligaciones que potencialmente contienen la consecuencia transmisiva pretendida. Si el negocio no es válido, la respuesta que, como punto de partida, nos ofrecen las reglas del derecho de contratos podemos calificarla como *neutral* en cuanto a la protección de los contratantes: no se busca proteger a ningún contratante frente al otro, sino que se pretende la plena restitución de las prestaciones que se hayan ejecutado, y asimismo la plena desvinculación recíproca (cfr. art. 1303 CC).

Sólo en casos excepcionales se altera esta regla que podemos calificar de *neutral*; casos en que el legislador ha realizado una ponderación de intereses que le llevan a considerar más apropiada una solución distinta. Basta pensar en los casos de los artículos 1304 (consideración a la protección que merece el menor de edad) y 1305 y 1306 CC (en consideración a la conducta delictiva o torpe de los contratantes) o, en fin, en los supuestos de anulabilidad por vicio del consentimiento (cfr., sobre todo, arts. 1302, 1310 y 1312 CC).

2.º Que los contratantes cumplan sus obligaciones; típicamente y a lo que ahora nos interesa, que el disponente (*tradens*) cumpla con sus obligaciones contractuales, en tanto que tales obligaciones están dirigidas tanto a la satisfacción de la función socioeconómica del contrato, como para provocar la mutación jurídico real pretendida. En este aspecto, en caso de incumplimiento de una de las partes, las reglas del derecho de obligaciones ya no ofrecen una

⁵ Sólo desde un punto de vista de su «expresividad plástica», pueden admitirse afirmaciones en que se refiere la validez y nulidad *de la transmisión* (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 503, nota al pie 20).

respuesta neutral, sino de *protección* al acreedor de la prestación incumplida. De nuevo a lo que ahora nos interesa, si el disponente no cumple con sus obligaciones principales, el bloque normativo del Derecho de obligaciones tiende a proteger al adquirente; pero no tanto para que éste *adquiera* el dominio o el derecho real de que se trate, sino para que se satisfaga su derecho de crédito.

Al igual que sucedía en el ámbito del derecho de contratos, también en el derecho de obligaciones hay excepciones a esta regla de partida. *Grosso modo*, lo constituyen los casos de incumplimiento resolutorio por caso fortuito en el sentido del artículo 1105 del Código Civil. En estos casos, el remedio resolutorio, sin indemnización, puede calificarse como un remedio *neutral* en cuanto a la consideración de la posición jurídica en que quedan deudor (objetivamente incumplidor) y acreedor.

3.º Que la transmisión del dominio o la constitución del derecho real, como consecuencia jurídica, pueda operar eficazmente. Este aspecto ya queda bajo la lógica del bloque normativo del derecho de bienes. Desde luego, para que aquella consecuencia pueda darse, es preciso que exista un contrato *válido y eficaz*, y es preciso también que el disponente *cumpla* sus obligaciones; pero esto *no es suficiente*: es preciso que también se cumpla el presupuesto básico de eficacia de la transmisión o constitución del derecho, y este presupuesto consiste en que, quien pretende presentarse como disponente en el tráfico, tenga legitimación dispositiva sobre el dominio. Este presupuesto, en su formulación negativa, nos lleva a la conocida regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Y esto, a su vez, a constatar que, así como las reglas de validez de los contratos son *neutrales* al disciplinar la posición jurídica de los contratantes en caso de invalidez, y las del derecho de obligaciones no son neutrales y tienden a proteger al acreedor (en nuestro caso, pretendido adquirente) en caso de incumplimiento, la regla *de partida* del derecho de bienes tampoco es neutral, por cuanto tiende a *proteger al verus dominus* (por hipótesis, ajeno a la relación obligatoria), y no al pretendido adquirente en el tráfico.

Pero al igual que en los dos casos precedentes, aunque para el bloque normativo del derecho de bienes la anterior deba ser considerada como la regla básica de partida, también el sistema jurídico prevé excepciones a la misma. Estas excepciones vienen constituidas por los supuestos de adquisiciones *a non domino*, en las que la transmisión del dominio o la constitución del derecho real *opera*

eficazmente, aunque el que actuó como disponente careciera, total o parcialmente (como sucedió en el caso de la sentencia objeto de este comentario), de legitimación dispositiva para provocar la mutación jurídico-real pretendida. Claramente es un supuesto de adquisición *a non domino*, en el tráfico mobiliario, el caso contemplado en el artículo 85 del Código de Comercio, y muy dudoso, también el tráfico mobiliario, el caso contemplado en el artículo 464-1.º del Código Civil; pero para el tráfico inmobiliario, sin ninguna duda contempla un supuesto de adquisición *a non domino* el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Todo lo anterior pone de manifiesto cómo, en un proceso de transmisión del dominio y constitución de derechos reales, operan secuencialmente (dicho sea desde un punto de vista conceptual) tres bloque normativos, con reglas de partida distintas en cuanto a la definición de la posición jurídica de los actores del tráfico.

En la propuesta de estudio que aquí presentamos, para comprender de una manera completa el fenómeno de las disposiciones *a non domino*, como situación patológica que puede darse en el tráfico –como se dio en el supuesto del que trae causa la sentencia que ahora comentamos–, creemos que resulta inexcusable hacer pasar la disposición de cosa ajena, por el filtro de cada uno de esos bloques normativos / momentos conceptuales del *iter* traslativo del dominio o de constitución de los derechos reales, en orden a comprobar la respuesta que cada uno de ellos reserva a esta situación patológica del tráfico.

1. LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO DE CONTRATOS

1.1 La consideración general a la venta de cosa ajena

Como hemos apuntado, y quizá debido a los condicionantes metodológicos presentes en la redacción del Código Civil⁶, la regulación que éste hace del contrato como institución general, está

⁶ Resultan especialmente reveladoras las palabras del jurista alemán Adolf Merkel a la hora de explicar las razones de este punto de partida, y que podemos asumir como válidas para el Derecho español: «En los derechos reales el interés recae en primer término sobre el contenido del derecho que encarna su fin (...) y que puede ser fijado sin atender para nada al fundamento de su constitución (...). En las obligaciones, por el contrario, el interés responde ante todo a los hechos que determinan el nacimiento de aquellos (...) que provocan la existencia efímera de las obligaciones y que, infinitamente varios en sí, determinan en las obligaciones un contenido y un fin no menos varios». Y concluye: «Consecuencia de esta contraposición, a su vez, es que lo decisivo siempre en el sistema de los derechos reales sea su contenido (...), mientras que para la construcción del Derecho de obligaciones en la legislación y en la doctrina el papel capital corresponde a los fundamentos de su constitución» (MERKEL, 1924, pp. 343-344).

centrada principalmente en aspectos que podríamos calificar de *genéticos*: su formación y validez, y consecuentemente, causas y consecuencias de la invalidez.

En este sentido, debemos preguntarnos qué respuesta ofrece este bloque regulativo al supuesto en que un contratante pretende disponer de lo que no es suyo en favor de otro; más en concreto, qué problemas de validez contractual podría plantear este supuesto.

En la actualidad, se nos presenta como una solución aceptada que el contrato en el que uno de los contratantes pretende disponer de lo que no es suyo en favor de otro, es un contrato *válido*, o lo que es igual, que no merece ninguna respuesta específica desde el bloque normativo del derecho de contratos⁷.

Pero esta respuesta, que hoy se explica con naturalidad y relativa facilidad, sólo puede comprenderse en profundidad teniendo muy presente que fue fruto de una evolución doctrinal y jurisprudencial, y que durante mucho tiempo desde la promulgación del Código Civil, no fue una conclusión ni pacífica ni clara, y hay claros ejemplos jurisprudenciales en este sentido como fue la STS de 9 de mayo de 1980 (Pte: Sánchez Jáuregui)⁸ (RJ/1980\1790), y ya entrado el siglo XXI, encontramos rastro de este enfoque en alguna sentencia del Tribunal Supremo, como fue el caso de la STS 1180/2000, de 17 de febrero de 2000 (Pte: Marín Castán)⁹

⁷ Tampoco resulta inválido el embargo trabado a non domino, cuando éste se ha practicado al amparo de la información que arroja el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de la posibilidad de que el *verus dominus* interponga la correspondiente tercería de dominio; ni tampoco es nula la adquisición que se verifica en favor del rematante en el procedimiento de ejecución en que se trabó como medida cautelar ese embargo (cfr. STS 1192/2007, de 5 de marzo de 2007 –Pte: Marín Castán– (RJ/2007\723)).

⁸ Es expresivo de ello el siguiente pasaje: «sin confundir objeto por poder de disposición sobre el objeto, la compraventa se otorga atribuyéndose la vendedora una –titularidad dominical– que no ostentaba, y ello no puede menos de trascender a lo que ha de conceptuarse como objeto de la convención, objeto integrado no sólo por la cosa en sentido físico, sino también, por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar, habiendo de entenderse en este sentido subsistente la doctrina sentada por esta Sala en sus sentencias de 27 de diciembre de 1932 y 31 de enero de 1963 (RJ 1963\753), caucionadora de que «si lo que se pretende es la invalidación de transmisiones por falta de poder de disposición sobre los bienes, tal circunstancia no provoca la nulidad por ilicitud de causa, sino por falta de objeto».

⁹ En esta sentencia, se trató de un caso en que unos herederos habían vendido bienes de la herencia antes de la partición. La Audiencia Provincial había declarado la validez negocial de los contratos, entendiendo que, al tratarse de negocios dispositivos a non domino, estos eran válidos, sin perjuicio de la ineficacia traslativa que cabía esperar.

El Tribunal Supremo casó la sentencia en este parte: «Los argumentos no son de aplicación al caso en que terceros al contrato, pero titulares del poder de disposición del bien vendido, están legitimados para pedir la nulidad de la venta que efectúa quien no tiene la disponibilidad de lo vendido y provee, por la tradición de la cosa, de un título apto al menos para usucapir. Para evitar tales efectos no hay otro camino que la impugnación de la venta y la llamada al proceso de cuantos se pueden ver afectados por la sentencia. Esto es, la madre vendedora, el primer comprador y el segundo. Y la Jurisprudencia de esta Sala en casos como el presente declara la nulidad de los contratos, la cual comporta la restitución de las cosas (no propia reivindicación, sino efecto simple de la nulidad)».

(RJ\2000\806), las SSTs 4045/2004, de 11 de junio de 2004 (Pte: Ruiz de la Cuesta Castajares) (RJ\2004\4427) y 5215/2004, de 15 de julio de 2004 (Pte: Auger Liñán)¹⁰ (RJ\2004\4866); y en la llamada «jurisprudencia menor», la SAP de Cantabria 2477/2000, de 7 de diciembre (Pte: Alonso Roca)¹¹ (JUR\2001\78793).

El debate se ha planteado históricamente desde la *venta* de cosa ajena, pero las conclusiones son perfectamente extrapolables también para cualquier contrato o negocio en que se pretende la constitución de un derecho real limitado.

Aunque como hemos señalado, hoy se nos presenta como solución aceptada el que el contrato en que se pretende disponer *a non domino* es válido, debemos preguntarnos cuál fue el origen de la idea contraria, que sólo comenzó a forjarse una vez aprobado el Código Civil, y en el intento de interpretar las soluciones que el Código ofrecía, a la luz de las que ofrecía para situaciones similares el Código Civil francés de 1804, indudable inspirador de nuestro Código.

En efecto, resulta difícil cuestionar la validez de la venta de cosa ajena en el Derecho Romano, y asimismo, en nuestros textos legales previos a la Codificación civil que se inspiraban francamente en aquél¹². Esto supuso un estado doctrinal, anterior al Cód-

¹⁰ En ambas se repite el mismo argumento: «[L]a tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1.473 C.c. [en la STS 5215/2004, por error, se hace referencia al art. 1462] requiere para su existencia que para cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas, pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor, ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto».

¹¹ Esta resolución es especialmente ilustrativa, porque en ella se pone de manifiesto el esfuerzo de encajar el prejuicio de la nulidad del contrato – venta de cosa ajena, con la relación entre los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. En esta sentencia puede leerse: «El codemandado (...) no es subadquirente (es decir, tercero propiamente), sino adquirente directo, que compra de quien el Registro proclama que es el propietario y que ya no lo es en realidad, en una compraventa de cosa ajena y por tanto sin eficacia traslativa del dominio, por lo que la inexistencia a tales efectos traslativos del contrato impide, a la luz del artículo 33 LH, considerarle “tercero” del artículo 34 LH».

¹² Cfr. D. 18.1.28, que es el precedente de la Ley 19, Título V, Partida V, conforme a la que «Cosa agena vendiendo vn óme a otro, valdra la vendida. Pero aquel que tal compra faze, o sabe que aquella cosa, que assi compra, que non es de aquel que gela vende, o creta que es suya. E si sabe que es agena, maguer que la torne despues por juyzio a aquel cuya es, non es tenuto el vendedor de tornarle el precio; fueras, si quando gela vendio, se obligo que lo tornasse, si aquel cuya era aquella cosa la demandasse, e la cobrasse. Mas si non supiesse el comprador que era la cosa agena quando la compro, entonce non seria el vendedor tenuto tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, e los menoscabos que le viniesen por razón de aquella vendida que fe fizo».

No puede decirse lo mismo de los precedentes normativos que tenían ascendencia gótica, como el Fuero Real, en el que la Ley 9 del Título X del Libro III preveía que «non vala» la venta que alguien haga de lo que no es suyo.

go Civil, favorable a la validez de la venta de cosa ajena¹³. Y en este contexto, como sabemos en 1888 se aprueba la primera edición de nuestro Código Civil, y un año después, la segunda, acogándose el sistema transmisivo romano de título y modo, y obviando cualquier disposición que aborde de manera directa la venta de cosa ajena. Así las cosas, parecería sensato concluir que, en relación a la venta de cosa ajena, *nihil novum sub sole*. Y sin embargo, nada más lejos de la realidad. Los primeros comentaristas de nuestro Código Civil negaron la validez de la venta de cosa que no pertenecía al vendedor, a veces afirmando que la venta era en tal caso *nula*¹⁴, a veces afirmando que, al menos, era *anulable*¹⁵.

Este cambio de opinión, carente de base *lege latae*, sólo puede explicarse por la influencia del Código Civil francés, que sí contenía (y contiene aún) una disposición en sede del contrato de compraventa, que aborda desde el *derecho de contratos* la venta de cosa ajena. Se trata del artículo 1599 del *Code*, a cuyo tenor:

La vente de la chose d'autrui est nulle: elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui».

Como vemos, esta disposición proclama literalmente la *nulidad* de la venta de cosa ajena. Nulidad que, creemos, fue derechamente buscada por los redactores del *Code*, influidos por la doctrina iusnaturalista de Grocio y de Puffendorf, que presentaba como inconcebible que, habiendo proclamado un sistema de transmisión consensual, pudiera venderse válidamente lo que no era del vendedor.

Independientemente del juicio crítico que pudiera hacerse, lo cierto es que las bases de lo que a la postre sería el artículo 1599 del *Code* francés pueden explicarse con relativa facilidad, si tenemos presentes dos ideas que, sabemos, tuvieron presentes los redactores del *Code* fran-

¹³ Cfr. GARCÍA GOYENA; AGUIRRE, Tm. II, 1852, p. 399. GÓMEZ DE LA SERNA / MONTALBÁN, Tm. II, 1872, p. 264.

¹⁴ Así, Manresa concluyó que «Respecto á la cosa ajena nada dice nuestro Código. Desde luego no es válida, porque la venta representa una transmisión de derechos, y mal puede nadie transmitir lo que no tiene» (...) [L]a obligación de saneamiento en caso de evicción, viene precisamente á poner de relieve la nulidad más o menos encubierta de esa clase de ventas, imponiendo al vendedor el deber de indemnizar» (MANRESA, Tm. X, 1908, p. 25).

¹⁵ En este sentido, Scaevola, que después de plantear la posibilidad de que el contrato así celebrado pudiera ser nulo por ilicitud o torpeza de la causa, ya imputable a comprador y vendedor o ya sólo a este último (según si el comprador conocía o no, respectivamente, el carácter ajeno de la cosa vendida), concluye que «las ventas de cosa ajena (...) pueden significar contratos anulables y no nulos», con base en la presencia, ya de error por parte del comprador, ya de dolo (SCAEVOLA, Tm. XXIII, 1906, pp. 277-278).

cés, y hundían sus raíces en las doctrinas iusnaturalistas que tanta influencia tuvieron en aquella época¹⁶:

a) La primera de ellas, es que quería evitarse la pervivencia del excesivo formalismo conceptual y de las, en opinión de los redactores del Code, sutilezas jurídicas del Derecho Romano a la hora de disciplinar el problema de la venta de cosa ajena, que sólo conducían a soluciones poco prácticas, desapegadas de la realidad y contrarias al sentido común. En este sentido, y al parecer por influencia de Hugo Grocio, se apuntó que sostener que el vendedor sólo debía garantizar la posesión del comprador, y que la función de la compraventa no es transmitir la propiedad, es algo contrario al sentido común y la realidad de las cosas. La compraventa es un contrato cuya finalidad ha de ser la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador; por tanto, si esta consecuencia no se puede obtener por no pertenecer la cosa vendida al vendedor, entonces el contrato celebrado con un vendedor no propietario no puede ser considerado como compraventa¹⁷. Así, y como indicara Laurent, se comprenderá que el artículo 1599 del Code francés, al sancionar con la nulidad la venta de cosa ajena, aparece como una consecuencia lógica¹⁸.

b) La segunda de ellas, es la adopción de un sistema transmissivo consensual, que rechaza frontalmente el esquema de título y modo del Derecho Romano. De nuevo aquí la influencia iusnaturalista resultó decisiva¹⁹: Grocio puso de manifiesto que la exigencia de la *traditio* como momento traslativo del dominio no viene exigida por el Derecho natural; y Puffendorf añadió que si la tradición, acto físico, puede ser exigida para ceder la posesión por cuanto se trata de una consecuencia fáctica, el consentimiento, acto netamente intelectual, debe ser suficiente para transmitir el dominio, por

¹⁶ Sobre esta materia, resulta muy recomendable la lectura de la obra de LAURENT, Tm. XXIV, 1877, pp. 5 a 9, y 105 a 121.

¹⁷ Resultan muy expresivas al respecto las palabras que empleó Faure en su informe relativo al contrato de compraventa, durante la elaboración del Code: en el caso de venta de cosa ajena, y en relación al que otorga el contrato como vendedor, «C'est par une pure subtilité qu'on l'appelle vender» (VV. AA., 1820, p. 53).

¹⁸ LAURENT, 1877, p. 107.

¹⁹ Seguramente, la influencia de la doctrina del Derecho natural en este ámbito, estuvo allanada por la práctica del tráfico, a través de la generalización de la cláusula *des-saisine-saisine*, que era una cláusula de constituto posesorio en la que, en efecto, no había *traditio material*; de aquí se llega a la idea de que el elemento que opera la transmisión del dominio es la intención de las partes; y finalmente, y quizá con excesivo reduccionismo conceptual pero con innegable sencillez y quizá por ello aceptación –con la marcada excepción de Pothier, fiel a los esquemas conceptuales romanos–, se acaba conformando un estado doctrinal, en el que destacan Bourjour y Argou, en el que se llega a afirmar que, si para los romanos la venta obligaba a la tradición, «parmi nous elle transfère la propriété» (véase al respecto, por todos, BAUDRY-LACANTINEIRE; SAIGNAT, 1908, p. 5 (§ 6)).

cuanto esto es también una consecuencia intelectual²⁰. Que estas ideas influyeron en los redactores del *Code*, y estuvieron muy presentes al abordar la regulación codificada de esta materia, es algo que está fuera de toda duda. Pues bien, adoptado así un sistema de transmisión consensual, esto es, siendo la compraventa traslativa por sí sola, parece natural concluir que la venta de cosa de otro, incapaz de producir el efecto traslativo esencial del contrato, deba considerarse *nula*²¹. Además, al sancionar con la nulidad la venta de cosa ajena, se daba adecuada protección al *verus dominus*²².

No es de extrañar, por tanto, que la misma solución normativa ofrecida por el *Code* francés a la venta de cosa ajena, en el marco de un sistema de *transmisión consensual* del dominio, fuera acogida por otros Códigos Civiles decimonónicos que siguieron el mismo sistema traslativo, tanto en Europa²³ como en América²⁴; y fuera rechazada, en cambio, en los Códigos que seguían el sistema romano de transmisión de título y modo²⁵.

²⁰ Al respecto, véase CARBONNIER, 1973, p. 135 (§ 40).

²¹ En este sentido, COLIN; CAPITANT, 1925, p. 44. También JOSSEAND, 1939, p. 22 (§ 1041)). En la misma línea, MAZEAUD, 1979, p. 89 (§ 815)).

²² En opinión de Portalis, es contra toda razón y contra todos los principios, que dos contratantes puedan disponer de un bien que pertenece a un tercero, sin cuyo consentimiento ni conocimiento están negociando (VV. AA., 1820, p. 12).

²³ Así, el Código del Cantón de Vaud de 1819 (cfr. arts. 1130 –equivalente al artículo 1599 del *Code*–, en relación con su artículo 1113 –que establecía la transmisión consensual del dominio, aunque para la venta inmobiliaria exigía que «el acto ha pasado auténticamente»). También el Código Civil de Luisiana de 1808, aunque en este caso era esperable la igualdad de soluciones con el *Code* francés, toda vez que «El Código de Luisiana no es otra cosa en su origen que el proyecto de Código francés tal cual había sido sometido al tribunalado» (SAINT-JOSEPH, 1843, p. IX de la Introducción).

Una marcada excepción lo representaba el Código Civil holandés que entró en vigor el 1 de octubre de 1838, el cual declaraba también la nulidad de la venta de cosa ajena (cfr. art. 1507), y sin embargo seguía el sistema traslativo romano de título y modo (cfr. art. 1495).

²⁴ En este sentido son representativos el Código Civil mexicano de 1870, y el guatemalteco de 1877.

– En cuanto al Código civil mexicano de 1870, su artículo 2958 disponía que «La venta de cosa ajena es nula: y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios, si procede con dolo ó mala fe». Previamente, su artículo 1552 dio carta de naturaleza a la transmisión consensual del dominio: «En las enagenaciones [sic.] de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de la tradición».

– Respecto al Código Civil de Guatemala, disponía su artículo 1498 que «No hay vena de lo ageno [sic.] ni compra de lo propio»; a lo que el artículo siguiente (el 1499) añadía que «Si se vende lo ageno [sic.], el comprador no adquiere el dominio sino la posesión ó la mera tenencia que hubiere correspondido al vendedor». Antes, su artículo 1479 había acogido el sistema traslativo consensual: «Para la traslación del dominio en el contrato de compra ó venta, no se necesita la entrega de la cosa, ni del precio».

²⁵ Un Código Civil fiel a la doctrina romana del título y el modo como es el chileno de 1855, afirma la validez de la venta de cosa ajena (cfr. art. 1815: «La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida (...)).»).

Hasta aquí, la explicación de lo que, creemos, fue la base de la conclusión, sostenida entre nosotros durante años, conforme a la que el contrato en que se pretende disponer de lo ajeno, es un contrato nulo.

Pero parece fácil la crítica de estas conclusiones, analizada desde las herramientas normativas que nos ofrece el derecho de contratos. No sólo no resultan convincentes las razones argüidas por los redactores del Code para justificar lo dispuesto en su citado art. 1599²⁶, sino que los intentos interpretativos posteriores de la doctrina francesa de este precepto, son un constante esfuerzo de superación de su literalidad de la norma para escapar de la sanción de la nulidad, y llegar, si no a la aplicación del régimen del incumplimiento, sí al menos al régimen de la anulabilidad (nulidad relativa) por error vicio²⁷.

