

9.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MARZO DE 2007

Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral

Comentario a cargo de:

MATILDE CUENA CASAS

Profesora Titular de Derecho civil (Universidad Complutense de Madrid)

SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán

Asunto: La polémica se centra en si el mencionado precepto se aplica a las adquisiciones *a non domino*, en particular cuando éstas se producen a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral.

Hasta la fecha, el Tribunal Supremo en algunas sentencias había negado que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH) proteja a quien adquiere del titular registral si éste, conforme a las normas del Código Civil, ha dejado de ser dueño por haber transmitido la finca a otro que no inscribió su adquisición. Y ello por entender que el acto de adquisición del comprador es nulo por falta de objeto, siendo de aplicación el artículo 33 LH que impide que la inscripción convalide actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

En esta sentencia el Tribunal Supremo descarta esta postura jurisprudencial y aclara que la venta de cosa ajena no es nula y que el segundo comprador que inscribe puede ser protegido por el artículo 34 LH, ya que este precepto salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, no siendo aplicable a esta hipótesis el artículo 33 LH.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007

Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral

MATILDE CUENA CASAS

Profesora Titular de Derecho civil (Universidad Complutense de Madrid)

Resumen de los hechos

El hecho que enjuicia la sentencia constituye un caso de doble venta de un mismo inmueble, la primera realizada por el titular registral y la segunda consistió en una venta judicial consecuencia de un embargo trabado sobre la finca litigiosa. Con fecha 12 de abril de 1994 la sociedad titular registral (Polígono Industrial La Mora S.A) de la finca litigiosa, otorgó escritura pública de dación en pago a favor del Banco Español de Crédito S.A. El 27 de abril de 1994 la mencionada escritura se presentó en el Registro de la propiedad para su inscripción, la cual fue denegada por la existencia de dos defectos subsanables.

El 17 de febrero de 1997 la Agencia Tributaria, como consecuencia de un expediente administrativo de apremio, procedió a vender la finca litigiosa a la entidad Indeco Construcciones S.A., en representación del deudor (Polígono Industrial La Mora S.A) quien seguía apareciendo como titular registral, a pesar de haber transmitido la finca previamente al Banco Español de Crédito S.A., entidad que no logró inscribir su derecho cuando se efectuó la adquisición. Por el contrario, la entidad compradora como consecuencia del procedimiento de apremio, inscribió su derecho el 5 de mayo de 1997. Hay que hacer constar que el embargo de la finca litigiosa, que constituye el origen de la venta judicial, se concretó mediante diligencia de 14 de noviembre de 1995 y fue anotado preventivamente en el Registro de la propiedad el día 27 de noviembre de 1995.

En el mes de julio de 1997 la entidad adquirente (Banco Español de Crédito S.A) que adquirió en primer lugar la finca litigiosa, presentó de nuevo la escritura de dación en pago en el Registro de la propiedad, dado que ya había procedido a subsanar los defectos denunciados con anterioridad. Tal inscrip-

ción le fue denegada por la previa inscripción a favor del segundo adquirente por venta judicial (Indeco Construcciones S.A).

El litigio se centra en determinar a quién de los distintos adquirentes le corresponde la propiedad de la finca litigiosa. El procedimiento es iniciado por la primera entidad adquirente (Banco Español de Crédito S.A), quien solicita la nulidad de la segunda venta, es decir la otorgada en 1997 como consecuencia de un procedimiento de apremio instado por la Agencia Tributaria. La entidad demandante solicita que se la declare propietaria de la finca litigiosa y que se cancele la inscripción a favor de la segunda entidad compradora (Indeco Construcciones S.A). Por lo tanto, se solicita la nulidad de la venta judicial, pero no se insta la nulidad del procedimiento administrativo de apremio culminado mediante la compraventa de 1997, ni la del embargo trabado sobre la finca litigiosa en tal procedimiento.

La sentencia de primera instancia fue totalmente desestimatoria de las pretensiones del Banco demandante por entender que la segunda entidad adquirente tenía la condición de tercero hipotecario, porque había adquirido de buena fe de quien en el Registro aparecía como propietario (artículo 34 Ley Hipotecaria, en adelante LH). Se entiende que la adquisición del segundo adquirente se había producido a título oneroso y en virtud de un contrato válido, pues la falta de derecho del transmitente es precisamente lo que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria viene a contrarrestar.

Interpuesto recurso de apelación por el Banco demandante, la Audiencia revocó totalmente la sentencia apelada, estimando las pretensiones de la entidad demandante. El tribunal de apelación estima que la segunda venta realizada por la Agencia Tributaria, como consecuencia de un procedimiento de apremio contra la entidad titular registral (Polígono Industrial La Mora S.A), es nula por inexistencia de objeto, por lo que la inscripción en el Registro del segundo adquirente (Indeco construcciones S.A), no le permite tener la protección del art. 34 LH al haber tenido participación en ese negocio nulo, siendo de aplicación la norma contenida en el art. 33 LH. Sólo en el caso de que el segundo comprador hubiera vendido la finca litigiosa a persona distinta y éste reuniese los requisitos del art. 34 LH hubiera quedado protegido en su adquisición.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, recurso que se funda en dos motivos: la infracción del art. 34 LH, y la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que protege la adquisición de una finca en procedimiento de apremio incluso en los casos de declaración de nulidad de la subasta siempre que tal nulidad no fuera conocida por el adquirente.

COMENTARIO.