Si la propia doctrina francesa ha criticado duramente la sanción de nulidad de la venta de cosa ajena, por considerarla una consecuencia desproporcionada y carente de sentido práctico, no puede tener el menor sentido intentar defender para nuestro Derecho la sanción de nulidad para el mismo grupo de supuestos, máxime cuando en nuestro caso no existe el condicionante *lege latae* de contar con un precepto similar al artículo 1599 del Code francés. Más bien tenemos serios argumentos para admitir la validez negocial de la venta de cosa ajena, como el que podemos deducir de la relación de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: como se puso de manifiesto en las SSTS 1192/2007, de 5 de marzo de 2007 (RJ\2007\723), y 5823/2007, de 7 de septiembre de 2007 (RJ\2007\723) (el ponente de ambas fue Marín Castán), «el artícu-

²⁶ Para proteger al *verus dominus* en el caso de venta de cosa ajena, basta con tener presente la regla de partida *nemo dat quod non habet*. Pero no lo entendió así Portalis al justificar, durante la tramitación del entonces proyecto de Código, la nulidad que a la postre contendría el art. 1599 del texto finalmente aprobado. En opinión de Portalis, es contra toda razón y contra todos los principios, que dos contratantes puedan disponer de un bien que pertenece a un tercero, sin cuyo consentimiento ni conocimiento están negociando [VV. AA., 1820, p. 12]. Sin embargo, admitir la *validez* de la venta de cosa ajena no implica necesariamente reconocer su plena *eficacia* traslativa; serán la eventual aplicación de una regla especial de adquisición a non domino la que, en su caso, pueda conducir a esa consecuencia, pero no el simple hecho de que la venta no sea nula.

²⁷ En este punto, y sin perjuicio de que pudiera considerarse más apropiado en abstracto que el supuesto debiera regularse desde las reglas del incumplimiento contractual, en líneas generales la doctrina francesa encuentra en la literalidad del precepto un serio argumento impeditivo en este sentido, por lo que consideran más apropiada la idea de anulabilidad o de nulidad relativa (así, LAURENT, 1877, pp. 109-112 (§ 103) y 116-117 (§ 111). También JOSSERAND, 1950, p. 25 (§ 1044) y MAZEAUD, 1979, p. 90 (§ 816).

En lo que no hay acuerdo en la doctrina francesa, es en relación con el objeto del error: para algunos autores (JOSSERAND, 1950, p. 26 (§ 1045)), el error recae sobre la persona del vendedor, y concretamente sobre sus cualidades; para otros (TUC, 1868, p. 270), el error recae sobre un elemento esencial del objeto; finalmente, para otros (MAZEAUD, 1979, p. 90 (§ 816)) el error recae sobre ambos, es decir, sobre el vendedor, pero también recae sobre el objeto.

lo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones *a non domino*, y por tanto el artículo 33 de la misma ley podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente».

Lo contrario, sólo conduce a tesis alambicadas en un intento de dar a los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, un sentido que no quiso dársele. Buen ejemplo de ello fue el caso de la SAP de Cantabria 2477/2000, de 7 de diciembre²⁸ (JUR\2001\78793).

Por otro lado, admitir la nulidad de la venta de cosa ajena, imposibilita de suyo la usucapión ordinaria, que exige, entre otros requisitos, que quien quiera beneficiarse de ella goce de justo título, el cual debe ser verdadero y *válido* (art. 1953 CC). Admitir, por tanto, que la venta de cosa ajena es un contrato viciado de nulidad, impide la usucapión ordinaria precisamente para el grupo de

²⁸ Basta transcribir el siguiente fragmento de su fundamento de derecho tercero:

«Podría discutirse, a la vista de la jurisprudencia variopinta que sobre la eficacia de la venta de cosa ajena ofrece nuestro Alto Tribunal (nulidad, anulabilidad, inexistencia, validez a efectos obligacionales) que, dado que la jurisprudencia mayoritaria concede validez a dicho contrato (aunque sea sólo a efectos obligacionales entre las partes contratantes y no transmita el dominio), el mismo no sería «nulo» a los efectos del artículo 33 LH y por tanto si el adquirente en el contrato de venta de cosa ajena inscribe en el Registro y cumple el resto de los requisitos del artículo 34 LH, su propiedad habría de ser conservada (tesis que sigue la SAP de Palencia de 18-4-1995).

Sin embargo, la doctrina hipotecarista predica que bajo la expresión «nulidad» que utiliza el artículo 33 LH han de entenderse los actos y contratos que sean inexistentes, radicalmente nulos o anulables.

Ya se ha dicho que la jurisprudencia mayoritaria considera que la venta de cosa ajena es una venta en la que quien vende carece de poder de disposición sobre el objeto, lo que la convierte en inexistente frente al verdadero dueño del mismo.

El codemandado Sr. Darío no es subadquirente (es decir, tercero propiamente), sino adquirente directo, que compra de quien el Registro proclama que es el propietario y que ya no lo es en la realidad, en una compraventa de cosa ajena y por tanto sin eficacia traslativa del dominio, por lo que la inexistencia a tales efectos traslativos del contrato impide, a la luz del artículo 33 LH, considerarle «tercero» del artículo 34 LH. Cuestión muy distinta sería si él hubiera vendido a un tercero el piso en cuestión y este tercero (se entiende que de buena fe) hubiera inscrito la compraventa, pues en este caso dicho tercero sí sería tercero hipotecario propiamente dicho y su adquisición devendría inatacable. Pero ese no es el caso del demandado Sr. Darío, que, como ya se ha dicho, no es tercero sino adquirente directo de quien no es propietario, cuyo título es formalmente válido pero ineficaz en la esfera traslativa del dominio.

En esas circunstancias la acción declarativa de dominio ejercitada por la parte actora ha de prosperar, con estimación íntegra de la demanda».

supuestos para el que está pensada en nuestro Derecho, lo cual es de la máxima incoherencia²⁹.

Debe quedar clara la separación entre el bloque normativo del derecho de contratos y el bloque normativo del derecho de bienes. Por supuesto que ambos forman parte de un mismo *sistema* jurídico, pero sus funciones institucionales son distintas, y por tanto, sus finalidades. En el tráfico jurídico, y a lo que ahora nos interesa (disposición de cosas ajenas), el bloque normativo del derecho de contratos opera sobre las *prestaciones de dar bienes*, pero el bloque normativo de los derechos reales (o derecho de cosas —aquí, la terminología puede resultar confusa—) opera sobre *las relaciones jurídico-reales* que tienen a esos bienes como referente objetivo, como consecuencia añadida o *superpuesta* a la dación del bien como conducta *solutoria*. Afirmar, por tanto, que el contrato en que se dispone de lo que no es del disponente, es un contrato *nulo* por falta de objeto, es incurrir en una confusión inadmisibles³⁰.

1.2 La consideración particular al caso de disposición parcialmente ajena: disposición por un comunero de la totalidad

Todo lo explicado hasta aquí resulta de aplicación, *mutatis mutandis*, para comprender la respuesta que el Ordenamiento da, desde el bloque normativo del derecho de contratos, al supuesto en que un comunero pretende disponer de la *totalidad* del dominio, ya intentando su transmisión, ya intentando constituir derechos reales

²⁹ Cabe preguntarse, entonces, cómo se intentaba compatibilizar lo que aparentemente parece imposible de compatibilizar, esto es, la idea doctrinal y jurisprudencialmente generada en favor de la nulidad de la venta de cosa ajena, con la afirmación legal de validez del título habilitante de la usucapción ordinaria. Parece que no hubo más remedio que establecer una distinción que, aunque artificiosa, en la práctica permitía salir del paso: no debe confundirse legalmente «la nulidad que para los efectos de la prescripción pueda afectar a los títulos, por la falta de algunos de aquellos que, según su carácter respectivo, obsten a su estimación en juicio, con la derivada de la naturaleza de los actos realizados y de la capacidad de las personas» (STS de 2 de octubre de 1908, extractada en GARCÍA ORMAECHEA, 1928, p. 887). Para un análisis crítico de esta tesis, véase ALAS; DE BUEN; RAMOS, 1916, p. 208, aunque estos autores se refieren a la citada sentencia como de fecha 20 de junio del mismo 1908.

³⁰ Por todas, resulta clara —y certera— la doctrina sostenida en la STS 2563/2008, de 5 de mayo de 2008 (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ\2008\5502), en la que puede leerse: «La venta de cosa ajena es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe (...); distinto es la falta de poder disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapción) a non domino en virtud del artículo 464 del Código civil en los bienes muebles y del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles. Precisando más, la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquella. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz».

limitados sobre él. Cuando un comunero celebra un contrato con finalidad transmisiva sobre la totalidad del dominio, o con finalidad de constituir un derecho real también sobre esa totalidad del dominio, la respuesta que el Ordenamiento Jurídico debe dar desde el bloque normativo del derecho de contratos debe ser, por razones de coherencia, el mismo que el que hemos explicado en los epígrafes anteriores. Como ha afirmado Atienza Navarro, los principios que rigen la venta de cosa ajena «deberían ser los mismos con independencia de que la ajenidad se predique sólo de una parte o de la totalidad del bien»³¹.

Por ello, en líneas generales la evolución de la respuesta que, desde el bloque normativo del derecho de contratos, tanto doctrina como jurisprudencia ha considerado correcta para el caso de disposición por un comunero de la totalidad del dominio, ha experimentado una progresión en la misma línea que, como vimos, experimentó la aprehensión de la venta de cosa (totalmente) ajena: desde su nulidad, a su completa validez. Y esto resulta perfectamente coherente pues, como ha señalado Cuenca Casas, «la naturaleza obligacional de la compraventa posibilita la validez de la venta de cosa ajena y *a fortiori* la de cosa común»³².

Sin embargo, a pesar de que la evolución interpretativa ha sido en el mismo sentido, no lo ha sido sin embargo a la misma velocidad. Y ello se ha debido a la existencia de una disposición concreta en sede de comunidad de bienes, y a la interpretación que de ella se ha hecho. Nos referimos al artículo 397 CC, que dispone que «ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alternaciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos». Esta disposición, que parece pensada para disciplinar los actos de alteración física de la cosa en común, fue durante muchos años extendida también a lo que podríamos llamar actos de alteración «jurídica», y entre ellas, la principal, el caso en que un comunero dispone de la totalidad del dominio sin el consentimiento de los demás.

Esto justificó durante años, una resistencia a admitir en sede de comunidad de bienes y en el caso mencionado, la evolución interpretativa que se abrió en favor de la validez de la venta de cosa (totalmente) ajena. El punto de inflexión seguramente lo supuso la doctrina sostenida en la STS 1553/2008, de 26 de febrero de 2008 (Pte: Gullón Ballesteros) (RJ\2008\2819) «Los recurrentes alegan en favor de la nulidad absoluta de la venta que está en comunidad,

³¹ ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 292. Y más adelante, en pp. 300-301, remarca: «es necesario insistir en la absoluta incoherencia que resulta al comparar las normas de disposición de cosa ajena, con las de disposición e cosa común (o parcialmente ajena)».

³² CUENCA CASAS, 2010, p. 2938.

que ha de hacerse con el consentimiento unánime de los demás comuneros, citando en apoyo de esa interpretación del art. 397 una sola sentencia. Aunque la misma sea expresiva de doctrina de esta Sala (que no se cita en el motivo), su jurisprudencia puede cambiar siempre de forma razonable, no arbitraria. La razón de la que ahora se mantiene es que no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquélla ni sobre ésta tiene poder de disposición el mismo» (último párrafo de su fundamento de derecho segundo).

Las consecuencias prácticas de esta evolución son importantísimas, al menos en un doble orden: 1) habilita a la usucapión ordinaria en favor del comprador; y 2) habilita el juego de la fe pública registral ex artículo 34 LH, al no ser el título, por sí, nulo (cfr. art. 33 LH).

En definitiva, debe quedar clara la validez negocial de la venta de la cosa común celebrada por un solo comunero. El artículo 397 CC no es argumento válido para sostener lo contrario. Además, y como atinadamente ha señalado por todos Cuena Casas, afirmar la nulidad negocial en estos casos «implica considerar la venta como acto de disposición, lo que infringe lo dispuesto en el artículo 609.2.º del Código Civil»³³.

1.3 Análisis crítico de la solución dada al conflicto origen de la STS 2171/2024, desde el bloque normativo del derecho de contratos

De todo lo que se ha explicado hasta aquí, parece claro que el hecho de que el disponente carezca de poder de disposición suficiente para consumar la mutación jurídico real pretendida, no merece por sí solo ninguna respuesta del Derecho en términos de validez o existencia del negocio dispositivo.

Trasladada la anterior idea a los hechos origen del conflicto al que pone fin la STS 2171/2024, la conclusión se nos presenta con claridad: desde el punto de vista negocial, ni la extinción del condominio que lleva a cabo don Florencio, ni la constitución de la hipoteca posterior en favor del Banco Castilla La Mancha, merece ninguna respuesta del Derecho Civil en términos de validez.

La Audiencia Provincial de Madrid, sin embargo, declaró la nulidad de la extinción del condominio en relación con la finca

³³ CUENA CASAS, 2010, p. 2939.

sobre la que, posteriormente, se quiso constituir derecho de hipoteca en favor de la entidad bancaria. La razón de esa declaración de nulidad radica en la extralimitación del poder que se le había concedido al demandado don Florencio.

El Tribunal Supremo no entra en el análisis de esta cuestión por lógicas razones de congruencia, ya que no fue objeto del recurso de casación. Pero en todo caso, y a pesar de que como decimos el Tribunal Supremo no entró en esta cuestión, debe quedar claro que la respuesta que el Derecho Civil ofrece al intento de disposición total o parcialmente *a non domino*, independientemente de que esa falta de poder dispositivo obedezca a una extralimitación de poderes representativos o no, no es en términos de validez negocial. La interpretación que hoy se nos presenta como clara del artículo 1259 CC confirma lo anterior³⁴.

La circunstancia de tratarse de un negocio de extinción de una situación de comunidad no justifica una solución distinta. No vamos a analizar la naturaleza jurídica del negocio extintivo o divisorio de las situaciones de comunidad; nos basta con comprobar que el Código Civil reserva a estos la misma respuesta que a la venta de cosa ajena desde el punto de vista del bloque normativo del derecho de obligaciones (cfr. art. 406 CC, en relación con los arts. 1069 y 1474 y siguientes CC), y para lo que nos remitimos a lo que se explica a continuación.

2. LA RESPUESTA DESDE EL DERECHO DE OBLIGACIONES

2.1 Ideas previas

No habiendo argumentos serios para defender la *nulidad de pleno derecho* de la venta de cosa ajena, y careciendo nuestro Código Civil de un precepto similar al artículo 1599 del Code français, parece natural entender que el régimen de protección del incumpli-

³⁴ A lo sumo, estaremos ante un negocio incompleto, en un sentido similar a como sucede con la hipótesis, que veremos *infra*, contemplada en el artículo 579 CC. Al respecto, es muy ilustrativa la STS 5458/2013, de 6 de noviembre (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ\2013\7261): «el negocio jurídico celebrado sin poder de representación cabe que sea suplida por la ratificación, lo cual es cierto, pero lo que no es cierto es que ello signifique que se trate de anulabilidad cuya acción caduca a los cuatro años. Tal acto, sin el poder de representación, está falto de consentimiento, elemento esencial, y este elemento puede prestarse más tarde con lo cual aquel negocio jurídico queda completo y pasa a ser válido y eficaz. Lo cual es unánime en doctrina y jurisprudencia»

miento contractual ofrece una protección adecuada, tanto al comprador como al *verus dominus*³⁵.

La calificación de la venta de cosa ajena como un supuesto de *incumplimiento contractual*, y la correspondiente aplicación del régimen jurídico del incumplimiento, no ha venido impedida, conceptualmente, por la existencia de un régimen de saneamiento como es el previsto en los artículos 1475 y siguientes CC (el *saneamiento por evicción*); seguramente, por razones similares a las que tampoco lo ha impedido conceptualmente, *mutatis mutandis*, para los casos abarcados por el otro régimen de saneamiento: la entrega de la cosa comprada con *vicios ocultos*³⁶.

Naturalmente, sostener la posibilidad aplicativa del régimen del incumplimiento para el grupo de casos que aquí analizamos, presupone que ha habido un *incumplimiento*. Y lógicamente, el supuesto de lo anterior es la existencia de una *obligación de transmisión de la propiedad*.

Contra lo que pudiera parecer a primera vista, en nuestra opinión la construcción teórica de una obligación de transmisión de la propiedad como obligación que surge del contrato, y típicamente del contrato de compraventa, resulta extraordinariamente compleja, no tanto por lo que se refiere a su identificación, sino más bien en cuanto a su *alcance*. Como intentaremos demostrar, no dar el

³⁵ En este punto, seguramente el artículo 1599 del Code francés supone, más que una solución a la venta de cosa ajena, un problema para poder acudir a soluciones más flexibles, y menos problemáticas en el tráfico, como es el régimen del incumplimiento contractual. Al respecto, véase LAURENT, 1877, p. 108 (§ 102).

³⁶ El régimen del saneamiento por evicción probablemente merezca ser estudiado, no tanto como un régimen de protección del *comprador*, sino más en general, como un régimen de protección al que pretende *adquirir*. No debe ser determinante en este sentido el que el régimen del saneamiento por evicción lo encontremos en la regulación de la compraventa [La jurisprudencia anterior a la aprobación del Código Civil ya lo había reiterado: «Tiene declarado el Tribunal Supremo que, aunque las leyes 32 y 36, tit. 5.º, Partida 5.ª [que son las que se encargan de regular el saneamiento por evicción] se refieren al contrato de compra-venta, es doctrina inconcusa que la obligación de sanear va unida como condición esencial á todo contrato oneroso». Así se pronunció la STS de 20 de marzo de 1884, recogida en PANTOJA, 1889 (apéndice)]: resulta de aplicación, en general y por remisiones normativas expresas, a los supuestos en que se pretende una transmisión del dominio, por lo general cuando la causa es onerosa (arts. 1474 y ss CC en sede de compraventa; art. 1681 en sede de contrato de sociedad; art. 638 en sede de donación remuneratoria), pero también al margen de ella (cfr. art. 406 en sede de división de la cosa común; art. 860, para el legado de cosa cierta; art. 1069 para la partición hereditaria). Esto permite pensar que el régimen del saneamiento por evicción es un régimen de responsabilidad que no tiene su fundamento, ni recibe causalmente su fuerza, de ningún contrato en particular, sino de la *causa transmisiva* del dominio en sí y por sí, abstractamente considerada. No debe olvidarse que la evicción, como régimen de responsabilidad, históricamente no surge con la compraventa, sino con la *mancipatio*, modo transmisivo *abstracto*: como han explicado Jörs y Kunkel, «[e]n tiempos antiguos, la responsabilidad por evicción va ligada, no a la compraventa causal, sino a la mancipación» [JÖRS / KUNKEL 2018, p. 329 (§ 143.2)].

Desde esta perspectiva, el régimen del incumplimiento contractual derivado de la compraventa, y el régimen de la evicción derivado de la transmisión en sí misma considerada, no resultan incompatibles

alcance adecuado a esta obligación puede llevarnos de vuelta a un problema de validez del contrato.

Analicemos detenidamente estos aspectos.

2.2 La obligación de transmisión de la propiedad como obligación contractual. Fundamento normativo

La afirmación de que el vendedor tiene *la obligación* de transmitir la propiedad de la cosa vendida, como algo distinto (y añadido) de la obligación de entrega, se nos presenta como una conclusión fácil de comprender, por apegada a la realidad social pues, en efecto, el que compra no lo hace con la intención únicamente de gozar de una posesión legal y pacífica, sino de adquirir la *propiedad* de lo que compra. Como ha explicado Miquel González, «puede parecer extraño y hasta disparatado que el vendedor no esté obligado a transmitir la propiedad; incluso hay autores a los que les parece obvia la respuesta afirmativa»³⁷.

En este punto, se abre la puerta de una manera franca a la aplicación del artículo 1258 del CC, cuando dispone que los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también, entre otros aspectos, a lo que deriva de la buena fe, buena fe entendida aquí como fuente de deberes implícitos que *acompañan* a todo derecho³⁸, y que es un «modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado»³⁹. Así, de la *buena fe* surgiría la obligación de *transmisión de la propiedad en la compraventa*, tal y como se sugiere en la STS 386/2019, de 14 de febrero de 2019, de la que fue también Ponente Parra Lucán⁴⁰ (RJ\2019\545).

2.3 La afirmación de la obligación de transmisión de la propiedad como posible vía de entrada al juego del error vicio anulatorio

Sin embargo, y seguramente de forma inesperada para los que han sostenido esta forma de abordar el problema de la venta de

³⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 237.

³⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, p. 591.

³⁹ Díez-PICAZO, 2007, p. 432.

⁴⁰ La obligación de transmisión de la propiedad quedaría embebida en la de entrega, como, por ejemplo, parece sugerir la SAP de Zaragoza de 7 de septiembre de 1994 (Pte: Seoane Prado) (TOL384.466).

cosa ajena, se está dando acceso también al juego de la doctrina del error vicio de la voluntad como causa de anulación del contrato.

En efecto, cuando se afirma que sobre el vendedor pesa *positivamente la obligación de transmitir la propiedad de lo que vende*, de manera que si no está transmitiendo esa propiedad, *incumple el contrato*, se está abriendo paso implícitamente a la doctrina del error vicio: sería fácil concluir que en los casos de venta de cosa ajena, si el vendedor no conoce la ajenidad de la cosa que compra, y cabe decir –lo que parece sencillo– que si el comprador hubiese conocido esta circunstancia no hubiese comprado, estaríamos ante un error anulatorio. En definitiva, el esquema del razonamiento así planteado es similar al que se ha utilizado para afirmar la compatibilidad aplicativa del régimen de saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss CC) con el del error vicio de la voluntad⁴¹, lo que parece válido también para el grupo de supuestos para los que está pensado el saneamiento por evicción⁴².

Esto ha permitido que algunos autores, a pesar de la doctrina jurisprudencial en sentido contrario⁴³, hayan planteado la aplicación de la doctrina del error en la venta de cosa ajena, y por tanto el régimen de la anulabilidad contractual como sistema de protección al comprador en estos casos. En este sentido, hace más de medio siglo, Alonso Pérez, con apoyo en ideas sostenidas antes por Gullón y por Borrell y Soler, encuentra en las concepciones sociales predominantes y en los criterios que presiden el tráfico económico y jurídico,

⁴¹ Sobre esta cuestión, véase Ver MORALES MORENO, 1993, p. 955. También GARCÍA CANTERO, 1991, consultado desde la siguiente dirección electrónica: <http://vlex.com/vid/articulo-257522>). Por último, ver también FENOY PICÓN, 2010, pp. 1621 y 1631.

⁴² En este sentido, resulta clave el art. 1477 del CC, a cuyo tenor «Cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias». La glosa de GARCÍA GOYENA al artículo 1400 del Proyecto de Código Civil de 1851 (antecedente del actual art. 1477) es clara al negar la aplicación del régimen de saneamiento en caso de que el comprador conociera que la cosa comprada no fuera del vendedor, aunque nada se haya pactado, con fundamento todo ello en la regla antigua contenida en D. 50.17.145 (GARCÍA GOYENA, Tm. III, 1852, p. 389). Por otro lado, el artículo 1477 de nuestro Código Civil guarda gran paralelismo con el artículo 1485 del ya derogado Código Civil italiano de 1865; y este precepto (que no encuentra equivalente en el vigente Código italiano de 1942) ha sido argumento para entender que la responsabilidad del saneamiento por evicción no procedía cuando el comprador conociera la ajenidad de la cosa (Cfr. LUZZATO, 1953, pp. 229-231: el hecho de que en el Código italiano de 1942 falte una norma similar a la del art. 1485 del anterior Código, ha sido empleado como argumento en favor de admitir la responsabilidad por evicción aun cuando el comprador conociera que la cosa no era del vendedor).

⁴³ Cfr. STS 6757/2002, de 15 de octubre (Pte: Martínez-Calcerrada Gómez) (RJ2002\10127): «no siendo nula la venta de cosa ajena (SS. T. S. 1-3-1949, 27-5-1957, 5-7-1958, 12-9-1988) cuando en el contrato están perfectamente definidos sus elementos personales y reales, dejando para la consumación los posibles problemas que surjan de la entrega (ficta o no), hay que desechar el error como motivo de nulidad de la obligación cuanto más como causa de la falta de voluntad negocial».

argumentos para afirmar que la titularidad del vendedor es «característica objetivamente exigida al contrato de compraventa», como algo «decisivo para realizar cumplidamente la función traslativa de la compraventa»; ello permite al citado autor afirmar que, puesto que «nadie, por lo general, desea comprar cosas ajenas», el *error in dominio* es un error en línea de principio esencial, y por ello, *anulatorio*⁴⁴. De manera más reciente, Carrasco Perera, y sin perjuicio de la virtualidad aplicativa del régimen del saneamiento por evicción, ha sostenido que la venta de cosa ajena es un supuesto constitutivo de error en la sustancia de la cosa comprada: «es evidente que, si el comprador ignoraba la ajenidad de la cosa, el error sufrido es relevante. Y, además, es por principio excusable». Esto le permite concluir que «el error de esta clase cometido por el comprador (pero no por el vendedor (...)) es un error que habilita para impugnar el contrato»⁴⁵. En un sentido muy similar, Rodríguez Morata ha sostenido que, en la venta de cosa ajena, el comprador de buena fe podrá solicitar la anulación de la venta por error o por dolo, añadiendo que «[c]omo una concesión a la buena fe del comprador, nuestro Derecho permite en este caso –*excepcionalmente*– anular la venta de cosa ajena y anticipar el ejercicio de la acción de responsabilidad por evicción»⁴⁶.

Esta misma posibilidad de calificación el contrato como anulable por error o por dolo, que como acabamos de ver se ha defendido para la venta de cosa (totalmente) ajena, se ha defendido también para la hipótesis de venta de cosa parcialmente ajena (supuesto en que un comunero dispone de la totalidad del dominio sin contar con los demás comuneros). En este sentido, por todos, Atienza Navarro⁴⁷. Esta tesis, además, cuenta con apoyo jurisprudencial para este grupo de casos⁴⁸.

En una aproximación apriorística, este enfoque pudiera parecer razonable, y sin duda resulta una tesis que protege ampliamente al comprador, en tanto que le permitiría la alternativa de resolver por incumplimiento, o de anular por vicio del consentimiento (error o dolo); además, es una solución que cuenta con precedentes en el

⁴⁴ ALONSO PÉREZ, 1971, pp. 511-512

⁴⁵ CARRASCO PERERA, 2021, pp. 351-352.

⁴⁶ RODRÍGUEZ MORATA, 2021, p. 1839.

⁴⁷ ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 301.

⁴⁸ Claramente en este sentido, véase la STS 1153/2012, de 15 de enero de 2013 (Pte: Orduña Moreno) (RJ/2012/2276): «la validez de la compraventa está sujeta al necesario estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado; de ahí que pueda presentarse una excepción a la misma con el posible vicio del consentimiento que articule la defensa del comprador en la medida en que en el propósito negocial, o en la intención realmente querida por el contratante, la titularidad plena del vendedor sobre el objeto de la compraventa haya constituido un presupuesto esencial de la misma, dando lugar, en su caso, a una acción de anulación por error sustancial y excusable» (fundamento de derecho de tercero, *in fine*).

Derecho de Partidas⁴⁹, y con algún apoyo jurisprudencial para el caso de dolo-vicio, como es la STS 3056/2004, de 6 de mayo de 2004 (Pte: Ruiz de la Cuesta Cascajares)⁵⁰ (RJ\2004\2100).

Pero se encuentra con un problema que, en nuestra opinión, es muy difícil de resolver (y que, curiosamente, el Derecho francés ha sabido salvar con relativa facilidad como veremos más abajo): si la venta de cosa ajena es anulable por error / dolo vicio del consentimiento, cabe preguntarse si es título hábil para la usucapión ordinaria, que exige en el poseedor usucapiente buena fe y *justo título*, entendiendo por justo título el que es verdadero y *válido* (cfr. art. 1953 CC).

Como es fácil comprender, el anterior interrogante nos lleva a un problema extraordinariamente difícil, y con seguridad aconseja un trabajo aparte; pero no podemos eludir el ofrecer, al menos, un acercamiento a la cuestión en orden a presentar un estudio lo más completo posible de la materia que aquí nos convoca.

Es indiscutible que la falta de poder dispositivo en el enajenante al tiempo de celebrar el contrato, no puede afectar a la validez del contrato si esa alienación forma parte de la economía del mismo, y es una situación asumida implícita o explícitamente por el *accipiens*. Pero éste no es (no puede ser) el caso para el que está pensada la usucapión ordinaria, pues en ésta, por hipótesis, el (pseudo)adquirente ha de desconocer la alienación del bien, ya que en ese desconocimiento radica su buena fe que le abre las puertas a la usuca-

⁴⁹ En este punto, resulta de gran interés la doctrina afirmada por la STS de 2 de octubre de 1867: «En el contrato de compraventa, el vendedor está obligado á manifestar al comprador los vicios ó defectos de la cosa vendida y las cargas ó gravámenes que sobre sí tenga, porque no siendo visibles ó notorios y encubriéndolos, le induciría á error, faltando en este caso la buena fe y la libre voluntad y verdadero consentimiento de los contrayentes, que son los principios constitutivos y esenciales del contrato. De conformidad con ellos, la ley 63, tít. 5.º de la Partida 5.ª, impone como pena de su descuido ó mala fe al que vende casa ó torre sobre la que pese un gravamen que afecte á la propiedad ó menoscabe el pleno dominio, que no cumpliendo con el deber expresado pueda el comprador pedir la rescisión del contrato con el abono de daños y perjuicios» (recogido en PANTOJA, II, 1886, 317)

⁵⁰ En ella puede leerse: «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia, y sobre la base de la amplitud de los términos en que se pronuncia el art. 1.445 Cc, como definidor del contrato de compraventa, consideran legítima la llamada “venta de cosa ajena” (...), y ello lo será siempre que no medie engaño por parte del que vende, en cuyo caso cabría su nulidad por dolo, pues tal figura jurídica tiene como límite (aparte del engaño expresado) la efectiva transmisión (tradición) de la cosa en su día, la que, entre las partes afectadas, puede sustituirse, si tal elemento falta, por la correspondiente indemnización, efecto típico de cualquier incumplimiento».

En la doctrina, Morales Moreno se había pronunciado a favor de la anulabilidad del contrato, en la venta de cosa ajena, en caso de que el vendedor fuera conocedor de la alienación de la cosa, además de que éste también incidirá «en un supuesto de responsabilidad por culpa in contrahendo [sic.], responsabilidad que le puede ser exigida, tras la evicción (art. 1.478.5.º) o antes de que ésta se produzca» (MORALES, 1993, p. 934)

pión ordinaria (cfr. art. 1950 CC). Esta situación nos puede llevar, sin duda, al de *error vicio del consentimiento* en los términos que acabamos de ver⁵¹; y esto conduce irremediablemente al problema de si un contrato *anulable* (como es el celebrado con error vicio del consentimiento) es un contrato válido aunque impugnado, o si por el contrario se trata de un contrato inválido pero confirmable⁵².

⁵¹ En este punto, conviene llamar la atención sobre la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2023. En el artículo 1290 de dicha Propuesta, puede leerse que «No afectará a la validez del contrato el *mero hecho* de que, en el momento de su celebración, (...) alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes a los que el contrato se refiere». La cursiva es nuestra, y pone de relieve que, en efecto, el *mero hecho* de la falta de poder dispositivo no es suficiente para entender que un contrato no es válido, pero no se descarta que ese hecho, unido a otras circunstancias, sí puedan llevar a negar la validez, como puede suceder, marcadamente, cuando ese hecho es, además, constitutivo de error vicio (de modo que ya no es el *mero hecho* de la ajenidad del bien por parte del disponente).

⁵² Este problema, en relación con la habilidad del título en sede de usucapión ordinaria, no se plantea en el Derecho francés. En éste, tanto *lege latae* como desde su análisis por la doctrina, la venta de cosa ajena no ha planteado problemas en cuanto a su aptitud para ser *justo título* para la usucapión decenal (que nosotros llamaríamos ordinaria) inmobiliaria (pues en sede de usucapión mobiliaria, *la possession vaut titre*). Y no genera dudas, habida cuenta de la regulación de la materia. El segundo párrafo del artículo 2272 del Code dispone: «...celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans». Y añade el artículo siguiente (el 2273): «Le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix ans». Lo anterior permite afirmar que el requisito del *justo título* (*juste titre*), se mueve en torno a dos ideas definidoras, una de sentido positivo, y otra de sentido negativo: a) En cuanto a lo primero, doctrina y jurisprudencia no tienen problema para entender que es justo título en este ámbito aquel que, siendo de naturaleza traslativa a título particular, hubiese supuesto la transmisión del dominio o derecho real limitado, si hubiese sido otorgado por el *verus dominus* (CARBONNIER, 1973, p. 224. También MAZEAUD, 1979, pp. 233-236 (§ 1501-1503); y más recientemente, DROSS, 2012, p. 236 (§§ 289 y 290). b) Con respecto a lo segundo (elemento definidor negativo), el artículo 2273 del Code dispone que un *defecto de forma* que implique nulidad del título no puede servir de base para la usucapión inmobiliaria decenal. Como se ve, en su literalidad, el precepto tiene un alcance muy limitado, como ha sido puesto de manifiesto por Dross, habida cuenta de la general libertad de forma en los negocios (Dross, 2012, p. 238 (§ 291)). Sin embargo, ni doctrina ni jurisprudencia han encontrado problemas para ampliar el alcance de esta disposición, y abarcar todo supuesto de *nulidad*, ya ésta obedezca a razones de forma o a razones sustantivas o de fondo, siempre que estemos ante *nulidad absoluta*, de manera que los supuestos de *nullité relative* no impedirían seguir hablando de *juste titre* que, junto con la *bonne foi* permitirían la usucapión inmobiliaria decenal (CARBONNIER, 1973, pp. 224-225. También MAZEAUD, 1979, pp. 233-236). La razón de esta distinción, ampliamente admitida, radica en que la nulidad relativa sólo puede ser por aquel en cuyo favor se prevé: como ponen de relieve MAZEAUD / MAZEAUD / CHABAS, «Cette différence entre la nullité absolue et la nullité relative est justifiée. Qui peut, en effet, se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique? Uniquement une partie à l'acte, celle que le législateur a voulu protéger» (MAZEAUD, 1979, p. 236, §1503). En el mismo sentido, también CARBONNIER, 1973, pp. 224-225. En contra, sin embargo, DROSS, 2012, p. 238 (§291), para quien la distinción «ne repose toutefois sur aucun fondement sérieux», por lo que «mériterait d'être abandonné au profit d'une application littérale de l'article 2273».

Así las cosas en el Derecho francés, tanto *lege latae* como desde la interpretación que jurisprudencial y doctrinalmente se ha hecho de la cuestión, y teniendo presente que la *communis opinio* es que el artículo 1599 del Code prevé un supuesto de *anulabilidad* cuyo fundamento último es el *error* en el comprador, no hay problema para admitir que la venta de cosa ajena pueda ser *juste titre* para la usucapión inmobiliaria decenal.

Para un sector muy importante de nuestra doctrina, el contrato anulable es un contrato *inicialmente válido*, pero amenazado por la posibilidad de provocar una ineficacia estructural, posibilidad que sólo se pone al servicio de aquel contratante en cuyo beneficio se tipifica la causa de anulación. Esta tesis ha sido sostenida, entre nosotros por Díez-Picazo⁵³. Sin duda, trasladada al ámbito que ahora analizamos, explica con facilidad el requisito del justo título en la usucapación ordinaria⁵⁴.

Pero la cuestión, como apuntábamos, no es sencilla. Y ello porque también se ha sostenido que el estudio del contrato nulo y del contrato anulable debe analizarse «desde la perspectiva unitaria de la regulación de los contratos *contra legem*», por bien que la distinción entre nulidad y anulabilidad como regímenes de ineficacia responda más bien al deseo del legislador de favorecer a «determinadas personas más que [a] la protección del Ordenamiento»⁵⁵. Desde este punto de vista, el contrato o título anulable es *inválido* desde el inicio, si bien tiene un régimen de impugnación especial, puesto únicamente al servicio del otorgante protegido por la causa de anulación, tanto en la declaración de nulidad como en la restitutoria que va unida a ella, siendo únicamente este aspecto restitutorio el que el Código Civil somete al plazo de cuatro años del artículo 1301 CC. El principal exponente de esta tesis ha sido

Nótese la diferencia entre la regulación francesa y la española en cuanto a la idea de justo título para la usucapación *ordinaria*: el Code français exige que el justo título *no sea nulo*, lo que es muy distinto a lo que exige nuestro Código Civil en su artículo 1953: que el justo título *sea válido*.

⁵³ Díez-Picazo, 1996, pp. 486-489.

⁵⁴ Así, MORALES MORENO, 2000, p. 195: el «*título anulable* es justo título de usucapación, en tanto no sea anulado». En la misma línea, ALBALADEJO, 2004, pp. 98 ss.

Sin embargo, y conviene indicarlo, explica con más dificultad el que la usucapación extraordinaria, apoyada exclusivamente sobre el ejercicio de la posesión pública, pacífica, ininterrumpida y a título de dueño, pueda prevalecer siempre y en todo caso frente a la acción de anulación, cuyo ejercicio podría ser *formalmente* tempestivo mucho tiempo después de que se haya iniciado una posesión apta para la usucapación extraordinaria (cfr. art. 1301-3.º CC). Si se consuma la usucapación extraordinaria, ésta debe impedir el triunfo de la pretensión restitutoria del que anula el contrato, aunque éste lo haga dentro del plazo de cuatro años previsto en el art. 1301 (así, YZQUIERDO TOLSADA, 2001, especialmente pp. 629-631), lo que es perfectamente coherente con el papel institucional de la usucapación extraordinaria: limitar el análisis retrospectivo en la regularidad de la cadena de transmisiones, con el fin de que la propiedad no permanezca incierta (GAYO, Instituciones, II, § 44), o lo que es igual, que no haya pleitos eternos sobre el dominio (HEINNECCIO, Recitaciones del Derecho Civil, I, § 439). Como el citado autor concluye, con base en ideas anteriores de Hernández Gil, «[l]a posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida (...) lo es todo, pero también *frente a todos*, incluido el contratante que impugna» (YZQUIERDO, 2001, p. 634).

⁵⁵ Así, LÓPEZ Y LÓPEZ, 2022, p. 580.

Federico de Castro⁵⁶, y ha encontrado continuación con las tesis que sobre el particular ha sostenido Delgado Echeverría⁵⁷. Esto explica con cierta facilidad, que el carácter anulable pueda ser *opuesto* frente a una pretensión de cumplimiento, incluso cuando esta pretensión de cumplimiento se haya ejercitado transcurrido el plazo de caducidad la acción de anulación⁵⁸. Es también, a nuestro parecer, la idea de anulabilidad que se contiene en la «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2023⁵⁹.

A diferencia de la tesis enunciada en primer lugar, este segundo modo de abordar la cuestión dificultaría en gran medida la comprensión del artículo 1953 CC, y con ello, del entero sistema de la usucapión ordinaria. Esto explica algunos valiosos y meritorios esfuerzos doctrinales que han pretendido demostrar que, aun cuando se defienda que el contrato anulable es *inválido* desde el primer momento (es decir, sin necesidad de anulación), sin embargo es también título verdadero y *válido* a efectos de la usucapión ordinaria. El fundamento del intento conciliador de ambas ideas, en apariencia incompatibles (que el negocio anulable sea inválido, y a la vez sea un título verdadero y *válido* para la usucapión ordinaria) gira en torno al peculiar régimen de legitimación activa para la anulación, que hace que el contrato anulable, aunque inválido, *funcione como si fuera un contrato válido* por cuanto la declaración de invalidez y la restitución derivada de ella *sólo* puede ser pedida por el que puede anular (v. gr., el que padece el vicio del

⁵⁶ DE CASTRO, 1967, especialmente pp. 498-499.

⁵⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, 1998.

⁵⁸ DE CASTRO, 1967, pp. 511-512. En contra, por todos, BORRELL Y SOLER, 1947, p. 159.

Lo que realmente llama la atención, es que autores que han entendido que los contratos anulables son válidos hasta que se anulan en el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301, sin embargo no tienen problema para sostener que incluso pasados esos cuatro años, el carácter anulable del contrato puede ser opuesto como *excepción* frente a la pretensión de cumplimiento por la otra parte (por todos, Díez-PICAZO, 2007, pp. 607-608).

⁵⁹ Aunque con la diferencia de que, en esta Propuesta, se diferencia claramente entre la acción de anulación, y la pretensión restitutoria derivada de la anulación, sometiéndolas a plazos diferenciados. Pero lo que ahora nos interesa es que en este texto se entiende que el contrato anulable es también, desde su inicio, *inválido*. Ello se pone expresamente de manifiesto al abordar la anulabilidad del contrato celebrado por menores de edad, en el artículo 1292, en el que se puede leer que se trata de contratos «que los menores de edad no pueden celebrar *válidamente*» (la cursiva es nuestra). Por otro lado, la Propuesta permite *oponer* el carácter anulable de un contrato frente a la pretensión de cumplimiento de la otra parte, incluso en un momento en que ya debiera entenderse caducada la posibilidad de ejercitar la acción de anulación (cfr. art. 1300-2.º de la Propuesta).

consentimiento)⁶⁰, y únicamente frente a la otra parte del contrato anulable, sin que ello sea posible, ni para la otra parte del contrato, ni para el (ex) *versus dominus* perjudicado por la usucapión y eventual reivindicante⁶¹. Buen exponente de esta perspectiva es Yzquierdo Tolsada, quien ha afirmado que «el contrato anulable, aun desde su consideración de inicial invalidez, resulta eficaz también desde el principio, pues nunca va a poder ser alegado por el (ex) dueño que intente la reivindicación. La invalidez originaria no es, pues, obstáculo para esta consideración de eficacia que, de cara a la usucapión, proporciona al contrato anulable el hecho de encontrarse limitada la legitimación activa en la acción de anulabilidad única y exclusivamente a la persona del contratante protegido»⁶².

No obstante lo meritorio de esta construcción, y del intento conciliador de dos ideas que el ilustre jurista entiende que sólo son incompatibles en apariencia, nosotros entendemos que no resuelve el problema de fondo si, en efecto, se entiende que el comprador tiene, en la misma medida que la obligación de entregar la cosa vendida, la obligación de transmitir su propiedad: únicamente desplaza el problema al ámbito de la eficacia, punto de vista que hace que, a efectos prácticos, el contrato anulable *pueda funcionar como* un contrato válido, habida cuenta de su peculiar régimen de legitimación activa; pero el contrato *sigue siendo inválido*, que es *justo lo contrario* de lo que pide el artículo 1953 para la usucapión ordinaria⁶³. En

⁶⁰ Debe ser tenido muy en cuenta el interesante trabajo de YZQUIERDO TOLSA-DA, 2001. En concreto, en su página 635 puede leerse: «La invalidez originaria no es (...) obstáculo para esta consideración de eficacia que de cara a la usucapión, proporciona al contrato anulable el hecho de encontrarse limitada la legitimación activa en la acción de anulabilidad única y exclusivamente a la persona del contratante protegido».

⁶¹ «La posesión se tiene en virtud de un título anulable cuya invalidez no se ha hecho valer por quien podía hacerlo, y esa posesión, investida de las condiciones propias de la usucapión, sirve para usucapir frente a quien era el verdadero dueño de la cosa. Eso sí, si después de lograda la usucapión, la acción impugnatoria se ejercitase, la cosa debería ser devuelta como efecto restitutorio de la anulabilidad» (YZQUIERDO TOLSADA, 2001, p. 633).

⁶² YZQUIERDO TOLSADA, 2001, p. 635.

⁶³ Lo que pide el artículo 1953 es que el contrato sea *válido*, no que sea *eficaz*, por bien que esto último sea consecuencia normal de lo primero. Indudablemente, el negocio *rescindible* es válido (cfr. art. 1290 CC) a efectos de usucapión ordinaria (cfr. art. 1953 CC). Incluso los autores que han defendido que el contrato anulable no es un contrato nulo, y que por ello despliega efectos y en este sentido es un contrato eficaz (por ejemplo, puede transmitir, o ser causa de transmisión, del dominio), califican el contrato anulable de contrato *inválido*, a pesar de su eficacia inicial [así, VON TUHR, 2005, p. 270; para el Derecho italiano, STOLFI ha concluido que si bien el contrato anulable existe *ab origine* y despliega sus efectos, adolece de un vicio que «impide considerarlo completamente válido» –STOLFI, 1959, p. 95; más recientemente, y también para la doctrina italiana, ROPPO, 2001, especialmente pp. 737-739, y 837-838–].

definitiva, si fuese cierta esa obligación de transmitir la propiedad por el vendedor, el problema sería tal y como plantearon Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill: después de conectar conceptualmente el desconocimiento ínsito en la buena fe *ex* artículo 34 LH con el error, concluyeron que «[l]a fe pública registral, con su posible adquisición “*a non domino*” exige que el negocio jurídico de finalidad traslativa sea *válido* como tal, lo cual no ocurre exactamente en materia de usucapión, atendido lo que dispone el art. 1.952 del Código Civil»⁶⁴.

Ciertamente, parece de la máxima incoherencia el que, estando pensada la usucapión ordinaria precisamente para proteger al adquirente de buena fe *a non domino*, pueda afirmarse simultáneamente que, por hipótesis, al ser su contrato inválido, no puede integrar los presupuestos de la usucapión ordinaria (pues el contrato no es válido).

Todo lo anterior, en nuestra opinión lo que pone de manifiesto, y para lo que nos ha de ser útil, *es para descartar la idea de que el vendedor tenga la obligación de transmitir la propiedad de lo que ha vendido, entendiendo esa obligación de manera similar a como habría que entender la obligación de entregar lo que vende (obligación ésta que, indudablemente, tiene).*

De otro modo, y para no caer en el absurdo de dar pie a interpretaciones que podrían conducir nada menos que a bloquear el juego de la usucapión ordinaria precisamente para el grupo de supuestos para el que está pensada, sólo habría dos opciones:

a) Una solución *lege latae*, similar a la que existe para la venta de cosa ajena en el Derecho italiano, por la que se excluiría de manera expresa el supuesto de venta de cosa ajena del régimen del error vicio de la voluntad.

En este sentido, el artículo 1479 del Codice Civile resulta expresivo: *Il compratore può chiedere la risoluzione del contratto, se, quando l'ha concluso, ignorava che la cosa non era di proprietà del venditore, e se frattanto il venditore non gliene ha fatto acquistare la proprietà.* Como ha puesto de relieve ROPPO, al referirse al error sobre la pertenencia de la cosa por el disponente, afirma

⁶⁴ ROCA SASTRE / ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, p. 343, nota al pie 355.

que «la fattispecie è espressamente sottratta alla disciplina ell'errore, per essere trattata col rimedio della risoluzione (art. 1479)»⁶⁵. La explicación de esta solución la explica con claridad Pietrobon: «la titularidad del derecho, o la legitimación para disponer, no se encuentra entre los elementos que integran el supuesto de la validez, sino que forman parte de los efectos, y precisamente, de los presupuestos de eficacia del negocio, razón por la que su falta no puede conducir a la nulidad, sino únicamente dar lugar a remedios de carácter objetivo, como la resolución»⁶⁶. Con todo, y como ha explicado Rubino, no se trata de la resolución «ordinaria» por incumplimiento: el comprador tiene derecho a la resolución *sic et simpliciter*, por el solo hecho de no ser la cosa del vendedor; y no se basa en el incumplimiento por el vendedor de transmitir la propiedad, pues si así fuera, se exigiría la fijación de un plazo suplementario en favor del vendedor para poder éste adquirir el bien del *verus dominus*⁶⁷.

Como apunte complementario, debe ponerse de relieve que la ya varias veces citada «Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», elaborada por la Comisión General de Codificación en el año 2023, propone como solución de esta cuestión la alternatividad de regímenes en su artículo 1309: «La parte contratante legitimada para ejercitar tanto los remedios previstos en este capítulo como los fundados en el incumplimiento del contrato puede elegir entre unos u otros».

b) Una solución *interpretativa* –por cierto, fácil de asimilar por extendida en el ámbito europeo– o *lege ferenda*, de preferencia de los remedios del incumplimiento sobre los anulatorios cuando un mismo supuesto de hecho pudiera ser regido por ambos bloques normativos.

En líneas generales, jurisprudencia y doctrina se muestran proclives a abandonar los regímenes específicos de saneamiento, en favor de los regímenes generales, ya se trate del general del incumplimiento, ya del anulatorio por error vicio; y entre ambos, la seguridad del tráfico aconseja, en nuestra opinión, una preferencia por la aplicación

⁶⁵ ROPPO, 2001, p. 797

⁶⁶ RUBINO, 1971, p. 491.

⁶⁷ RUBINO, 1971, 360-361. Para un análisis de la venta de cosa ajena como incumplimiento, y su relación con la doctrina general del incumplimiento contractual, véase FERRI, 1984, pp. 234-240.

del primer sistema (responsabilidad por incumplimiento) frente al segundo (el anulatorio): la consecuencia restitutoria derivada del triunfo de la resolución *ex* artículo 1124 CC no afectará, en línea de principio, a los terceros subadquirentes; todo lo contrario de lo que sucede con la consecuencia restitutoria procedente de la anulación (y ello, aunque de manera insistente el Tribunal Supremo ha pretendido explicar la consecuencia restitutoria derivada de la resolución desde el artículo 1303 CC, lo que no es exacto).

En cuanto a los textos del llamado *Soft Law*, y al análisis del Derecho comparado, puede afirmarse una tendencia hacia los remedios por incumplimiento frente a los anulatorios. Es cierto que en los textos de *Soft Law* europeos, la tendencia es admitir la alternatividad de acciones cuando un mismo supuesto de hecho puede ser constitutivo de un incumplimiento y de un error anulatorio⁶⁸; pero los Principios UNIDROIT suponen un ejemplo de clara preferencia por el régimen del incumplimiento frente al anulatorio⁶⁹. Por su parte, aun cuando las soluciones propuestas por los PEDC o el DCFR se pretenden apoyar en ser expresión de un pretendido sentir común a nivel europeo, esto no parece, ni mucho menos, obvio, y se ha llegado a apuntar que en realidad sucede justo lo contrario. En este sentido, son expresivas las palabras de Lohsse⁷⁰: «It has therefore sometimes been said that PECL 4:119, DCFR II.- 7:216, and CESL 57 correspond to a “common European Standard”. A more detailed comparative analysis, however, shows that this is rather too simplified a picture of European Law, and that in recent times there may even be a *tendency to exclude avoidance for mistake where remedies for non-performance are applicable (...). Quite a number of national laws (...) bar avoidance for mistake where remedies for non-performance are (or were) available*» (p. 738) (la cursiva es nuestra).

Concretamente, la misma preferencia por los remedios por incumplimiento frente al anulatorio por error, se muestra en el Derecho alemán⁷¹ y el británico⁷².

⁶⁸ Cfr. art. 4:119 PEDC; art. II.-7:216 DCFR; art. 57 CELS.

⁶⁹ Art. 3.2.4: «A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake in the circumstances on which that party relies, or could have afforded, a remedy for non-performance».

⁷⁰ LOHSSE, 2018, pp. 737-739.

⁷¹ Cfr. DANCKELMANN / ELLENBERGER, 2023, p. 101 (marginal 28). También WAIS, 2020, p. 147; y SCHAUB, 2020, p. 756.

⁷² Cfr. TREITEL, 2011, pp. 318-319 (§8-016).

2.4 El alcance de la afirmada obligación de transmitir la propiedad: una obligación de medios

La verdadera clave de bóveda de la materia que ahora estamos analizando, radica en el alcance que deba dársele a la afirmación, ampliamente compartida tanto por los autores como por la jurisprudencia, conforme a la cual el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida⁷³. Como ha apuntado certeramente Miquel González, «la cuestión no siempre se plantea de manera suficientemente precisa»⁷⁴.

Por ello, lo primero que debemos preguntarnos, es qué se quiere expresar cuando se afirma que el vendedor *tiene* la *obligación de transmitir la propiedad de lo que vende*. Porque, en términos lógicos, y con independencia de que en un sentido explicativo pueda admitirse la idea por su plasticidad y expresividad, lo cierto es que resulta difícil afirmar que el vendedor tenga la obligación de transmitir la propiedad de la cosa vendida.

Cuando se hace esa afirmación (es decir, la positiva existencia de una tal obligación de transmitir), creemos que no se tienen debidamente en cuenta dos ideas que consideramos fundamentales para comprender la dimensión del problema, y para delimitar el alcance de una tal pretendida afirmación:

a) La transmisión de la propiedad es una *consecuencia jurídica*, y por tanto, como tal, no puede ser *objeto* de un comportamiento solutorio, sino ser consecuencia *netamente jurídica* de éste último. Naturalmente, la transmisión de la propiedad por acto de tráfico necesita de un *supuesto de hecho*, cuya configuración exige un comportamiento del eventual transmitente y del eventual adquirente; pero el efecto traslativo, repetimos, *netamente jurídico*, requiere de unos *presupuestos* que están más allá de la conducta solutoria de los actores del tráfico; de entre ellos, el que nos interesa es que el vendedor disponente sea el *verus dominus*. Demostrar en cada caso concreto el cumplimiento de esta cuestionada obligación de transmitir la propiedad, exigiría del disponente, bien probar que adquirió de una manera inatacable (v. gr., *ex art. 85 del Código de Comercio*; o *ex art. 34 LH*), bien probar una cadena antecedente de transmisiones *formalmente regular* hasta cumplir el plazo de la usucapión (extraordinaria).

Debe diferenciarse claramente entre la obligación de entrega de la cosa vendida, de la consecuencia traslativa del dominio que, en

⁷³ Para un panorama actual de la cuestión, véase MACÍA MORILLO, 2023, p. 6558.

⁷⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 238.

su caso, aquélla tendrá⁷⁵. Traducida esta distinción a términos más propios del derecho de obligaciones, podríamos afirmar que la primera (obligación de entrega) es una obligación *de resultado*, pero la segunda es, a lo sumo, constitutiva de una obligación *de medios*⁷⁶.

En este sentido, creemos que lo dispuesto en la Ley 567 del Fuero Nuevo de Navarra es fiel reflejo, en un sistema transmisivo de título y modo, de la forma de entender la cuestión que acabamos de exponer, y tal vez no haya recibido la atención que merece. En efecto, la Ley 567 del Fuero Nuevo de Navarra dispone:

«Por el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a entregar la libre posesión de la cosa vendida; queda igualmente obligado a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad sobre la misma. Asimismo se obliga el vendedor al saneamiento por evicción y vicios ocultos, salvo que las partes hubieren pactado otra cosa».

Como se ve, la obligación de entrega sí puede calificarse, con facilidad, como una obligación de resultado, lo que tiene perfecto sentido; pero la adquisición de la propiedad por el comprador es una obligación *de medios*, lo que también tiene perfecto sentido: como ha puesto de relieve Nanclares al estudiar en este punto la transcrita Ley 567 del Fuero Nuevo, «[l]as dificultades a la hora de comprobar si realmente una persona es la propietaria de la cosa que pretende vender (*probatio diabólica*), nos llevaría a examinar la cadena de transmisiones de las que trae causa su título de dominio y por tanto a ralentizar hasta límites insospechados del tráfico jurídico. Para evitarlo y con el fin de no imponer al comprador la carga de asegurar su titularidad (titularidad que difícilmente podría garantizar), se obliga al vendedor tan sólo a hacer todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad»⁷⁷.

Naturalmente, nada impediría la validez de un pacto en que se obligue al vendedor a transmitir la propiedad como obligación de *resultado*, pero cuando se pacta esa tal obligación, más que de obligación de transmisión como obligación de resultado propiamente

⁷⁵ No puede entenderse la obligación de transmisión de la propiedad embebida en la de entrega, como parece sugerir la ya mencionada SAP de Zaragoza de 7 de septiembre de 1994 (Pte: Seoane Prado) (TOL384.466).

La doctrina que entendemos correcta, la encontramos, entre otras, en la STS 97/2019, de 14 de febrero de 2019 (Pte: Parra Lucán), en la que se diferencia con claridad el aspecto obligacional del jurídico-real.

⁷⁶ En este sentido, véase MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 238.

⁷⁷ NANCLARES, 2002, p. 395. Sobre el alcance de la obligación de transmisión de la propiedad en la compraventa, en el Fuero Nuevo de Navarra, véase también LISO LARREA, 2002, especialmente pp. 1936-1938.

dicha, habría que entender que estamos ante un *pacto de garantía* de transmisión de la propiedad, esto es, un pacto distribuidor del riesgo contractual en ese aspecto⁷⁸.

Fuera de los casos recién apuntados, creemos que acierta la STS 3811/1997, de 30 de mayo de 1997 (Pte: Sierra Gil Cuesta) (RJ\1997\4328) cuando apunta que «el contrato de compraventa (...) no es un contrato traslativo de la propiedad, si no media la “traditio” o entrega del objeto, o dicho en otras palabras, la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa».

Lo anterior viene confirmado, en nuestra opinión, por el análisis de Derecho comparado. Incluso en Ordenamientos en los que positivamente se prevé la obligación por parte del vendedor de transmitir la propiedad de la cosa vendida, las conclusiones prácticas apenas difieren de las que son razonables en nuestro Derecho, aun careciendo, como sabemos, de una tal afirmación en la Ley. La utilidad de la afirmación legal de esa afirmación, se reduce fundamentalmente a poner a cargo del vendedor, no sólo la realización de los actos que llevarían a la transmisión de la propiedad (lo que parece obvio), sino también a soportar los costes económicos que ello supone⁷⁹. Prueba de ello es el estado de la cuestión en el Derecho alemán. El § 433.1 BGB dispone que «por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa». A la hora de interpretar esta disposición, la doctrina alemana está de acuerdo en entender que lo que el precepto dispone es una obligación por parte del vendedor de realizar todo lo preciso para que la transmisión de la propiedad se pueda producir, incluida la obligación de soportar el coste económico que ello conlleve⁸⁰; pero negando que tal obligación de transmisión de la propiedad exista *como tal*⁸¹. En definitiva, una obligación *de medios*.

Como acabamos de apuntar, y salvo pacto en sentido distinto, no parece lógico entender que el vendedor tenga la obligación de transmisión de la propiedad de lo que

⁷⁸ Como sucedió en el caso objeto de la STS 2083/2013, de 18 de abril de 2013 (Pte: O’Callaghan Muñoz) (RJ\2013\3386). En el caso de esta sentencia, se pactó expresamente la obligación de transmisión de la propiedad, que al no producirse, motivó la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1124 CC.

⁷⁹ La proyección práctica de esta afirmación es clara en un sistema transmisivo inmobiliario de inscripción constitutiva: en tal caso, de la afirmación de la obligación de transmitir la propiedad, deriva, como consecuencia de ella, la obligación por parte del vendedor de *inscribir* la venta, y con ello, de soportar los costes de la inscripción. En nuestro Derecho, una tal afirmación general carece de fundamento.

⁸⁰ WESTERMANN, 2019, p. 46.

⁸¹ Así, claramente, WEIDENKAFF, 2023, pp. 675-676: «Der Verk schuldet nicht den Übergang des Eigentums, sondern nur die Handlung, die seinerseits erfüllt sind: die geschäftliche Erklärung abzugeben; die ggf. notwendig Zustimmung Dritter beizubringen, zB die des bestohlenen Eigentümers bei einem Stückkauf (§ 935 I), wobei § 275 I u. par. 311a anzuwenden wären (...)».

vende, entendida esta obligación como *de resultado*. Frente a esto, podría argumentarse que no carece de lógica la afirmación de esa obligación de resultado, por cuanto sí se prevé en nuestro Código Civil para la *permuta*: en ella, siguiendo un parecer muy autorizado de la doctrina, y parece también que con apoyo jurisprudencial, de los artículos 1538 y 1539 CC (sobre todo del último de los preceptos mencionados) parece derivarse esa tal obligación⁸².

En nuestra opinión, un artículo como el 1539 CC no puede entenderse desconectado de su origen histórico⁸³, y concretamente de su precedente romano (francamente aceptado por García Goyena en su glosa al artículo 1470 del Proyecto de Código de 1851, antecedente del actual 1539⁸⁴). La obligación de transmisión de la propiedad en la permuta, inexistente en la compraventa romana, obedece exclusivamente a una pretendida razón de lógica formal y categórica: en el Derecho Romano, la permuta era un *contrato innominado y real*, a diferencia de la compraventa (nominado y consensual), y esto explica la profunda diferencia entre compraventa y permuta en el aspecto que ahora nos interesa⁸⁵: del hecho de que la permuta sólo exista con la entrega de la cosa, se deriva como consecuencia que (D. 19.4.1) «*alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*». En este sentido, la razón de la obligación de transmisión de la propiedad en sede de permuta, en el sentido en que se propone por la doctrina y jurisprudencia en nuestro Derecho, sólo puede entenderse viva en la misma medida en que vivo se entienda el sistema de fuentes contractuales romano, y la categoría del contrato real.

Con todo, el precepto no es inútil, y tiene un importante valor interpretativo: confirma que en la compraventa no existe la obligación de transmisión del dominio como obligación de resultado⁸⁶.

⁸² En la doctrina, por todos, MIGUEL GONZÁLEZ, 2006, pp. 247-248 y RODRÍGUEZ GUTIÁN, 2016, p. 339. Esta última autora, concisa pero claramente, concluye: «la obligación de la transmisión de la propiedad del bien es una diferencia clara entre el contrato de permuta y el contrato de compraventa».

En la jurisprudencia, resulta ilustrativa la STS 4437/1999, de 22 de junio de 1999 (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ/1999\4890).

⁸³ Como ha puesto de manifiesto Capilla Roncero, la obligación de transmitir la propiedad en la permuta se basa en lo dispuesto en el artículo 1539 citado y en «sus antecedentes históricos» (CAPILLA RONCERO, 1995, p. 4858).

⁸⁴ GARCÍA GOYENA, 1852, Tm. III, p. 439.

⁸⁵ Al respecto, BIONDI, 1972, p. 516.

⁸⁶ En torno a la utilidad de la comparación entre el régimen de la compraventa y de la permuta en este sentido, véase ALBALADEJO, 2004, p. 518, § 86-11.

b) Cuando se pretende encontrar en la buena fe la obligación de transmisión de la propiedad en la compraventa (como parece admitirse en la STS 386/2019, de 14 de febrero de 2019 –Pte. Parra Lucán– (RJ\2019\545)), ciertamente no se puede negar que desde un punto de vista sociológico, el comprador no aspira sólo a ser *poseedor* de lo que compra, sino que compra *porque* quiere ser propietario. En este sentido, se abre la puerta de una manera franca a la aplicación del artículo 1258 CC, cuando dispone que los contratos no obligan sólo a lo expresamente pactado, sino también, entre otros aspectos, a lo que deriva de la buena fe, buena fe entendida aquí como fuente de deberes implícitos que *acompañan* a todo derecho⁸⁷, y que es un «modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado»⁸⁸. En este sentido, Miquel González ha sostenido que el vendedor que sabe que está vendiendo algo que no le pertenece (y la ajenidad de la cosa no forma parte de la economía del contrato) «no ha cumplido su obligación», pues «no es conforme a la buena fe vender y entregar cosas ajenas a sabiendas, sin asumir expresa o tácitamente frente al comprador la obligación de adquirirlos»⁸⁹, pero hay que admitir que «no se trata de una obligación estricta impuesta por las normas dispositivas del contrato de compraventa»⁹⁰.

Nótese que aquí, el incumplimiento que puede dar lugar a las acciones correspondientes y a la responsabilidad indemnizatoria por incumplimiento, deriva de la reprochabilidad de la conducta, y no de la conducta objetivamente y en sí misma considerada (venta de cosa ajena): *incumple por faltar a la buena fe, no por haber vendido algo ajeno*; o más exactamente, por haber vendido algo ajeno faltando a la buena fe. Por lo tanto, la buena fe en el sentido de fuente integradora del contrato ex artículo 1258 CC, no puede ser argumento para afirmar, o construir, una obligación de transmisión de la propiedad en la compraventa como obligación de resultado.

Afirmar que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de lo que vende, pero en el entendido de que esta obligación es sólo una obligación *de medios* (hacer todo lo posible para que la consecuencia jurídica *transmisión de la propiedad* se produzca en favor del comprador), creemos que ofrece una respuesta adecuada a este importante problema del derecho de contratos y derecho de bienes. Y lo creemos, porque junto con afirmar la obligación de trans-

⁸⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ, 2016, p. 591.

⁸⁸ Díez-PICAZO, 2007, p. 432.

⁸⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 245.

⁹⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, 2006, p. 248.

misión, salva el problema de la *validez del contrato*: si la obligación de transmisión *es de medios*, ya no hay espacio lógico para el *error vicio de la voluntad* (ni en la cosa, ni en la persona) que pudiera justificar la anulación del contrato. Cuando indicamos aquí que estamos ante una obligación de medios, no queremos decir que estemos ante una obligación de diligencia (como si pudiera decirse, como ha defendido Gaspar Glera, que basta con que el vendedor haga todo lo posible para que el comprador adquiera la propiedad, no pudiéndose hablar de incumplimiento «cuando el vendedor ha hecho todo lo posible para que se verifique la transmisión y, sin embargo, ésta no se produce» (Gaspar Glera, 2017, 22): cuando hablamos de obligación de medios en este punto, no puede hacerse en este sentido, como claramente lo demuestra la existencia de un régimen de saneamiento por evicción: lo hacemos para poner en claro que no es una obligación de resultado (como sí lo es la obligación de entrega).

Que la obligación de transmisión de la propiedad de la cosa por parte del vendedor sea una obligación típicamente de medios, se pone de manifiesto, por ejemplo, en lo dispuesto en el artículo 1455 (en conexión con el artículo 1462 CC: la escritura pública equivale a la entrega –vale decir, al *modo traditivo ex* artículo 609 CC–). Pero el momento en que de forma más intensa, e importante para este estudio, se pone de manifiesto, es en todo el bloque normativo regulador del saneamiento por evicción. Es perfectamente lógico que el vendedor deba proteger al comprador de todo lo que a éste le suponga una posesión no pacífica y no interrumpida, pues, salvo que haya operado en favor del comprador una adquisición *a non domino*, y descartado que el vendedor tenga que probar ante el comprador su propiedad (*probatio diabólica*) será la usucapión lo que en el tráfico puede dar fijeza a la propiedad. En este sentido, creemos que es perfectamente lógico entender el régimen del saneamiento por evicción como un régimen auxiliar de la usucapión, y concretamente, de la usucapión *ordinaria*⁹¹. La

⁹¹ No debiera olvidarse que la usucapión supone en un sistema como el nuestro, y en cualquier que se haya inspirado en el sistema transmisivo romano, la institución básica de seguridad en la transmisión de los bienes; función que, para el tráfico inmobiliario y en un sistema registral de fe pública, queda muy diluido, pero cuya importancia sigue estando presente en sistemas registrales inmobiliarios de mera oponibilidad, como sucede con el sistema francés. En este punto, las palabras de Josserand nos parecen muy ilustrativas: «Ambas instituciones [en relación con el registro y la usucapión] se complementan perfectamente bien. Gracias a la usucapión de treinta años, sabe el comprador que trata con un individuo que *ha tenido*, en cierto momento, la propiedad del inmueble; gracias a la transcripción, sabe que este individuo ha guardado la propiedad, que no la ha enajenado, que es un propietario *actual*» (JOSSERAND, Tm. I, vol. III, 1950, p. 285).

finalidad inmediata del saneamiento por evicción es proteger el estado posesorio del comprador, y sus cualidades de *legal y pacífica*; pero de manera mediata, y a través de esa protección, el vendedor pone al comprador en el camino a la usucapión ordinaria. En este punto, se pone de relieve la influencia del Derecho Romano en la lógica actual del saneamiento por evicción, y en la existencia de una obligación de transmisión de la propiedad: como ha explicado Cuenca Casas, la inexistencia en el Derecho Romano de una positiva obligación de transmisión de la propiedad sobre el vendedor, no sólo no es deficiencia técnica, sino más bien una solución derechamente pretendida. Como ha apuntado la citada autora, ciertamente el vendedor tiene la obligación de entrega de la cosa vendida; pero la entrega es el *contingente* de la *traditio*, la cual sólo opera si el vendedor es el *verus dominus*. Así, «todo vendedor, por el hecho de vender, pone los medios necesarios para que la transmisión opere, y aun no siendo dueño, coadyuva a que la misma se produzca a través de la usucapión y en el ínterin, garantiza para el caso de evicción, instrumentos que sólo tienen sentido si el vendedor no es dueño. Todo ello hace pensar que la venta de cosa ajena (...) era contemplada en los textos clásicos con gran naturalidad hasta el punto de que parece el sistema romano construirse sobre esta posibilidad: la usucapión y la institución de la garantía en caso de evicción son buena prueba de ello». Y más abajo añade: «Esta particularidad, en torno a la cual se justifica en gran parte una institución tan importante como la usucapión, no puede en ningún caso entenderse como una mera deficiencia técnica. Más bien fue una decisión buscada. Como señala CANNATA, una genuina creación romana, dirigida a solventar un problema muy concreto cual es la dificultad que en el Derecho romano presentaba la prueba del derecho de propiedad, denominada por los glosadores *probatio diabólica*. En este sentido —concluye Cuenca Casas—, esta particular configuración de la venta romana, tenía una ventaja fundamental para el tráfico jurídico: el vendedor no estaba obligado a probar su derecho de propiedad»⁹².

En definitiva, creemos que sobre el vendedor recae la obligación de transmitir la propiedad de lo que vende, pero en el entendi-

⁹² CUENCA CASAS, 1996, pp. 66-67.

do de que se trata de una obligación de medios, y no de resultado: el vendedor no incumple, si hace lo posible para que el comprador adquiera la propiedad de la cosa comprada, protegiéndole eficazmente frente a las acciones reales interpuestas por terceros y en este punto tiene perfecto sentido el régimen jurídico de la evicción, y más ampliamente, de la obligación del vendedor de mantener al comprador en la posesión legal y pacífica de lo comprado.

Pero sí debe entenderse que el comprador incumple, y con ello se debe entender al comprador habilitado para ejercitar las acciones por incumplimiento (entre ellas, claro está, la resolutoria ex artículo 1124 del Código Civil), cuando resulta claro que el vendedor no podrá continuar protegiendo al comprador, o lo que es igual, cuando mantener esa obligación de medios ya resulta inútil. En este sentido, consideramos muy apropiada la respuesta que el Tribunal Supremo dio al caso resuelto en su sentencia 386/2019, de 14 de enero (Pte: Parra Lucán) (RJ\2019\545), en la que el comprador ejercita frente a su vendedor acción resolutoria, en un caso de venta de inmueble ajeno. En el caso, el verus dominus había demandado al comprador en ejercicio de una acción reivindicatoria, que triunfó por allanamiento del comprador. El allanamiento se había producido porque en el procedimiento de reivindicación se había demostrado que el vendedor había vendido como una sola finca, lo que en el Registro de la Propiedad constituían varias fincas registrales producto de previas operaciones de segregación; demostrada esa realidad, y ante la protección registral de los demandantes de reivindicación, el comprador demandado se allanó, pero a resultas de ello, éste demandó en un procedimiento posterior a su vendedor ejercitando acción resolutoria, que triunfó y el Tribunal Supremo confirma. En este caso, como hemos indicado, la sentencia llega al resultado que creemos correcto: es evidente, por los efectos del registro en favor de los reivindicantes, que la adquisición de la propiedad por parte del comprador resulta imposible, o lo que es igual, que la obligación de transmisión de la propiedad, incluso entendida como obligación de medios, que pesa sobre el vendedor, ya no podrá cumplirse. La resolución, por tanto, era la respuesta lógica al conflicto.

2.5 La obligación de transmitir la propiedad como obligación de medios, y disposición por un comunero de la totalidad del dominio

Así como hemos visto que la respuesta que el bloque normativo del derecho de contratos, debe ser la misma en el caso de venta de

cosa ajena como en el intento de disposición de cosa parcialmente ajena, lo mismo procede afirmar en cuanto a la respuesta que, para los mismos grupos de casos, ofrece el bloque normativo del derecho de obligaciones.

En efecto, y por todo lo explicado hasta aquí, debe también afirmarse la existencia de la obligación de transmisión de la propiedad que pesa sobre el comunero disponente, entendida como obligación *de medios*, en la misma medida en que la hemos entendido presente al margen de la situación de comunidad⁹³, y seguramente, en sede de comunidad, sea más fácil comprenderla. Así como la particular interpretación, que durante años se le dio al artículo 397 del Código Civil, dificultó la extensión al ámbito de la comunidad de bienes la doctrina de la validez de la venta de cosa ajena, sin embargo, y salvado ese escollo, creemos que la concepción que del fenómeno comunitario subyace en la regulación del Código Civil, facilita la aprehensión de la obligación de transmisión de la propiedad como obligación *de medios*, para el caso en que un comunero dispone de la totalidad del dominio sin contar con la autorización de los demás. En este sentido, es particularmente expresivo el artículo 597 CC, que si bien desde un punto de vista sistemático se encuentra en sede de servidumbres, constituye expresión de una lógica extrapolable a la generalidad de supuestos en que un comunero, al pretender realizar un negocio dispositivo, excede su titularidad.

Dispone el citado artículo 597 lo siguiente:

«Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.

La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.

⁹³ En este sentido, nos parece muy ilustrativa la doctrina mantenida en la STS (Pleno) 2154/2011, de 28 de marzo de 2012 (Pte: Xiol Ríos) (RJ/2012/5589): «La jurisprudencia, sin embargo, no rechaza aplicar la dogmática de la venta de cosa ajena, admitiendo la validez del contrato como simplemente generador de obligaciones (...), en aquellos casos en los que “todos tienen interés en la decisión”, dado que no se conviene la transmisión de la cosa por quien figura con poder de disposición sobre ella, sino que únicamente se impone a quien figura como vendedor la obligación de procurar su transmisión, bien porque se expresa así en el contrato, bien porque se deduce esta interpretación del hecho de que las partes tienen conocimiento de la no-pertenencia al comunero que vende de la totalidad de la cosa vendida (...), de tal suerte que el derecho de los restantes comuneros no resulta afectado, ni viciado el consentimiento de quien cree contratar con quien dispone de la cosa en su totalidad, cuando solo tiene poder de disposición sobre una cuota indivisa» (fundamento de derecho cuarto). Ciertamente, la sentencia se refiere a la obligación de transmisión como obligación de medios sólo para los casos en que la ajenidad, expresa o implícitamente, forma parte de la economía del contrato. Sin embargo, y por lo que hemos explicado en páginas anteriores, creemos extensible esa idea a todo supuesto.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido».

En efecto, esta disposición, tal y como ha puesto de manifiesto Peña Bernaldo de Quirós, lejos de contener una disposición especial, contiene una explicitación de lo que debe entenderse una regla general en cuanto a la eficacia de los actos dispositivos pretendidamente realizados por no todos los comuneros, ya ese acto dispositivo pretendiera la constitución de una servidumbre (caso directamente abordado por el citado precepto) o de cualquier otro derecho real⁹⁴. Por su parte, Beltrán de Heredia ha explicado que el «Derecho moderno de la copropiedad es tal y como era en el Derecho romano: Si no ha existido (...) consentimiento unánime, cada uno de los copropietarios podrá ejercitar su oposición (...), que impide la validez del acto. Hasta que esa oposición se verifica, no puede en rigor decirse que el acto sea inválido, porque (...) puede irse produciendo la sucesiva ratificación y aprobación de todos los propietarios»⁹⁵.

A efectos prácticos, estaríamos ante una disposición jurídico real cuyos totales efectos parecen similares a los de una disposición sometida a condición suspensiva⁹⁶, siendo el hecho condicional, ya la adjudicación del bien al/a los comuneros(s) disponente(s), ya la ratificación de los comuneros no disponentes; pero ya antes de este hecho condicional, puede tener una eficacia *parcial*, que no sólo es de naturaleza obligatoria, sino que incluso sobrepasa el efecto meramente obligacional, como pone de manifiesto el tercer párrafo del artículo 597, al prever que la disposición obliga al concedente y a sus sucesores, «aunque lo sean a título particular», lo que, como ha sido apuntado, es un caso de obligación *propter rem*⁹⁷.

En cualquier caso, y considerando la respuesta que desde el derecho de obligaciones debe darse a este supuesto, parece claro que el comunero disponente *parcialmente a non domino*, tiene la obligación de procurar la expansión de la eficacia jurídico real

⁹⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 501-502. En la misma línea, véase más tarde ARANA DE LA FUENTE, 2016, p. 1612.

⁹⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, 1954, pp. 281-282.

⁹⁶ Cfr. STS de 28 de mayo de 1986 (RJ\1986\2832), con cita a las de 5 de julio de 1958 y de 27 de mayo de 1982.

⁹⁷ Se discute, con todo, si esta obligación *propter rem* resulta oponible únicamente al subadquirente que al adquirir conoce de su existencia —como ha defendido CUADRADO IGLESIAS, 1993, p. 1513— o si por el contrario ese conocimiento es irrelevante para que le sea también oponible —como ha defendido KARRERA EGIALDE, 2016, p. 2307—.

pretendida a la totalidad del dominio, ya procurándose la adquisición de los demás dominios concurrentes, ya obteniendo, a decir del artículo 597-2.º, la concesión de todos los demás comuneros. Esta sería la traducción, para estas hipótesis concretas, de la obligación de transmisión de la propiedad, como obligación de medios, que pesa sobre el vendedor y que hemos analizado en el epígrafe precedente.

3. LA RESPUESTA DESDE LAS REGLAS DEL DERECHO DE BIENES

3.1 **La regla de partida: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, y la protección del *verus dominus*. El caso particular de la disposición *parcialmente a non domino*, y su posible eficacia *parcial***

3.1.1 *La regla de partida: nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, y la protección del verus dominus*

Como hemos explicado en los epígrafes anteriores, el negocio por el que alguien pretende disponer en el tráfico de lo que no es suyo, no es un negocio que deba entenderse inválido. Pero esto no significa que a ese negocio, ni a los actos de cumplimiento que las partes puedan llevar a cabo (marcadamente, el pretendido disponente) deba dársele verdadera eficacia jurídico real, esto es, la consecuencia de *transmitir* realmente aquello que se *vende*, o de constituir el derecho real pretendido.

La doctrina que ha analizado detenidamente esta cuestión, ha insistido en que el poder dispositivo en el comprador, no es condición de validez del negocio, ni tampoco de la eficacia que el Ordenamiento reserva a ese negocio (ser fuente de obligaciones); pero sí lo es de la *eficacia traslativa que con él se pretende*, que es una eficacia más, y superpuesta, tanto a la generación de derechos y obligaciones (cfr. art. 1089 CC) como al cumplimiento de las mismas⁹⁸.

⁹⁸ Por todos, basta recordar los trabajos de autores como Miquel González (entre otros, «El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998; «Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa», en *Revista de Derecho*, núm. 26, 2006), o Cuenca Casas (vid. su monografía *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996; también su trabajo «Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil* (2005-2007), Madrid, 2008).

Independientemente de la consideración que en nuestro Derecho merezca el derecho de propiedad, y del alcance que entendamos que tiene su afirmación y protección constitucional en el artículo 33 de nuestra Constitución, lo cierto es que la propiedad implica un reconocimiento por parte de la sociedad de una situación cualitativamente superior a la mera tenencia o posesión de las cosas, aunque exteriormente posesión y propiedad no sean diferenciables para un tercer observador. Como explicaba ya Borrell y Soler en un estudio monográfico sobre la propiedad, después de señalar que el fundamento de la propiedad radica en la condición de lo limitado de los recursos y en el incentivo y conveniencia de transformarlos (también incidía en este punto, entre los franceses, A. Thiers), concluye que para que la propiedad en potencia sobre los bienes pueda convertirse en una propiedad concreta sobre un bien, es preciso «[...] que se establezca una relación singular, específica, entre la cosa y su dueño; y esta relación, para ser lícita, para que sea justa de tal modo que el derecho exclusivo que adquiriera sobre la misma no involucre una injusticia en perjuicio de los que resultan excluidos de su dominio, precisa que la relación aludida se funde en un título suficiente ante la Moral y el Derecho»⁹⁹.

Diferenciar posesión y propiedad como situaciones jurídicas, conduce irremediabilmente a diferenciar poseedor y propietario, esto es, a admitir como algo natural que se pueda ser propietario sin tener la cosa; la propiedad como una relación jurídica, no fáctica. Esto a su vez conduce lógicamente a una conclusión inevitable: si se admite que se puede ser propietario aun cuando se carezca de una relación inmediata y ostensible respecto de la cosa, es evidente que la condición de propietario de la cosa no depende de un estado de hecho, sino de una doble condición (de carácter jurídico): 1) que se llevó a cabo un acto jurídicamente reconocible como momento eficaz de adquisición de la propiedad; 2) que no se ha producido ningún acto que implique su pérdida.

Por todo lo anterior surge con total naturalidad la regla *nemo dat quod non habet*, que Adolf Reinach ha calificado como verdad

Esta idea no es novedosa, y también la tenían clara alguno de los primeros comentaristas de la legislación hipotecaria, como Morell y Terry: «cada cual puede en principio disponer de lo suyo; pero al disponer de sus propios actos, de su voluntad, nadie duda que dispone de lo que le pertenece, y al disponer de los objetos exteriores, nadie sabe con certeza si son o no suyos, si se hallan o no bajo su poder. Por esto la obligación queda perfecta desde luego; pero el dominio en toda su integridad sobre el objeto no se transmite mientras no preexista real y jurídicamente en el patrimonio del transmitente. Todo esto, sin embargo, que surge lógica y racionalmente por la misma naturaleza de las cosas, no prueba que existan *modo y título*; prueba solamente que una cosa es el derecho personal y otra el derecho real, que una cosa es obligarse y otra transmitir o cumplir la obligación» (MORELL Y TERRY, 1916, p. 28).

⁹⁹ BORRELL Y SOLER, 1948, p. 6.

a priori del Derecho¹⁰⁰, y que, en el Derecho Romano fue recogida como una de las *regula iuris antiqui* (D. 50.17.54: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*), al objeto de llegar al fin último del derecho: *dar a cada uno lo que es suyo* (D. 1.1, pr). Entre nosotros, esta *regula iuris antiqui* pasa al Derecho de Partidas en P. 7.34.12. De esta regla, García Goyena explicaba que se trata de una regla tan sencilla y de tan notoria equidad, que todo comentario sobre ella resulta superfluo¹⁰¹.

Como se deduce con facilidad, el tratamiento de la venta de cosa ajena desde el sistema del derecho de bienes no ofrece, en su punto de partida, ninguna protección al comprador más allá de la posible operativa de la usucapión. Y es perfectamente natural que así sea: cualquier protección que las reglas del tráfico pudieran dar, en el plano jurídico real, al comprador *a non domino*, chocaría frontalmente con la secular –y repetida– regla de partida *nemo plus iuris...*, que, a decir de Josserand, es una «regla de lógica geométrica»¹⁰². Esto lo vemos confirmado históricamente, antes de la implantación del Registro de la Propiedad, en los distintos mecanismos de publicidad que se arbitraron en los distintos fueros regionales al objeto de imprimir cierta seguridad en el tráfico, mecanismos todos ellos pensados, no para proteger al pretendido adquirente, sino al *verus dominus*, y más en general al titular de cualquier otro interés protegible sobre el bien¹⁰³.

En efecto, la función que histórica y empíricamente desarrollaron en las distintas regiones los sistemas de publicidad de las transmisiones, se ha centrado en la protección de los posibles terceros titulares del dominio, titulares de derechos reales sobre el bien, o incluso de intere-

¹⁰⁰ REINACH, 2010, p. 89.

¹⁰¹ GARCÍA GOYENA, 1841, p. 75.

¹⁰² JOSSEMAND, 1950, p. 209.

¹⁰³ Como ha explicado Hernández Crespo, después de mencionar la *mancipatio* y la *in iure cessio* como mecanismos de publicidad de las transmisiones en los que la participación de la comunidad ocupa un papel esencial en este sentido, nos recuerda que «en el mismo principio de publicidad se inspiraban los antiguos fueros españoles, como el Fuero Viejo de Castilla que decía que “ninguna heredad se debe vender de noche, ni de día a puertas cerradas”, o el Fuero Viejo de Vizcaya, para el que todo acto de enajenación o gravamen de bienes inmuebles debía ser solemnemente publicado durante el Ofertorio de la Misa Mayor celebrada el domingo en la Iglesia Parroquial, anunciándose a toque de campana y en presencia de un funcionario especial, o el Fuero General de Navarra, en el que tales actos habían de ser publicados por medio de pregón durante tres domingos consecutivos, o, finalmente, varios Fueros Municipales, entre ellos los de Sepúlveda y Alcalá de Henares, que exigían que las transmisiones de inmuebles se consignaran por escrito y fueran solemnemente confirmadas en la Iglesia Parroquial en la Misa Mayor del domingo» (HERNÁNDEZ CRESPO, 1989, pp. XXIII-XXIV).

ses familiares; y no tanto en la protección del adquirente¹⁰⁴: la protección del adquirente era una consecuencia indirecta de lo primero, y además, insegura, porque no suponía la «purga» de los posibles derechos preexistentes. La publicidad del acto transmisivo, ha cumplido empíricamente una función de *notificación pública* en orden a proteger a los titulares de derechos y de intereses preexistentes¹⁰⁵, y no tanto para garantizar al adquirente su adquisición¹⁰⁶.

3.1.2 *El caso particular de la disposición parcialmente a non domino, y su posible eficacia parcial*

No obstante lo anterior, y para el caso de disposición *parcialmente a non domino*, es decir, cuando un comunero pretende disponer de la *totalidad* del dominio sobre el bien en cuestión, cabe defender una respuesta de eficacia igualmente parcial, desde el bloque normativo del derecho de bienes.

La doctrina científica está dividida entre los que niegan la eficacia, no sólo total (lo que parece claro), sino también parcial, de los intentos dispositivos en casos como los que ahora analizamos¹⁰⁷; y los que afirman la posibilidad de reconocer al menos una eficacia parcial al mismo, concretada sólo sobre el dominio del copropietario disponente¹⁰⁸.

En nuestra opinión, parece más probable lo segundo. En este punto, el artículo 597 CC vuelve a ofrecernos una valiosa herramienta interpretativa, no sólo para justificar la existencia de una obligación en favor del disponente parcialmente *a non domino*, sino incluso para justificar una eficacia, igualmente parcial, en el plano jurídico-real. En este sentido, nos parecen muy valiosas las ideas de Estruch Estruch, para quien el artículo 597 CC ofrece una herramienta interpretativa muy importante: ciertamente el precepto citado ofrece sufi-

¹⁰⁴ Como ha puesto de manifiesto Méndez González, la idea de troncalidad, y el interés en el mantenimiento del patrimonio familiar facilitado por el reconocimiento de derechos de tanteo y retracto a los familiares), jugó un papel importante en la articulación de estas formas de publicidad de los actos dispositivos, en orden a posibilidad la efectividad de estos derechos (MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008, pp. 62 ss.).

¹⁰⁵ También en el Derecho Romano y sus antiguos ritos transmisivos. Como ha señalado Zamora Manzano, «la existencia de testigos y del *libripens* como representantes de la colectividad, constituyen un elemento crucial que otorga certeza y nominatividad a la transmisión, haciendo notoria la conexión entre el objeto y el titular. Se garantizaba la nominatividad en la titularidad de los bienes con el inconveniente de que no se inscribía en un registro sino en la mente de los testigos» (ZAMORA MANZANO, 2004).

¹⁰⁶ Para mayor profundización en esta cuestión, MÉNDEZ GONZÁLEZ, 2008.

¹⁰⁷ Por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, p. 502, nota al pie núm. 9.

¹⁰⁸ Así, MIQUEL GONZÁLEZ, 1993, p. 1092, quien en apoyo de su tesis entiende que el caso aquí analizado, es análogo al que regulan los artículos 1460 y 1515 CC.

ciente base argumental para afirmar la validez de la relación obligatoria constituida, pero la razón por la que el precepto queda limitado a afirmar la eficacia de la relación obligatoria sin dar el salto a la eficacia jurídico real (consecuencia posterior) es la particular naturaleza de la servidumbre, que es un derecho indivisible y en relación con el cual no es posible afirmar una eficacia jurídico real parcial¹⁰⁹.

Pero si entendemos generalizable la lógica subyacente del artículo 597 CC, como aquí creemos, a todo supuesto de disposición parcialmente *a non domino*, no se ven razones para impedir el paso a una verdadera eficacia jurídico real, si el derecho real de que se trate no tienen los condicionantes objetivos señalados de la servidumbre; y esto sucede, por ejemplo, con el derecho de hipoteca, como claramente se pone de manifiesto en el artículo 399 CC: cada comunero podrá, entre otras facultades, hipotecar «su parte».

Ahora bien: este efecto parcial no puede venir impuesto por el Derecho. Parece razonable que dicho efecto parcial en el plano jurídico real, debe ser resultado de una declaración negocial por el adquirente en este sentido, frente a la cual el disponente no puede tener posibilidad de oposición.

3.2 Las adquisiciones *a non domino* como excepciones a la protección del *verus dominus*. El origen y fundamento de la fe pública registral en la España del siglo XIX

El Derecho, casi sobra decirlo, y fuera del caso concreto que acabamos de ver de disposición parcialmente *a non domino*, conoce supuestos de adquisición *a non domino*, desplazando la regla de partida *nemo dat quod non habet*. En tales casos, el comprador puede acabar adquiriendo, de manera instantánea, la propiedad de lo que otro le vendió *a non domino*, es decir, sin necesidad de acudir a la institución de la usucapión. Y en el tráfico inmobiliario, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es uno de esos casos¹¹⁰.

Una regla como la del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe entenderse como *excepcional*, y supone una valoración – ponderación de intereses hecha por el legislador, que le llevan a considerar como respuesta más apropiada el darle, *a quien lo merezca*, la propiedad de lo que, conforme a las reglas normales del tráfico, no hubiera podido adquirir si no es mediante la usucapión, y en los

¹⁰⁹ ESTRUCH ESTRUCH, 1998, pp. 232-238.

¹¹⁰ Para el tráfico mobiliario, véase el ya citado artículo 85 del Código de Comercio. En cuanto al alcance del artículo 464 CC, la doctrina está dividida, y su análisis ha dado lugar a extraordinarios trabajos y esfuerzos intelectuales para, en algunos casos, concluir que también contiene un supuesto de adquisición *a non domino*, y en otros, para todo lo contrario.

casos en que el derecho pueda adquirirse por esta vía (lo que no sucede, por ejemplo, con el derecho de hipoteca). En este sentido, el artículo 34, y los requisitos que en él se contienen para que el tercero reciba esta protección excepcional por el Ordenamiento, son la explicación de ese *merecimiento*, vale decir, expresión de las razones por las que se justifica la inversión de la regla de partida en el derecho de bienes, y justifica la *expropiación privada* a que puede conducir, sin involucrar, parafraseando la idea antes transcrita de Borrell y Soler, una injusticia en perjuicio de los que resultan excluidos de su dominio, encontrando justificación ante la Moral y el Derecho¹¹¹. Esta consideración excepcional de los efectos de la fe pública registral, y de los requisitos que se exigen para resultar beneficiario de sus efectos, está presente en la doctrina del Tribunal Supremo¹¹².

Las razones que han llevado al legislador a prever una consecuencia tal, no pueden entenderse fuera del contexto socioeconómico en el que surge.

La seguridad del tráfico ha sido siempre una aspiración en cualquier economía, por rudimentaria y poco compleja que sea. Los mecanismos de publicidad de las transmisiones inmobiliarias a que antes hicimos referencia, son prueba de ello. Pero la fe pública registral es el último grado de intensidad en la consecución de esa seguridad en el tráfico, y quizá el más perfecto a día de hoy.

Como decimos, la fe pública registral sólo puede comprenderse bien, atendiendo a las razones que estuvieron detrás de su surgimiento, y que en una línea temporal debemos localizar en el siglo XIX de nuestra historia.

Si tuviésemos que describir en pocas palabras el estado de la propiedad inmobiliaria en la España en el siglo XIX, podríamos utilizar las ideas de clandestinidad y de inmovilización:

a) Clandestinidad, en cuanto al estado jurídico real de las fincas. Es cierto que ya desde el siglo XVIII se habían

¹¹¹ Es en este sentido en el que debe entenderse una expresión como la contenida en la STS 2563/2008, de 5 de mayo de 2008 (Pte: O'Callaghan Muñoz) (RJ\2008\5502) «Puede parecer una injusticia [el efecto de la fe pública registral, que puede sacrificar al *verus dominus* extrarregistral], pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

¹¹² Resulta ilustrativa la doctrina mantenida en la STS 2215/2015, de 10 de abril (Pte: Orduña Moreno) (RJ\2015\1518): si el efecto de la fe pública registral supone alterar la regla básica de partida de la dinámica transmisiva, «se presenta como una consecuencia lógica» la interpretación rigurosa del supuesto de hecho activador de aquella.

arbitrado medios oficiales de publicidad del estado de las fincas, pero también es cierto que no habían tenido la eficacia esperada. Si hacemos caso a los historiadores del Derecho, nos damos cuenta que los tribunales, extrañamente, admitían la plena eficacia de los derechos y gravámenes inmobiliarios aun cuando no constaran en estos instrumentos de publicidad (Oficinas de Hipotecas, Contadurías), en una práctica claramente *contra legem*.

b) Inmovilización: esta inmovilización no sólo era «de hecho» como consecuencia de la clandestinidad antes apuntada, sino también «de derecho», como consecuencia de las vinculaciones y mayorazgos que sujetaban la propiedad a una persona o familia. Si conforme a elementales reglas de la ciencia económica se debe facilitar que los bienes estén en manos de quien más los valora y mayor utilidad extrae de ellos, lo cierto es que el tejido inmobiliario de la época permitía cualquier cosa menos eso.

Y es en este punto en el que se produjo un fenómeno muy importante, y que supuso el inicio de un proceso que, a lo que ahora nos interesa, culminó en la primera Ley Hipotecaria, y la implantación del Registro de la Propiedad, y la creación del ya extinto Banco Hipotecario Español: los procesos desamortizadores de la tierra.

Son bien conocidos los dos grandes procesos desamortizadores: uno eclesiástico y otro civil. El primero (el proceso de *desamortización eclesiástica*) tuvo su comienzo mediante un Real Decreto de 11 de octubre de 1835 firmado por el Ministro Gómez Becerra, por el que se declaraban extinguidos de presente ciertos monasterios, y a extinguir otros a corto plazo, pero aplicando en todo caso los bienes raíces y rentas de unos y otro «al crédito público»; y siguió por otro Real Decreto de 19 de febrero del año siguiente (1836), firmado esta vez por Álvarez Mendizábal, por el que se declaraban en venta «todos los bienes raíces de cualquiera clase, que hubiesen pertenecido a las comunidades y corporaciones religiosas extinguidas, y los demás que hayan sido adjudicados a la nación por cualquier título o motivo, y también todos los que en adelante lo fueran desde el acto de adjudicación» (con algunas excepciones, que ahora no vienen al caso).

A esta desamortización eclesiástica siguió la conocida como *desamortización civil*, cuyo artífice fue Pascual

Madoz, y que se materializó mediante Ley de 1 de mayo de 1855, por la que se declaraban en venta, entre otros inmuebles, los pertenecientes al Estado, al clero, a determinadas Órdenes militares, cofradías, santuarios, beneficencia e instrucción pública.

En ambos procesos desamortizadores, las ventas se realizaban mediante subasta pública, a instancia de cualquier interesado en la adquisición de alguno de los bienes declarados en venta. La normativa reguladora de ambos procesos desamortizadores preveía facilidades de pago para el comprador, porque permitía el aplazamiento del pago con un interés razonable y a veces incluso sin interés alguno¹¹³. En todo caso en que hubiese aplazamiento, éste implicaba hipoteca sobre el inmueble adquirido¹¹⁴.

Con estos dos procesos desamortizadores sucesivos, se pretendían dos cosas: primero, la redistribución y reorganización de la propiedad inmobiliaria¹¹⁵; y segundo pero no menos importante, la obtención por el Estado de unos ingresos que resultaban muy necesarios para paliar la pésima situación económica que atravesaba España, y que ponía en serio peligro el pago por su parte su deuda pública, también en el extranjero.

La eficacia de estas medidas fue sólo parcial. Ello obedeció a dos razones, muy conectadas entre sí: la primera, es que aún no existía ningún medio de publicidad oficial de la propiedad inmobiliaria que fuera verdaderamente eficaz para introducir seguridad jurídica ni en la venta ni en el gravamen. Y la segunda, porque la creciente industrialización de la economía española hacía mucho más atractivo para el inversor aplicar su dinero en la industria que en la propiedad inmobiliaria, pues el retorno de la inversión y la obtención de beneficios se obtenía en aquélla de forma mucho más rápida.

La necesidad de atajar ambos condicionantes impulsó definitivamente la instauración del Registro de la Propiedad y del Banco Hipotecario Español. Con el Registro de la Pro-

¹¹³ Así, por ejemplo, en caso de compra de bienes procedentes de la desamortización eclesiástica, cuando el pago se hacía con títulos de deuda pública.

¹¹⁴ En la venta de bienes procedentes de la desamortización de 1855, las facilidades para el deudor hipotecario eran mayores que en el caso de la desamortización eclesiástica. Cfr. art. 24 de la Ley de 1 de mayo de 1855.

¹¹⁵ Téngase en cuenta que, al menos para la venta de bienes procedentes de la desamortización eclesiástica, se autorizaba a la previa división de los predios susceptibles de ello «en el mayor número de partes o suertes que se pudiese» (cfr. art. 3.4.º Real Decreto de 19 de febrero de 1836).

iedad en la Ley Hipotecaria de 1861 quedó eliminado el primero de los condicionantes (el de la falta de un mecanismo de publicidad del estado de la propiedad inmobiliaria), pues fue un Registro dotado de eficacia de *fe pública*. Por su parte, el segundo de los condicionantes apuntados (falta de atractivo en la inversión inmobiliaria, en comparación con la inversión en la industria), quedó neutralizado con la aparición de las instituciones de crédito territorial en el último tercio del siglo XIX, hasta la implantación como única institución de este tipo del Banco Hipotecario Español¹¹⁶.

Registro de la Propiedad, fe pública registral, e impulso del crédito territorial, se nos presentan así como ideas inseparables¹¹⁷. Pero en el entendido que la fe pública registral, en su origen, estaba al servicio del mercado hipotecario, y concretamente del acreedor hipotecario. Sólo más tarde el Registro acaba siendo un verdadero Registro de la Propiedad¹¹⁸.

Tener presente lo anterior, ayuda a comprender las razones generales de un precepto como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria,

¹¹⁶ En términos generales, el inicio de las instituciones de crédito territorial en España vino marcada por una cuestión, y era la de si debía existir una única institución de crédito territorial o si por el contrario debía admitirse su libre constitución. La libre creación de este tipo de instituciones marcó sus primeros pasos, y en este contexto, se constituye el Banco Hipotecario de España (BHE) mediante Ley de 2 de diciembre de 1872; más tarde, mediante Real Decreto de 24 de julio de 1875 se declara al BHE única institución de crédito territorial en España.

¹¹⁷ La unión de ambos fenómenos queda muy bien explicitada en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: la función de las instituciones de crédito territorial es la de actuar como instituciones intermediarias «entre los capitalistas y los propietarios que buscan recursos en el crédito territorial (...), emitiendo obligaciones territoriales de valor auténtico, uniformes, fáciles de ser apreciados por todos en cambio de las garantías hipotecarias que (...) reciban, transformen en inscripciones territoriales negociables (...) [y] se encarguen de realizar por su cuenta y riesgo» [Pasaje extraído del apartado «Hipotecas voluntarias» de la exposición de motivos de la Ley de 1861]. Estas obligaciones territoriales a que la exposición de motivos se refiere, son los «títulos hipotecarios» que supusieron el nacimiento de lo que hoy conocemos como «mercado hipotecario secundario», los cuales títulos, con la Ley mencionada supra de 2 de diciembre de 1872 de creación del BHE podían ser de dos tipos: cédulas hipotecarias y obligaciones hipotecarias, que así se introdujeron por primera vez en España. Desde el RD también mencionado supra de 24 de julio de 1875 el BHE era la única institución de crédito territorial, y por tanto, la única que podía emitir títulos hipotecarios.

¹¹⁸ Al respecto, véase Díez-Picazo, 1989, p. 26-27: «El sistema de plena defensa de los acreedores hipotecarios, por exigencias internas de la mecánica jurídico-sustantiva y jurídico-registral, ha llevado (...) a hacer inscribibles las mutaciones dominicales y todas las mutaciones jurídico-reales en general, pero sólo como estadio de perfección de un registro que es ante todo un registro de protección de los acreedores hipotecarios». Y añade: «Únicamente en un momento más tardío, cuando la protección de los acreedores hipotecarios es algo que puede considerarse consolidado ya, y cuando las transformaciones económicas determinan un progreso y un incremento del mercado inmobiliario, el sistema se completa con una más rigurosa protección de los adquirentes del dominio sobre inmuebles y sólo entonces llega a ser un auténtico registro de la propiedad».

su consecuencia, y los requisitos que deben reunirse para la operativa, excepcional, de ésta.

3.3 El pretendido juego de los efectos de la fe pública registral en el caso analizado en la sentencia objeto de este comentario. Fe pública y tracto sucesivo.

El Registro de la Propiedad, con sus efectos de legitimación y de fe pública, vendría a ser el instrumento que permite una adecuada consideración y equilibrio entre la seguridad del derecho y la seguridad del tráfico. Porque la seguridad jurídica, como valor del sistema jurídico y de un Estado de derecho, no tiene por único objeto la protección de la estática de las situaciones, sino que también la seguridad del tráfico de una de las manifestaciones de dicho principio, como entre nosotros ha puesto de manifiesto Chico y Ortiz¹¹⁹. Por ello, coincidimos con Hernández Crespo en que no parece correcto plantear el conflicto entre derecho y tráfico como un conflicto entre justicia y seguridad¹²⁰. El conflicto que suele plantearse en esta materia, entre seguridad jurídica estática o del derecho, y seguridad jurídica dinámica o del tráfico, aunque expresiva, parece más aparente que real¹²¹.

¹¹⁹ CHICO Y ORTIZ, 1994, p. 32.

¹²⁰ HERNÁNDEZ Crespo, 1989, p. XLI.

¹²¹ En su conocida obra sobre seguridad jurídica y seguridad del tráfico, Ehrenberg explicó que «[...] la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico solamente pueden alcanzarse a costa de la celeridad del tráfico [...] [P]ara el legislador constituye una cuestión de política jurídica y para el comerciante una cuestión de política comercial, el determinar si, en algunos casos, la seguridad jurídica o la seguridad del tráfico deben anteponerse a la agilidad del tráfico, o ha de ser al revés [...] [P]ara un comerciante sería imposible y ruinoso tratar de aplicar, en su trato directo con el público, un Derecho ‘formal’, rígido. Igual que la lucha por el Derecho, también puede ser una obligación la renuncia al Derecho, sin la cual, a causa de la satisfacción buscada por el propio interés, muchos medios establecidos para la seguridad jurídica y la seguridad del tráfico se convierten en trabas insostenibles para el tráfico» (EHRENBURG, 2003, pp. 47-50). Pau Pedrón, en el prólogo a la traducción española de esa obra, concluye que «la seguridad del tráfico revaloriza el derecho, porque permite que su transmisión se haga con seguridad para el que adquiere» (PAU PEDRÓN, 2003, p. 13).

Merece tenerse muy en cuenta el valioso trabajo de Paz-Ares «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», publicado en 1985, en el que enfoca esta cuestión desde el análisis económico del derecho. En este trabajo el ilustre jurista explica que, habiendo ocasiones en que, en términos de eficiencia económica, la regla de la propiedad sucumbe ante la regla de la indemnización (en los casos en que los costes de transacción son tan altos que no permiten una eficiente distribución de la riqueza), la seguridad dinámica es un elemento de la protección del derecho en su disfrute en su valor de cambio: la expropiación operada por la regla del tráfico, es originada por la reducción de los costes de transacción –las normas de seguridad del tráfico tienden a comprimir la información que el adquirente necesita para mantenerse en su adquisición– que precisamente permite que el dueño de la cosa acabe obteniendo el valor de cambio de ella –aspecto del disfrute de su propiedad– y que, de otra manera, no podría obtener.

Naturalmente, esto sólo puede admitirse en la medida en que el procedimiento registral es un procedimiento dotado de seguridad y garantías, tanto en los presupuestos de activación del procedimiento mismo (salvo muy contadas excepciones, el inicio del procedimiento registral que en su caso acabará con el asiento correspondiente, comienza con la presentación de un documento *público*, cuya elaboración ha estado rodeada de garantías de Derecho público), como en su desarrollo (con la importantísima función calificadora del Registrador de la Propiedad, juicio de legalidad que es el auténtico fundamento de los poderosos efectos de la inscripción registral en España). Por ello, «cuando en algún supuesto, que ha de ser excepcional, haya de ampararse una adquisición “a non domino”, ello no será más que el tributo que hay que pagar por el funcionamiento eficaz y normal del sistema»¹²².

Como expusiera un autor tan autorizado como Gómez de la Serna, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es el núcleo de toda la Ley Hipotecaria, y casi pudiera decirse que ésta podría resumirse en el mencionado precepto. Esta afirmación, aunque tomada en su literalidad podemos considerarla exagerada, sin embargo es expresiva de una idea general que sí debemos dar por cierta: todo el sistema registral está ordenado en torno a unas bases que permitan afirmar que la consecuencia jurídica del artículo 34 de la Ley Hipotecaria sea, aunque excepcional, también *aceptable*: el resto de «principios hipotecarios» resultan imprescindibles como ideas que contribuyen al efecto principal de la fe pública registral; son auxiliares de éste, y cada uno de ellos supone una justificación –parcial– de los efectos que encierra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹²³. Ciertamente, la intensidad con la que los demás principios

¹²² HERNÁNDEZ CRESPO, 1989, p. XLI.

¹²³ Para Jerónimo González, conocido enunciador de los principios hipotecarios, el empleo del término «principio» en este ámbito no es caprichosa, y el propio autor lo justifica. Para él, un «principio» es «el punto de partida o base discursiva que, si es fundamental para las demás verdades estudiadas, no tiene fundamento dialéctico o no lo necesita por su propia evidencia» (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1948, p. 289; el trabajo original, recopilado en esta obra de 1948, es del año 1931). Pues bien, en la cúspide del sistema hipotecario explicado desde los «principios» tal y como el autor entendía esta última idea, J. González coloca el de publicidad, entendida no sólo en su aspecto formal, sino en el sentido de «*fe pública* como concepto sustantivo» (GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, 1948, p. 291).

Más explícito en la línea que ahora queremos ilustrar, quizá sea Casso Romero, precisamente por ser uno de los autores que más ha criticado el empleo del término «principio» en este ámbito, en el apuntado sentido axiológico en que lo utilizaba J. González. Casso, que prefería hablar de «presupuestos» hipotecarios en lugar de hablar de «principios» por considerarlo exagerado (CASSO ROMERO, 1951, pp. 137-139), él mismo reconoce que lo que denomina «presupuesto de publicidad o de fe pública registral» (publicidad en sentido sustantivo) es «quizá el único al que puede darse con justeza el nombre de «principio registral» (CASSO ROMERO, 1951, p. 167).

Para un análisis del valor de los principios hipotecarios, su utilidad y sentido tanto como criterios informadores del sistema registral, como criterios «materiales» que deben

hipotecarios enunciados contribuyen a justificar la fe pública registral es desigual. El que ahora más nos interesa es, sin duda, el principio de tracto sucesivo. En este sentido, en los epígrafes siguientes analizaremos la conexión entre el principio de tracto sucesivo y la fe pública registral, y después, veremos estas conclusiones pueden servir para juzgar el acierto de la solución dada por el Tribunal Supremo al conflicto origen de la controversia.

3.3.1 *Fe pública registral y tracto sucesivo: el requisito de la previa inscripción en ambos principios*

Afirmar que el principio de tracto sucesivo ayuda a justificar los efectos de la fe pública registral ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, parece una idea fácil de comprender, y casi se nos presente como intuitiva. Sin embargo, aunque estamos convencidos de la certeza de esta idea, conviene dimensionarla convenientemente para no extraer de ella resultados exagerados.

El llamado principio de tracto sucesivo impone una determinada ordenación de los asientos registrales, que consiste en que, salvo la primera inscripción que acompaña al asiento de inmatriculación (cfr. art. 7 LH), toda inscripción y, más ampliamente, todo asiento registral, debe poder derivarse causalmente de otro anterior, de manera que la información de la hoja registral aparezca como un fluir continuo, sin saltos.

El principal problema que se plantea en la comprensión de este principio, radica en si el mismo debe entenderse como un principio eminentemente formal, o si además de ello, pueda calificarse como un principio material o sustantivo del Registro.

Un sector muy relevante de la doctrina entiende, que este principio de tracto sucesivo es un principio registral puramente formal. En este sentido debemos mencionar la Lacruz y a Sancho, a Chico y Ortiz, y también, aunque con algún matiz, a Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill.

Lacruz y Sancho son quizá los exponentes más claros del entendimiento del principio de tracto sucesivo como un principio puramente formal¹²⁴. En la misma línea, y siguiendo de forma expresa a los anteriores autores, también Chico y Ortiz¹²⁵.

inspirar el ordenamiento registral tomando como base la publicidad y la seguridad jurídica, resulta muy valioso el trabajo de CHICO Y ORTIZ, 1994).

¹²⁴ LACRUZ; SANCHO, 1991, p. 56.

¹²⁵ CHICO Y ORTIZ, 2001, Tm. I, pp. 331-332.

Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, aunque también merecen ser incluidos entre los exponentes de este modo de comprender el tracto sucesivo, sin embargo introducen matices que en cierta medida se acercan a la percepción del repetido principio con contenido sustantivo, al relacionarlo con los principios de fe pública y de legitimación registral. En opinión de estos autores, «Los principios fundamentales de estos sistemas [en relación con los sistemas registrales alemán, suizo, y el español], como son los de fe pública y de legitimación registral, funcionan a base del contenido que en cada momento ofrece la correspondiente hoja o registro particular abierto a cada finca inmatriculada. Este contenido refleja la titularidad dominical de la finca en sí, como también la titularidad de los derechos reales, en cuanto consta publicada como vigente o actual según el Registro. Es lógico que con el tiempo se concentre en cada una de estas hojas o registros particulares de cada finca inmatriculada el historial registral de la misma y, por consiguiente, es indispensable que este historial figure antes y posteriormente a base de la conexión ordenada de autor a adquirente, sin producirse saltos en su continuidad». Y concluyen: «El principio de tracto sucesivo es un principio de orden, de vida regular registral que exige dicho concatenamiento en los asientos que en el pasado, presente y futuro concurran a formar el contenido del Registro, a través del cual giran los demás, principios hipotecarios, y señaladamente los de fe pública y de legitimación registral»¹²⁶.

Otro no menos importante sector de la doctrina, en cambio, entiende que, el principio de tracto sucesivo, además de estar presente en él un aspecto formal, encierra también un importante aspecto material o sustantivo que lo explica y justifica. En este sentido, merece resaltarse la posición que sostuvo Jerónimo González en el estudio monográfico que de este principio realizó en el año 1927; pero ya antes había puesto de manifiesto la importancia sustantiva de este principio Morell y Terry, para quien el tracto sucesivo es la importación al mundo tabular, de la regla «nadie puede dar lo que no tiene», y «encierra una de las bases de la Ley Hipotecaria: no hay más verdad que la que resulta del Registro»¹²⁷.

¹²⁶ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, p. 88.

¹²⁷ En palabras de Morell y Terry, «el art. 20 de la ley es uno de los más importantes y de los que se aplican con más frecuencia. Encierra una de las bases de la ley Hipotecaria: no hay más verdad que la que resulta del Registro. Para transmitir, para gravar, para modi-

Mucho después, y continuando el mismo enfoque de la cuestión iniciado por Morell, Camy Sánchez-Cañete propuso sustituir la denominación «tracto sucesivo» por el de «capacidad objetiva registral»¹²⁸. Por último, debemos mencionar la posición, más moderada que la de Morell y la de Camy, sostenida por García García, para quien «la preexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente, como requisito para que se pueda producir la transmisión y como prueba de la regularidad de la misma, es consecuencia del principio de tracto sucesivo, que es el que regula el eslabonamiento de todos los actos anteriores y sucesivos, sin que, por otra parte, dicho aspecto sea meramente formal, sino material»¹²⁹; sin embargo, García García rechaza que el tracto sucesivo deba entenderse como una manifestación tabular de que nadie puede dar lo que no tiene, sin que por eso el repetido principio deba ser calificado como meramente formal.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy, Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) acepta que el principio de tracto sucesivo tiene esa doble perspectiva formal y sustantiva que sostiene este segundo grupo de autores. En este sentido, merece mencionarse, por todas, la Resolución de 9 de octubre de 2014 (BOE de 7 de noviembre de 2014), que expresamente acepta el valor formal y material del principio de tracto sucesivo al analizar el fenómeno del tracto abreviado¹³⁰.

ficar, para extinguir un derecho, es necesario que el que transmite, grava, modifica o extingue, aparezca en el Registro con facultades para ello, y así se concibe que deba ser, dado el sistema de publicidad de la ley». Y más adelante añade: «*Nemo dat quod non habet*. Todos los casos de aplicación del art. 20 son una fiel reproducción de este principio» (MORELL Y TERRY, 1917, pp. 371-372).

¹²⁸ En opinión de Camy, «cuando se habla del tracto sucesivo, el profesional del derecho parece entender que está ante un principio netamente hipotecario, que en definitiva sólo interesa en la práctica jurídica de ese orden. Y esto es una equivocación, pues el llamado tracto sucesivo no es ni más ni menos que una modalidad de un principio jurídico de orden general civil, cual es el de la capacidad objetiva». (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Tm. V, 1983, p. 376). Y añade más adelante: «el primordial efecto de la inscripción es la presunción legal «*juris tantum*», de que los derechos reales inscrito en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38, L. H.). Y siendo esto así, sólo podrá tener capacidad objetiva conforme a la Ley, en cuanto a bienes que estén inmatriculados, aquel que según el Registro tenga inscrito a su favor el derecho que va a transmitir, modificar, gravar o extinguir, sin que pueda pretenderse otra cosa, pues para ello sería necesario cambiar el contenido de aquel asiento; actuación para la cual ha de tenerse en cuenta, que ellos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria (párr. 3.º, art. 1.º L. H.). (CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Tm. V, 1983, pp. 378-379)

¹²⁹ GARCÍA GARCÍA, 2002, pp. 1238-1239.

¹³⁰ En esta Resolución puede leerse que los casos de tracto abreviado «no constituyen en modo alguno una excepción al principio del tracto sucesivo en su sentido material o sustantivo, sino sólo a su vertiente formal o adjetiva, en virtud del cual se impone, como regla general, el requisito de la previa inscripción, de forma que, por vía de principio, cada acto dispositivo ha de constar en un asiento propio o destinársele una inscripción separada, sin que en un mismo asiento consten varias inscripciones concatenadas. Es este encadenamiento formal de los asientos (un asiento por acto registrable) el que está sujeto a excepciones, admitiéndose ciertos

En nuestra opinión, y sin perjuicio de lo que más abajo diremos, resulta difícil aceptar el principio de tracto sucesivo en un sentido material o sustantivo, al menos tal y como lo han enunciado Morell o Camy. Su intento explicativo resulta meritorio, al intentar llevar a la vida tabular la regla básica del derecho de bienes «nadie puede dar lo que no tiene». Pero creemos que se trata –y dicho sea con el máximo respeto a tan ilustres hipotecaristas– un enfoque parcial, y además, cuestionable:

– Es parcial, porque como ha puesto de relieve muy certeramente Gallego Vega, el principio de tracto sucesivo opera sin ninguna duda cuando estamos ante un acto de tráfico, o más en general, cuando está presente el consentimiento del titular registral; pero también cuando se trata de la inscripción de mutaciones jurídico-reales producidas al margen del consentimiento del titular registral, e incluso contra su consentimiento¹³¹, pues el tracto sucesivo es exigible estemos o no ante actos de tráfico¹³²; y más aún: aunque no se trate de una mutación jurídico-real. Basta pensar en anotaciones preventivas de embargo o de demanda, o en la inscripción de derechos arrendaticios.

– Es cuestionable, porque el momento de la inscripción, o más exactamente, el momento en que el título se presenta para que se lleve a cabo el asiento correspondiente, no es un momento «negocial» ni dispositivo; no sólo cuando el título presentado es administrativo o judicial, sino que tampoco lo es cuando es una escritura pública. Para que la inscripción proceda conforme al tracto sucesivo, lo único que importa es que, cuando el título se presente a inscripción, ya se haya al menos presentado (si no inscrito) el título que causalmente debe antecederle: es completamente irrelevante que, al tiempo del otorgamiento el disponente figurara en el Registro como titular registral; pero lo más importante, es que aun cuando al tiempo de presentar el título figurara como titular registral el disponente, el adquirente no quedará protegido por la fe pública registral si al tiempo de *otorgamiento* de la escritura el disponente no figuraba como titular registral: la inscripción procederá pues se respeta el tracto, pero el nuevo titular registral no gozará de los

supuestos en que se permite que en una misma inscripción consten varios actos dispositivos, siendo el último de ellos el que determinará la titularidad registral vigente». Y añade: «Pero en estos casos de tracto abreviado, salvo en este limitado sentido formal, no se produce excepción alguna al principio del tracto, entendido en su vertiente material como la exigencia de un enlace o conexión entre el titular registral y el nuevo titular según el título que pretende su acceso al Registro, extremo que habrá de ser en todo caso calificado y exigido por el registrador».

¹³¹ GALLEGO VEGA, 2021, pp. 1455-1456.

¹³² GARCÍA GARCÍA, 2002, p. 1235.

efectos de la fe pública registral¹³³. Como han señalado Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill, la previa inscripción a que se refiere el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria, no se identifica con la previa inscripción que exige el artículo 20 de la misma¹³⁴.

En definitiva, no creemos que el principio de tracto sucesivo tenga un sentido únicamente formal; pero también creemos que su sentido material no radica, al menos directamente, en justificar el efecto de fe pública registral o el de legitimación registral. Más bien, el tracto sucesivo encuentra su fundamento tanto en la protección del titular registral (lo que podríamos denominar «seguridad estática del titular registral») impidiendo fraudes en el tráfico y garantizado en sede procesal la tutela judicial efectiva¹³⁵, como en la idea de posibilitar la publicidad en su aspecto formal¹³⁶. Esto es en nuestra opinión el aspecto sustantivo inmediato del tracto sucesivo; pero ello no quita que, de manera indirecta, coadyuve a justificar el efecto de fe pública registral y de legitimación y presunción de exactitud: si se admite, como aquí sostenemos, que el principio de tracto sucesivo no tiene de proteger tanto al tercer adquirente cuanto al actual titular registral, en definitiva está introduciendo importantes dosis de seguridad en el tráfico jurídico, que hace que, como ha señalado Hernández Crespo, «el Registro en la mayoría de los supuestos coincide con la realidad extrarregistral, y (...) sólo en contados casos se plantea la contradicción entre uno y otra, y en algunos de ellos se aceptan soluciones templadas de compromiso y, naturalmente, solamente en los excepcionales se hace prevalecer el contenido registral cuando concurren todos los requisitos que así lo autorizan»¹³⁷. En definitiva, coadyuva a hacer aceptable la consecuencia de la fe pública registral, y en este sentido, ambos principios (tracto sucesivo y fe pública registral) están relacionados.

¹³³ GARCÍA GARCÍA, 1993, pp. 259 ss.

¹³⁴ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 429-433.

¹³⁵ Sobre la conexión del principio de tracto sucesivo y la proscripción de la indefensión ex artículo 24 de la Constitución, la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública es reiteradísima. Al respecto, pueden consultarse entre las más recientes, las Resoluciones de 10 de septiembre, 8 de octubre y 19 de noviembre, todas ellas del año 2024 (véanse, respectivamente, BOE de 6 de noviembre de 2024, 15 de noviembre de 2024, y 18 de diciembre de 2024).

¹³⁶ Nos parece revelador en este sentido los artículos 1820 y 1857 del Proyecto de Código Civil de 1851. Conforme al primero «No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del registro que la persona de quien procede el derecho que se trata e inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre que ha de recaer la inscripción». Por su parte, el artículo 1857 preveía que «Todas las inscripciones que sucesivamente se hicieren y que afecten unos mismos bienes, se ordenarán de modo que en cada una de ellas se encuentre la guía para instruirse de todos, y venir en conocimiento, así del actual propietario, como de las incapacidades previstas en el artículo 1829, y de todos los gravámenes existentes»

¹³⁷ HERNÁNDEZ CRESPO, 1989, p. XLI.

3.3.2 *Análisis crítico de las tesis sostenidas por la Audiencia Provincial y por el Tribunal Supremo*

Aunque otra cosa pudiera parecer, tomar partido por el carácter eminentemente formal, o también sustantivo o material del principio de tracto sucesivo, no es baladí a efectos de llegar a la solución del caso analizado en la Sentencia que aquí se comenta. De hecho, la Audiencia Provincial llegó a la conclusión a que llegó, porque comprendió el tracto sucesivo en un aspecto material, mientras que el Tribunal Supremo acaba casando la sentencia de la Audiencia, sobre la base de una comprensión eminentemente formal del tracto sucesivo. Detengámonos en esta diferenciación.

– La Audiencia Provincial entendió que la entidad bancaria era merecedora de los efectos de la fe pública registral, y que, en definitiva, había adquirido *a non domino* el derecho real de hipoteca. La razón que ofrece para esta conclusión la Audiencia es que el artículo 34 LH *«protege la realidad registral y al adquirente que confía en lo que el Registro manifiesta, y en este supuesto la escritura de constitución de hipoteca se realizó inmediatamente después de la de extinción de condominio, constando remitida telemáticamente la primera al Registro, por lo que el asiento de presentación es también anterior en el tiempo, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los art. 24 y 25 LH, y debiendo considerar como fecha de inscripción, para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, siendo preferente entre dos o más inscripciones, la que en el tiempo sea anterior; debe considerarse que la hipoteca se constituyó por persona que según el Registro tenía facultades para ello, estando inscrita la titularidad de los condominios respecto del inmueble que posteriormente, por extinción, se adjudica el hipotecante y, el Banco, también inscribió su derecho»*.

La tesis que sostuvo la Audiencia, como decimos, sólo puede entenderse desde una concepción sustantiva o material del tracto sucesivo, y al margen de la opinión que cada uno pueda tener en torno a esta cuestión, no puede decirse que la conclusión a la que llega esté carente de lógica. De hecho, encuentra franco apoyo en la tesis sostenida por García García, y por Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill.

1) García García, al estudiar el requisito de la previa inscripción exigido por el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria como presupuesto de la fe pública registral, explica que para que ello se dé,

es preciso que al tiempo de la adquisición por el tercero (de ordinario, al tiempo del otorgamiento de la escritura pública), el disponente figure en el Registro como titular del derecho transmitido –o como titular del derecho del que deriva el derecho real limitado constituido–. Pero García García apunta también, que este requisito de la previa inscripción exigido por el repetido artículo 34 de la Ley Hipotecaria, debe entenderse que concurre en el caso en que, al tiempo del otorgamiento de la escritura, el otorgante disponente ya hubiera presentado a inscripción su propio título, y finalmente esa inscripción solicitada se practique. Para el ilustre hipotecarista, en este punto el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, al disponer la retroacción de los efectos de la inscripción a la fecha del asiento de presentación (por hipótesis, anterior a la fecha del otorgamiento en favor del tercero), permite afirmar que, en definitiva, la adquisición se verificó por el tercero en una fecha *anterior* a la fecha de la inscripción registral en favor del otorgante disponente, de manera que se cumple el requisito exigido por el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria consistente en haber adquirido de quien aparece en el Registro con facultades para disponer¹³⁸. Como vemos, el paralelismo entre la tesis sostenida por García García, y la que sostuvo la Audiencia Provincial, es más que evidente.

2) Algo similar cabría afirmar en relación con la tesis que han sostenido Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill. En opinión de estos autores, «[e]l art. 34, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria exige para la protección que establece, que el *tercero adquiera del titular según el Registro*, lo que presupone que al tiempo de la adquisición por el tercero ya ha de aparecer del Registro como titular del derecho enajenado, aunque no conste practicada la inscripción a su favor pero sí presentado su título adquisitivo y que éste llegue a inscribirse», pues el efecto del artículo 24 de la Ley Hipotecaria, antes citado, permite considerar al transmitente como titular *registral* en el momento en que el título se presentó a inscripción¹³⁹. Roca y Roca-Sastre dan un paso más, y añaden que «[e]l problema de si el art. 34, párrafo 1.º, opera cuando al tiempo de adquirir el tercero se halla pendiente de inscribir el título intermedio del que transfirió a este tercero, si bien estando inmatriculada la finca e inscrito el derecho transferido a nombre de transmitente anterior, hay que resolverlo, en general, en sentido negativo. No obstante, el art. 105 del Reglamento Hipotecario contiene una verdadera excepción a esta regla»¹⁴⁰. Como vemos, en opinión de estos autores, y

¹³⁸ GARCÍA GARCÍA, 1993, pp. 260-261.

¹³⁹ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 429-430.

¹⁴⁰ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 433-434.

con fundamento en lo dispuesto en el artículo 105 RH, la solución es la misma independientemente de que, al momento del otorgamiento del título, el del transmitente estuviera o no presentado en el Registro: en ambos casos el segundo adquirente estará protegido por la fe pública registral si su título se inscribe a continuación del de su otorgante, respetando el tracto.

Vemos así que la conclusión de la Audiencia cuenta con un apoyo doctrinal muy importante. *Lege latae*, sus argumentos se apoyan principalmente en el efecto retroactivo previsto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, para concluir que la entidad bancaria reunía los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y en concreto, el de haber adquirido (el derecho real de hipoteca) de quien aparecía en el Registro con facultades para disponer.

Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia; y lo hace sobre la base de sostener, implícita pero claramente, una óptica formal del principio de tracto sucesivo. Creemos que esta es la solución correcta.

El Tribunal Supremo es claro al afirmar que «La inscripción del transmitente ha de ser anterior a la adquisición del tercero, ya que la protección del art. 34 LH se basa en la apariencia jurídica creada por la inscripción. Por ello, a los efectos del art. 34 LH hay que atender, no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que la originó, como ya afirmara la célebre sentencia de 12 de noviembre de 1970 (Roj: STS 97/1970 - ECLI: ES: TS:1970:97), con cita de las anteriores de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, y cuyo criterio es seguido por las sentencias 348/1994, de 22 de abril, de 14 de junio de 1994 (rc. 2431/1991), y 178/2015, de 10 de abril».

En el caso origen del pleito, la *presentación* en el registro de la adjudicación del pleno dominio por el disponente (Florencio) fue anterior (en dos minutos) a la *presentación* a inscripción de la escritura de constitución de hipoteca; y aunque es cierto que la primera de las inscripciones solicitadas (adjudicación del pleno dominio del inmueble por Florencio) fue suspendida, el defecto fue subsanado y obtuvo la correspondiente inscripción (cfr. el relato de los hechos, en el fundamento de derecho primero, punto 2, primer párrafo). Esto es un dato fundamental para comprender la solución que ofrece el Tribunal Supremo al conflicto: de la diferencia de dos minutos entre el otorgamiento de una y otra escritura, y sin que las partes hayan probado otra cosa, el Alto Tribunal deduce con natural verosimilitud que «*en el momento de otorgarse la escritura de la hipoteca* (que, como hemos visto, es el momento al que debe

estarse para el requisito de la previa inscripción del art. 34 LH), *todavía no estaba presentado* en el Registro de la Propiedad el título del partícipe en la comunidad por el que se adjudicaba la propiedad de la finca» (las cursivas son nuestras).

De lo anterior, pudiera deducirse –aunque hay que reconocer que no es seguro– que si en el caso analizado, la escritura de hipoteca se hubiera presentado *después* de que se hubiera practicado el asiento de presentación del título de D. Florencio, la conclusión hubiese sido distinta, y procedería la protección de la entidad bancaria ex artículo 34 LH. El Tribunal Supremo no entra en esta cuestión, pues tal no fue el caso; pero sí ofrece argumentos suficientemente seguros para rechazar la tesis que defendieron Roca y de Roca-Sastre apuntada más arriba.

En relación con la respuesta que hubiese dado el Tribunal Supremo al caso, si al tiempo de presentar la escritura de hipoteca ya se hubiese al menos practicado asiento de presentación del hipotecante, sólo cabe plantear probabilidades. Con todo, y con las reservas lógicas con que se pueda afirmar, creemos que hay argumentos para entender que el Alto Tribunal también hubiese negado la protección registral. Esta conclusión puede deducirse, no de la STS 2171/2024 objeto de este comentario, sino de la interpretación estricta que parece debe hacerse de los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para ser acreedor de la protección por él ofrecida. En este sentido, resulta muy expresiva la ya citada STS 2215/2015, de 10 de abril (Pte: Orduña Moreno) (RJ2015\1518): si el efecto de la fe pública registral supone alterar la regla básica de partida de la dinámica transmisiva, «se presenta como una consecuencia lógica» la interpretación rigurosa del supuesto de hecho activador de aquélla¹⁴¹. Sin embargo, esta sentencia no debiera emplearse

¹⁴¹ Como puede leerse en el apartado 2 de su fundamento de derecho segundo, «la interpretación estricta, si se quiere rigurosa, de los requisitos legales para ser tercero del artículo 34 LH, se presenta como una consecuencia lógica de la eficacia positiva de la fe pública registral y de su especial incidencia en el tráfico jurídico inmobiliario, de forma que el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiado en la información que el Registro publica ve convertida para él la situación registral en como una situación ciertamente inatacable pudiendo amparar, inclusive, la adquisición a non domino». Y concluye en este sentido: «Esta especial proyección de la protección registral, como excepción a la dinámica aplicativa de las reglas generales del Derecho civil en materia de adquisición de los derechos reales (artículo 4 del Código Civil, en relación con el 609 del mismo Cuerpo legal) justifica, por ella sola, la interpretación rigurosa en la exigibilidad de los requisitos de aplicación del artículo 34 LH».

A mayor abundamiento, entiende que esta necesidad de interpretación estricta en cuanto al requisito analizado (el adquirir de quien aparece en el Registro con facultades para disponer), deriva de la propia lógica de la publicidad registral: «hay que precisar que la

como «decisiva» en esta cuestión, pues en el caso concretamente analizado en ella, «en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca a favor de la entidad acreedora, la titularidad dominical del deudor no estaba inscrita en el Registro, *ni tan siquiera se había presentado a inscripción*, por lo que difícilmente podía operarse el principio de fe pública registral» (la cursiva es nuestra). Cabe plantearse, por tanto, si la decisión del Tribunal Supremo hubiese sido la misma si, al menos, el título del disponente se hubiese presentado a inscripción.

La solución que ofrece el Tribunal Supremo al conflicto planteado merece crítica positiva. Parte de una óptica formal del tracto sucesivo, lo que a su vez, y aunque esto no fue objeto de discusión en el pleito, permite limitar adecuadamente el alcance de lo dispuesto en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, como veremos a continuación.

En efecto, en nuestra opinión el intento de dar un alcance sustantivo al principio de tracto sucesivo, lleva a afirmar que el tercero reúne el requisito de adquirir de titular registral, por haber adquirido mientras está vigente el asiento de presentación de su causante, pero aún no inscrito. Y esto conduce, por coherencia, a darle al artículo 105 del Reglamento Hipotecario un alcance que, según creemos, resulta exorbitante, por mucho que cuente con apoyo en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

El artículo 105 RH dispone que «*No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser*

razón de esta interpretación no sólo radica en su incidencia o proyección en el tráfico jurídico, sino también en el propio fundamento técnico que articula y justifica la protección de la fe pública registral. En efecto, desde esta perspectiva, y tal y como reza el principio, la confianza puesta en la exactitud de la información registral y sus efectos derivados se articulan, necesariamente, desde la concurrencia secuencial que proporciona la previa inscripción registral del derecho del transferente, como germen de la confianza depositada, y la proyección del principio de buena fe como presupuesto o justificación de la protección registral dispensada, esto es, como germen que purifica los posibles defectos del título de transmitente; de modo que desde la concurrencia secuencial de estas propuestas o requisitos se explica el desarrollo técnico de la situación inatacable del tercero hipotecario como beneficiario de la fe pública registral». Y añade: «Con lo que la inscripción del derecho del tercero, en este proceso secuencial, sólo es una “condicio iuris” para hacer definitiva la protección registral ya operada: “será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho” (artículo 34 LH). De ahí, la necesaria “inalterabilidad” del proceso descrito para operar dicho resultado adquisitivo».

causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable» (los subrayados son nuestros).

La posición que la Dirección General ha adoptado reiteradamente en la interpretación del artículo 105 parece hoy clara: la subsanación del defecto de tracto contemplada en el precepto, sacrifica la posible prioridad que habría que otorgar a un título presentado posteriormente (pero antes de que se presente el título intermedio) que sí respeta el tracto. Ello presupone una interpretación de la idea de *causahabiente* en un sentido amplio¹⁴². Resulta ilustrativa, por todas, la RDGRN de 12 de noviembre de 2010, en la que se conectan de manera explícita los principios de tracto sucesivo, prioridad y calificación registral, y en ella el Centro Directivo afirma que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario implica una modalización del principio de prioridad en su vertiente formal del despacho de los documentos por el riguroso orden de su presentación, ya que «al ser calificado el defecto como subsanable, la fecha del asiento de presentación del título presentado primeramente (...) determina la prioridad del mismo y también la del que fue presentado posteriormente con objeto de acreditar aquella cualidad de causahabiente (...), permitiendo con ello reconstruir el tracto, de tal manera que los efectos de la subsanación del defecto de falta de tracto se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del título subsanado» (fundamento de derecho 6), concluyendo que «... en los casos en que existan títulos intermedios presentados entre los dos previstos en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario (...) tales títulos intermedios quedan perjudicados en favor de aquellos con base en la preferencia o prioridad ganada mediante el primer asiento de presentación practicado, preferencia que se *comunica* al título que reconstruye el tracto del primero, produciéndose así lo que la propia resolución llama «trasvase de la prioridad», o verdadera «reserva de rango». Esta doctrina sería confirmada en resoluciones posteriores, como en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de abril de 2016, en la que se afirma que «no es sólo que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario no excluya de su ámbito de aplicación los supuestos de defectos cuya subsanación requiera una titulación susceptible de presentación y despacho autónomo (y no documentación meramente complementaria en el sentido del artículo 33 del Reglamento Hipotecario, que no es objeto de asiento de presentación propio), sino que precisamente contempla ese

¹⁴² Lo que no es obvio, ni unánime. Así, Chico y Ortiz, defendió que causahabiente debe interpretarse aquí en un sentido restringido, como sinónimo de adquirente a título gratuito pueda provocar subrogación. «esto es, a los que se identifican con el fenómeno sucesorio» (CHICO Y ORTIZ, 2001, p. 339, idea que había ya expresado en trabajos anteriores).

supuesto y sólo ese, ya que el defecto cuya subsanabilidad prevé es justa y precisamente la falta de tracto, cuya subsanación presupone la presentación de un título material traslativo de los previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por cualquiera de las vías formales contemplados en el artículo 3 de la misma Ley, y en el que “funde inmediatamente su derecho” el disponente, es decir, un título independiente que tiene su acceso al Registro con posterioridad». De aquí, a entender que la inscripción que así logra el actual titular registral, es una inscripción merecedora de los efectos de la fe pública registral, hay solo un paso; por eso, Roca y Roca-Sastre han sostenido que el titular registral que logra su inscripción, subsanando el defecto de tracto presentando el título intermedio de su causahabiente, es tercero hipotecario ex artículo 34-1.º LH¹⁴³.

En nuestra opinión, y teniendo presente que en contra tenemos la doctrina de la Dirección General y la opinión de autores como Roca y Roca-Sastre, debiera quedar claro que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario pretende únicamente solucionar un problema de tracto formal, y junto con ello, un problema de calificación registral; pero no puede tener el efecto sustantivo que se le asigna en relación con los principio de prioridad y de fe pública, siquiera sea por una simple cuestión de rango normativo: se trata de un precepto reglamentario que, según creemos, es insuficiente para explicar los efectos que se pretenden extraer de él. Únicamente si interpretamos el concepto de causahabiente como heredero, tendría justificación la doctrina que la Dirección General ha conformado en torno a él. Dicho de otro modo: interpretar el requisito de la previa inscripción exigido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a la luz de la solución que a un problema de tracto (y de calificación registral) ofrece el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, es difícil de aceptar, sobre la base de un elemental argumento de jerarquía normativa.

Por eso, en el caso origen del conflicto resuelto por la Sentencia objeto de este comentario, y más en general, en los casos en que el titular registral actual logra su inscripción en la hipótesis contemplada en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, debe quedar claro que el titular registral no es merecedor de los efectos de la fe pública registral ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por faltar uno de los requisitos en él exigidos: haber adquirido de quien aparece en el Registro con facultades para disponer.

Si en el caso origen de esta sentencia, la escritura de hipoteca se hubiese presentado *después* de que se hubiera presentado a inscripción el título del disponente (D. Florencio), cabe especular en torno a la solución que hubiera dado el Tribunal Supremo. Ya hemos visto

¹⁴³ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, pp. 433-434.

que la Audiencia Provincial entendía que, en tal caso, la entidad bancaria merecería la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre la base del efecto retroactivo al asiento de presentación, que a la inscripción hay que reconocerle ex artículo 24 de la misma Ley.

Aunque no sabemos qué hubiese sostenido el Tribunal Supremo, en nuestra opinión, y a pesar de la tesis en contra defendida por García García, el argumento basado en el efecto retroactivo contenido en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, nos parece un argumento de pura lógica formal, y no convincente. Sin ninguna duda, el efecto previsto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria parece sensato y casi necesario, y su importancia en el juego del principio de prioridad resulta incuestionable. Pero por sensato que el precepto resulte a efectos de prioridad, su consecuencia jurídica no puede alterar la *realidad histórica* con la que suceden los hechos: ese efecto retroactivo no es suficiente para negar la indiscutible realidad, que consiste en que, cuando el tercero adquiere, el Registro no publica la titularidad del otorgante disponente, que es lo que positivamente exige el artículo 34-1.º de la Ley Hipotecaria.

3.3.3 Breve referencia a la posible «buena fe» del banco, pretendido tercero hipotecario

Con el fin de ofrecer un comentario lo más completo posible de la sentencia objeto de este comentario, debemos hacer referencia a una cuestión que es apuntada por esta sentencia, referente a la buena fe del banco pretendido adquirente del derecho de hipoteca. Esta cuestión, y el tratamiento –breve– que de ella hace el Tribunal Supremo no resulta condicionante de la solución finalmente adoptada, y en este sentido pudiera resultar innecesaria; pero la menciona, y conviene dedicar a ella siquiera unas breves líneas.

Una vez aclarado que la entidad bancaria no merece ser acreedora de los efectos de la fe pública registral, al faltar el requisito de haber adquirido de un titular registral, la sentencia añade: «no negamos la buena fe del Banco, pues pudo creer razonablemente que el prestatario era propietario de la finca en virtud de la recién otorgada escritura de extinción del condominio, pero sí debemos constatar que carecía del preciso requisito de la inscripción del artículo 34 LH» (apartado 5 del fundamento de derecho cuarto).

Pudiera pensarse del pasaje recién transcrito, que el Tribunal Supremo entendió que el banco sí reunía el requisito de la buena fe

exigido en el tantas veces repetido artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero no creemos que sea así. La afirmación del Alto Tribunal parece dirigida a negar que el banco pudiera incurrir en «animus nocendi», y en este sentido, parece que la idea de buena fe que maneja el Tribunal Supremo sea genérica, sinónima de comportamiento leal y no dañoso. Pero no puede entenderse en el sentido más preciso de buena fe ex artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues como agudamente pone de manifiesto García García al analizar el requisito de la buena fe en sede de fe pública registral, «la publicidad del Registro impide que se pueda alegar buena fe en contra de los pronunciamientos registrales»¹⁴⁴.

3.3.4 *Una última cuestión: la posible eficacia jurídico real parcial de la hipoteca*

Concluimos el análisis de esta importante STS 2171/2024 con una cuestión que, aunque no fue planteada por las partes, ni por tanto tratada por el Tribunal Supremo, nos ayudará a comprender de una manera más completa la posición jurídica de las partes.

Ya hemos visto, y debe quedar claro, que no hay razones para entender que el negocio constitutivo de hipoteca es inválido; y asimismo, la entidad bancaria no está protegida por la fe pública registral, de manera que no ha podido adquirir *a non domino* la hipoteca sobre la totalidad del dominio.

En este punto, y por la peculiar situación que implica la comunidad de bienes, cabe preguntarse si, descartada la eficacia constitutiva de la hipoteca sobre el total dominio, habría argumentos para afirmarla al menos sobre el dominio del comunero disponente; o lo que es igual, si cabe afirmar la eficacia parcial de la hipoteca.

Como hemos visto, la doctrina científica está dividida en este punto. Con todo, y como también hemos apuntado más arriba, nos parece que existen argumentos para afirmar la eficacia parcial del intento de disposición, eficacia que se concentrará exclusivamente sobre el dominio del disponente (Don Florencio). En definitiva, en el caso resuelto en esta STS 2171/2024 creemos que hay argumentos para afirmar que la entidad bancaria podría exigir del comunero disponente (Florencio) la eficacia de la hipoteca únicamente sobre su dominio, en el bien entendido que:

a) Esta posibilidad no puede ser impuesta a la entidad bancaria (Caja Castilla-La Mancha), sino consecuencia de su decisión.

¹⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, 1993, p. 270.

b) El ejercicio de esta posibilidad exige el otorgamiento de escritura pública en este sentido, que ha de ser notificada a la otra parte (Florencio) e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Debe considerarse innecesaria la participación de, en el caso, Florencio, en el otorgamiento de esta escritura; para él esta posibilidad no es una opción si la entidad bancaria recurrida decidiera dar eficacia parcial a la hipoteca. Desde el punto de vista de la entidad bancaria, la situación pudiera describirse como una facultad de configuración jurídica, cuya eficacia exige, eso sí, notificación a la parte frente se pretenden la eficacia del ejercicio de esa facultad.

Por otro lado, y de optarse por la eficacia parcial de la hipoteca, ésta, ahora concretada (y de momento concretada) sólo sobre el dominio de Florencio, podría gozar de la prioridad ganada por la inscripción de la anterior constituida parcialmente *a non domino* si la escritura por la que la entidad bancaria opta por la eficacia parcial, se presenta en el Registro antes de la cancelación de, o de la anotación de demanda sobre, la inscripción de la hipoteca origen del conflicto¹⁴⁵.

c) En el caso de que se produjera posteriormente la aceptación del gravamen hipotecario por las demás comuneras, éstas deben otorgarse mediante escritura pública otorgada por cada comunero y la entidad bancaria acreedora, e inscribirse en el Registro de la Propiedad. En estos casos, cada inscripción posterior es, materialmente, expansión sucesiva de la hipoteca sobre las otras copropiedades, y podrán gozar de la prioridad ganada en su momento por el condómino que otorgó la escritura origen del conflicto, pero en el bien entendido que ello no puede perjudicar, en términos de prioridad, a los gravámenes ya existentes sobre cada una de esas copropiedades (cfr. art. 399 CC), que, de preexistir, debieran considerarse preferentes.

¹⁴⁵ Aunque pudiera parecer que esta hipótesis resulta improbable, a la vista de lo dispuesto en el artículo 38 LH («no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos (...) sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente»), lo cierto es que la interpretación flexibilizadora que de él se ha hecho en la jurisprudencia, al remitir la pretensión de cancelación de la inscripción al momento de la ejecución de la sentencia y no al planteamiento de la demanda (véase al respecto GARCÍA GARCÍA, 2019, p. 768.), hace que la hipótesis aquí planteada resulte perfectamente posible.

Esta conclusión que aquí defendemos, no viene impedida por los términos en que está redactado el artículo 38-2.º LH, aunque literalmente se refiera a la «nulidad o cancelación» que habría de operarse sobre la inscripción de la hipoteca otorgada *parcialmente a non domino*. La cancelación de la inscripción habría de tener únicamente efectos parciales, concretamente, sobre las titularidades de los condóminos no otorgantes de aquella hipoteca.

V. CONCLUSIONES

1. Un estudio completo del fenómeno de los intentos de transmisión, total o parcialmente *a non domino*, exige analizar la respuesta que a dicho fenómeno se le da desde el derecho de contratos, desde el derecho de obligaciones de fuente contractual, y desde el derecho de bienes. Estos tres bloques normativos son los que se ponen en funcionamiento cuando los operadores del tráfico pretenden una transmisión del dominio o la constitución de un derecho real.

2. No obstante lo anterior, esos tres bloques normativos, aunque operan coordinadamente en los actos de tráfico para que pueda operarse la transmisión pretendida, tienen su propia finalidad institucional. No tener clara esta distinción puede llevarnos a errores tales como afirmar que la venta de cosa, total o parcialmente ajena, es nula.

3. El régimen del saneamiento por evicción previsto en sede de compraventa, y más en general, la obligación que pesa sobre el vendedor consistente en garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa que compra, no sólo no es incompatible con afirmar que el vendedor tienen la obligación de transmisión de la propiedad de la cosa vendida, sino que ayuda a comprender el alcance de dicha obligación, que creemos que se trata de una obligación de medios.

4. El supuesto de adquisición *a non domino* previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es una consecuencia excepcional, por cuanto altera la regla de partida «nadie puede dar lo que no tiene». De ahí que la jurisprudencia haya entendido que los requisitos previstos en dicho precepto para ser beneficiario de los efectos de la fe pública registral, deben ser interpretados de manera estricta.

5. El principio de tracto sucesivo es un principio registral eminentemente formal. El hecho de que se presente un título a inscripción y éste resulte inscribible por respetar el tracto registral, no garantiza al que así logra la inscripción los beneficios de la fe pública registral.

6. La sentencia objeto de este comentario resuelve, en nuestra opinión, correctamente el problema planteado al negar el pretendido beneficio de la fe pública registral. Deja, sin embargo y necesariamente, interrogantes que por razones de congruencia con los términos del recurso de casación planteado, no ha podido resolver, como por ejemplo, si para ser beneficiario de los efectos de la fe

pública registral, y en concreto reunir el requisito de adquirir de quien en el Registro aparece con facultades para disponer, basta con haber adquirido (extratabularmente) cuando ya se había al menos practicado asiento de presentación del título del otorgante. En nuestra opinión, esta cuestión merece respuesta *negativa*; el artículo 105 del Reglamento Hipotecario no puede servir como argumento para sostener lo contrario.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 9 de mayo de 1980 (RJ\1980\1790)
- STS de 28 de mayo de 1986 (RJ\1986\2832)
- STS 3811/1997, de 30 de mayo (RJ\1997\4328)
- STS 4437/1999, de 22 de junio (RJ\1999\4890)
- STS 1180/2000, de 17 de febrero (RJ\2000\806)
- STS 6757/2002, de 15 de octubre (RJ\2002\10127)
- STS 3056/2004, de 6 de mayo (RJ\2004\2100)
- STS 4045/2004, de 11 de junio (RJ\2004\4427)
- STS 5215/2004, de 15 de julio (RJ\2004\4866)
- STS 1192/2007, de 5 de marzo (RJ\2007\723)
- STS 5823/2007, de 7 de septiembre (RJ\2007\723)
- STS 1553/2008, de 26 de febrero (RJ\2008\2819)
- STS 2563/2008, de 5 de mayo (RJ\2008\5502)
- STS 2154/2011, de 28 de marzo (RJ\2012\5589)
- STS 1153/2013, de 15 de enero (RJ\2012\2276)
- STS 2083/2013, de 18 de abril (RJ\2013\3386)
- STS 5458/2013, de 6 de noviembre (RJ\2013\7261)
- STS 2215/2015, de 10 de abril (RJ\2015\1518)
- STS 386/2019, de 14 de febrero (RJ\2019\545)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Zaragoza de 7 de septiembre de 1994 (TOL384.466)
- SAP de Cantabria 2477/2000, de 7 de diciembre (JUR\2001\78793)

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO / DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- RDGRN de 12 de noviembre de 2010 (RJ\2011\690)
- RDGRN de 9 de octubre de 2014 (RJ\2014\6093)
- RDGRN de 12 de abril de 2016 (RJ\2016\4239)
- RDGSJyFP de 10 de septiembre de 2024 (JUR\2024\449594)
- RDGSJyFP de 8 de octubre de 2024 (JUR\2024\453556)
- RDGSJyFP de 19 de noviembre de 2024 (JUR\2024\466834)

BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, Leopoldo; DE BUEN, Demófilo; RAMOS, Enrique R: *De la usucapión*. Madrid, 1916.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La usucapión*, Madrid, 2004.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. Derecho Civil. Tm II, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 2004.
- ALEXY, Lennart; FISAHN, Andreas; HUHN, Susanne; MUSHOFF, Tobias; TREPTE, Uwe: *Das Rechtslexikon. Begriffe, Grundlagen, Zusammenhänge*, Bonn, 2. Auflage, 2023.
- ALONSO PÉREZ, Mariano: «Anotaciones» a *El error en la doctrina del negocio jurídico*, de Vittorino Pietrobbon, Madrid, 1971.
- ARANA DE LA FUENTE, Isabel: «Artículo 397», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*). Tm. I. Cizur Menor, 2016, pp. 1608-1614.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa: «Venta de cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás», en *Comunidad de bienes* (coord. por M. J. REYES LÓPEZ), Valencia, 2021, pp. 291-312.
- BASOZABAL ARRUE, Xabier: «Artículo 360» y «Artículo 361», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Cizur Menor, 2016, pp. 1516-1531.
- BAUDRY-LACANTINEIRE, G; SAIGNAT, L: *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*. Tm. XIX, *De la vente et de l'échange*, Paris, 1908.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. J: *La comunidad de bienes en el derecho español*, Madrid, 1954.
- BIONDI, Biondo: *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán, 1972.
- BORRELL Y SOLER, Antonio M: *Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil*, Barcelona, 1947.
- *El dominio según el Código Civil español*, Barcelona, 1948.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Vol. V. Pamplona, 1983.
- CANO MARTÍNEZ, José Ignacio: *La doble venta. Una situación de pendencia*, Barcelona, 2000.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: Voz «Permuta», en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid. Tm. III (dir. por A. MONTOLYA MELGAR), 1995, pp. 4856-4858.

- CARBONNIER, Jean: *Droit Civil*. Tm. 3. *Les biens*, París, 1973.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, 2021.
- CASTRO, Federico de: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- COLIN, A; CAPITANT, H: *Curso elemental de Derecho Civil*. Tm. IV: *Contratos usuales* (traducción por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo DE BUEN), Madrid, 1925.
- CUADRADO IGLESIAS, Manuel: «Artículo 597», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al*). Tm. I. Madrid, 1993, 1510-1513.
- CUENA CASAS, Matilde: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1.473 del Código Civil», en *Comentarios a las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil) 2005-2007*. Madrid, 2008, 492-515.
- «Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 722, 2010, pp. 2839-2993.
- CHICO Y ORTIZ, José María: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid, 1994.
- *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, 2001.
- DANCKELMANN, Bernhard; ELLENBERGER, Jürgen: «§119 BGB», en *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 82 Auflage, München, 2023, pp. 97-102.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Artículo 1301», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tm. XVII, vol. 2.º, *Artículos 1281 a 1314* (2.ª edición).
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: «Artículo 455», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Tm. I, Cizur Menor, 2016, pp. 1865-1870.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: Prólogo a la traducción de la obra de Wieacker *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1984.
- «Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas», en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tm. I, vol. I. *Leyes de 1861 a 1869*, Madrid, 1989, pp. 3-27.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tm. I, *Introducción. Teoría del contrato*. Cizur Menor, 2007.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. A: «Artículo 34», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (dir. por A. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Cizur Menor, 2019, pp. 654-688.
- DROSS, William: *Droit des Bens*, París, Montchrestien, 2012.
- EHRENBURG, Victor: *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico* (traducido por Antonio Pau Pedrón), Madrid, 2003.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: *Venta de Cuota y Venta de Cosa Común por uno de los Comuneros en la Comunidad de Bienes*, Cizur Menor, 1998.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Artículo 1484» y «Artículo 1494», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2010.
- FERRI, Luigi: «La vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – Le obbligazioni del compratore», en *Tratato de Diritto Privato*, Tm. 11-3.º (dir. por P. RESCIGNO), Torino, 1984.
- GALLEGO VEGA, José Ángel: «El principio de tracto sucesivo», en *Tratado de Derecho Inmobiliario Registral* (dir. por S. DEL REY BARBA y M. ESPEJO LERDO DE TEJADA), Tm. II, Valencia, 2021, pp. 1455-1477.

- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Artículo 1483-2.º», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Tomo XIX. Artículos 1.445 a 1.541 (dir. por M. ALBALADEJO) Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tm. II, Madrid, 1993.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tm. III, Madrid, 2002.
- *Código de Legislación Hipotecaria*, Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Reglas del Derecho Romano*, Madrid, 1841.
- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tm. III, Madrid, 1852.
- GARCÍA GOYENA, F; AGUIRRE, J: *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos* (cuarta edición aumentada y corregida por Joaquín Aguirre y Manuel Montalbán), Madrid, 1852.
- GASPAR LERA, Silvia: *La adquisición de la propiedad por tradición causal*. Límites a la autonomía de la voluntad, Cizur Menor, 2017.
- GIMÉNEZ ROIG, Eusebio: *Tráfico jurídico, compraventa, escritura e inscripción*, Madrid, 1998.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro; MONTALBÁN, Manuel: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, 3 tomos, Madrid, 1872.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Tm. I., Madrid, 1948.
- HEDEMANN, J. W: *Tratado de Derecho Civil*, Vol. III, *Derecho de obligaciones* (traducción de Jaime Santos Briz), Madrid, 1958.
- HERNÁNDEZ CRESPO, Carlos-Miguel: «Registro y seguridad jurídica», en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. Tm. I, vol. I. *Leyes de 1861 a 1869*, Madrid, 1989, pp. XXI – LII.
- JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang: *Derecho Privado Romano*, Santiago de Chile, 2018.
- JOSSEAND, Louis: *Derecho Civil*. Tm. I, vol. III. *La propiedad y otros derechos reales y principales* (traducción de Santiago CUNCHILLOS), Buenos Aires, 1950.
- *Derecho Civil*. Tm. II, vol. II. *Contratos* (Revisado y completado por André BRUN). Traducción de Santiago CUNCHILLOS y MANTEROLA de la tercera edición francesa (año 1939), Buenos Aires, 1951.
- KARRERA EGIALDE, Mikel M: «Art. 597», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO et al). Tm. I, Cizur Menor, 2016, pp. 2305-2308.
- KOHLER, Jürgen: «§ 892», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München, 2020, pp. 317-347.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984.
- LAURENT, F: *Principes de Droit Français*. Tm. XXIV, París, 1877.
- LEHMANN, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I, *Parte General* (traducción de José María Navas), Madrid, 1956.
- LISO LARREA, M.ª Socorro: «Ley 567», en *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (dir. por E. RUBIO TORRANO), Cizur Menor, 2002, pp. 1935-1940.
- LOHSSE, Sebastian: «Art. 4:119: Remedies for Non-performance», en *Commentaries on European Contract Laws* (ed. por N. JANSSEN y R. ZIMMERMANN), Oxford, 2018, pp. 737-739.

- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M: «artículo 1258», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Tm. III. Cizur Menor, 2016, pp. 590-593.
- «Ineficacia del contrato por invalidez. el binomio nulidad-anulabilidad. Líneas generales», en *Estudios de derecho de contratos* (dir. por A. M. MORALES MORENO), Tm. I, Madrid, 2022, pp. 575-597.
- LÓPEZ VILAS, Ramón: «Artículo 360», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. I, Madrid, 1993, pp. 1013-1015.
- LUZZATO, Ruggero: *La compraventa según el nuevo Código Civil italiano* (traducción al castellano por Francisco BONET RAMÓN), Madrid, 1953.
- MACÍA MORILLO, Andrea: «Artículo 1.445», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al*), Tm. IV, Valencia, 2023, pp. 6556-6564.
- MAGNUS, Ulrich: «§ 826 BGB», en *German Civil Code* (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), Volume I: Books 1 -3, München, 2020, pp. 1617-1621.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*, Tm. X. Madrid, 1908.
- MAZEAUD, Henri & Leon; MAZEAUD, Jean: *Leçons de Droit Civile*, Tm. III, vol. II, parte 1: *Vente et échange*, París, 1979
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P: *De la publicidad contractual a la titulación registral. El largo proceso hacia el Registro de la Propiedad*, Madrid, 2008.
- *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Valencia, 2017.
- *Evolución institucional de los sistemas de transmisión onerosa*, Valencia, 2023.
- MERKEL, Adolf: *Enciclopedia jurídica* (traducción de W. Roces), Madrid, 1924.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Artículo 397», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. I, Madrid, 1993, pp. 1088-1093.
- «Algunos problemas de la responsabilidad por la transmisión de la propiedad en la compraventa», *Revista de Derecho*, 26, 2006, pp. 233-269.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La usucapión», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, 2000, pp. 175-204.
- «Art. 1474», en *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. II, Madrid, 1993, pp. 933-935.
- «Art. 1484», *Comentario del Código Civil* (dir. por C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.*), Tm. II, Madrid, 1993, pp. 953-957.
- MORELL Y TERRY, J: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, Tm. I, Madrid, 1916. Tm. II, 1917.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «El principio de fe pública registral», en *Manual de Derecho Inmobiliario Registral. Adaptado a la Ley 11/2023 – En vigor desde mayo de 2024* (dir. por J. P. MURGA FERNÁNDEZ y D. VÍGIL DE QUIÑONES OTERO), Madrid, 2024.
- NANCLARES, Javier: «Ley 567», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. por M. ALBALADEJO), Tm. XXXVIII, vol. 2, *Leyes 488 a 596 y Disposiciones transitorias, adicional y final de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra*, Madrid, 2002, pp. 390-401.
- PABLO CONTRERAS, Pedro de. «Artículo 1473», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO *et al.*), Vol. IV, Cizur Menor, 2016, pp. 142-150.
- PANTOJA, José María: *Repertorio de la jurisprudencia civil española*, Madrid, 1887.
- PAU PEDRÓN, Antonio: Introducción a la obra de EHRENBERG, Victor. *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico* (traducido por Antonio Pau Pedrón), Madrid, 2003.

- PAZ-ARES, Cándido: «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», en *Revista de Derecho Mercantil*, 175-176, 1985, 7-40.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 2001.
- PIETROBON, Vittorino: *El error en la doctrina del negocio jurídico* (traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho español por Mariano ALONSO PÉREZ), Madrid, 1971.
- REINACH, Adolf: *Los fundamentos a priori del Derecho Civil* (traducción de Mariano Crespo), Granada, 2010.
- ROCA SASTRE, Ramón María; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*. Tm. II, Barcelona, 1995.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María: «Artículo 1539», en *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZAREZ LASO), Tm. IV, Cizur Menor, 2016, pp. 336-339.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico A: «Artículo 1445», en *Comentarios al Código Civil* (dir. por R. BERCOVITZ), Cizur Menor, 2021, pp. 1836-1840.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- ROPPO, Vincenzo: *Il contratto*, Milán, 2001.
- RUBINO, Domenico: «La compravendita», en *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* (dir. por A. CICU y F. MESSINEO), Tm. XXIII, Milán, 1971.
- SAINT-JOSEPH, Fortuné Anthoine de: *Concordancia entre el Código civil francés y los códigos civiles extranjeros*. Traducción de F. Verlanga Huerta y J. Muñiz Miranda, Madrid, 1843.
- SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, 2021.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, Tm. I, 1947 / Tm. II, 1953.
- SCAEVOLA, Q. M: Código Civil concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial. Tm. XXIII, *Artículos 1.445 á 1.541*, Madrid, 1906.
- SCHAUB, Renate: «§ 437», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3. München, 2020, pp. 750-757.
- SPRAU, Hartwig; PINZGER, Eberhard: «§ 826», en *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2023, pp. 1508-1517.
- STOLFI, Giuseppe: *Teoría del negocio jurídico* (traducción de Jaime Santos Briz), Madrid, 1959.
- TORRENS, Robert: *Un ensayo sobre la transmisión de inmuebles por medio del registro* (traducido por Celia Martínez Escribano y Nicolás Nogueroles Peiró), Pamplona, 2011.
- TUC, M. Théophile: *Le Code Civil italien et le Code Napoléon. Études de Législation comparée*, París, 1868.
- TREITEL, G. H: *The Law of Contract*, London, 2011.
- VV. AA: *Code Civil suivi de L'exposé des motifs sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement*, Tome siéxeme, París, 1820.
- VON TUHR, Andreas: Derecho Civil, Vol. II, *Los hechos jurídicos* (traducción de Tito Ravá), Madrid, 2005.
- WAIS, Hannes: «§ 119», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3 (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), München, 2020, pp. 143-147.
- «§ 138», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3 (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), München, 2020, pp. 179-185.
- WEIDENKAFF, Walter: «§ 433», en *Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 2023, pp. 675-678.

- WESTERMANN, H., *et. al*: *Derechos reales* (Traducción a cargo de Ana Cañizares Laso, José María Miquel González, José Miquel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado), Madrid, 1998.
- WESTERMANN, Harm Peter: «§ 433», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4. Schuldrecht – Besonderer Teil I*, München, 2019, pp. 24-64.
- WESTERWELLE: «§ 892», en *German Civil Code*. Volume I: Books 1 -3 (dir. por G. DANNEMANN y R. SCHULZE), München, 2020, pp. 1741-1745.
- WOLFF, Martin: Tratado de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de cosas. Volumen primero, *Posesión – Derecho Inmobiliario – Propiedad* (Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer), Barcelona, 1971.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Tipología del justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente», en *Anuario de Derecho Civil*, 2001, fasc. II, pp. 547-679.
- ZAMORA MANZANO, José Luis: *La publicidad de las transmisiones inmobiliarias en el Derecho Romano. (Antecedentes de los principios hipotecarios)*, Madrid, 2004.