Sumario: 1. Trascendencia de esta sentencia: fijación de doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. 2. Las distintas posiciones jurisprudenciales respecto al alcance del art. 34 LH. 3. Doble venta y venta de cosa ajena. 4. El problema de fondo: el papel del contrato en el proceso transmisivo. 5. El principio de fe pública registral y las adquisiciones *a non domino*. 5.1. El principio de fe pública registral subsana la falta de poder de disposición del transmitente. 5.2. La resolución del derecho del transmitente. 6. Alcance del artículo 33 LH. 7. En particular, la validez del embargo de cosa ajena. 8. Bibliografía.

1. Trascendencia de esta sentencia: fijación de doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria

La trascendencia de la sentencia que comento radica en que en ella el Tribunal Supremo pretende fijar definitivamente la doctrina de la Sala respecto del alcance de uno de los preceptos medulares de nuestro sistema registral, como es el principio de fe pública consagrado en el art. 34 LH. En particular, trata de determinar “si el mencionado precepto ampara o no las adquisiciones *a non domino*, especialmente cuando éstas se producen a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral” (Fundamento jurídico sexto). En consonancia con este objetivo, hay que destacar que la sentencia ha sido dictada por el pleno de los magistrados de la Sala.

Por lo que luego señalaré, la doctrina sentada por el TS en esta sentencia me parece absolutamente acertada, pero es que además, es digna de mención su claridad expositiva, tarea meritoria de su ponente don Francisco Marín Castán. Después de hacer referencia a los hechos probados y a la resolución del caso en las dos instancias, en el fundamento de Derecho quinto se lleva a cabo una extraordinaria síntesis del tratamiento que el TS ha llevado a cabo respecto del problema de la doble venta y de la venta de cosa ajena en conexión con el art. 34 LH. El tema objeto de litis es capital, uno de los más complejos del derecho patrimonial y, por ello, me parece oportuno resaltar el tratamiento espléndido que tanto en el fondo como en la forma se ha llevado a cabo por el TS y, en particular, por el citado ponente de la sentencia.

2. Las distintas posiciones jurisprudenciales respecto al alcance del art. 34 LH

La falta de claridad de ideas acerca del sistema de transmisión de los derechos reales consagrado en el art. 609 Cc ha provocado, a mi juicio, una jurisprudencia contradictoria en torno a lo que acontece cuando un compra-

dor contrata con un sujeto que ha dejado de ser dueño de la cosa vendida, bien porque nunca lo fue, o bien porque dejó de serlo por haber enajenado antes la cosa a otro. Como señalaré en su momento, entiendo que no cabe contraponer como si de realidades distintas se tratara, la doble venta de la venta de cosa ajena (esta cuestión será pormenorizadamente tratada en mi comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, en este mismo volumen).

Sin perjuicio de lo que se dirá en su momento acerca de esta cuestión, lo que queda claro es que la patología en ambas hipótesis es la misma: la falta de poder de disposición del *tradens*. Y como el problema es el mismo, idéntica debe ser la solución y esto es precisamente lo que sostiene el Tribunal Supremo en la sentencia que comento: el juego del principio de fe pública registral consagrado en el art. 34 LH también tiene lugar en los casos en los que el vendedor ha dejado de ser dueño por haber transmitido antes a otro, es decir, a los casos de doble venta del art. 1.473 Cc.

Con ello se acaba con la jurisprudencia vacilante que al respecto ha mantenido el Tribunal Supremo en los últimos años.

Una primera línea jurisprudencial, hasta el año 1989 aproximadamente no distinguía conceptualmente entre doble venta y venta de cosa ajena como si se tratara de dos realidades distintas. De ahí que cuando el segundo comprador contrataba cuando ya se había consumado la primera venta a favor del primer comprador que no inscribe su derecho en el Registro de la propiedad, el segundo adquiriría *a non domino*, siéndole de aplicación el principio de fe pública registral consagrado en el art. 34 LH, siempre que se reunieran todos sus requisitos y, en particular, que el segundo comprador adquiriera de titular registral. Caso de que este requisito no tuviera lugar, cabría acudir a la protección dispensada por el art. 32 LH, siempre, claro está que el primer comprador no hubiera inscrito su derecho en el Registro. En definitiva, esta línea jurisprudencial vinculaba la operatividad de la norma contenida en el art. 1.473 Cc con las normas registrales que consagran adquisiciones *a non domino*. A estos efectos, según esta primera línea jurisprudencial, era irrelevante el que entre la primera y segunda venta hubiera transcurrido un período de tiempo importante. Lo decisivo es que el segundo comprador que adquiere de titular registral *non dominus* celebra un contrato válido y es tercero respecto de la anterior adquisición en la que no fue parte.

Entre los años 1989 y 1994 se inicia una tendencia jurisprudencial que la sentencia que comento ha decidido desterrar. Esta segunda línea jurisprudencial distingue la doble venta de la venta de cosa ajena, excluyendo esta última del ámbito del art. 1.473 Cc. De esta forma, este precepto no resulta aplicable cuando el primer comprador ha consumado su adquisición bien por tradición material o instrumental: el primer comprador habría adquirido la propiedad y el contrato celebrado por el segundo comprador es ya un contrato de compra-

venta de cosa ajena. Pero lo grave no es la exclusión de esta segunda venta del ámbito del art. 1.473 Cc por considerar que se trata de venta de cosa ajena, hipótesis que se considera que no está contemplada en dicho precepto, sino que lo determinante es que esta segunda línea jurisprudencial considera nulo el contrato celebrado con el segundo comprador. Aquí está el auténtico cambio de orientación y que trastoca toda la operatividad del principio de fe pública registral: al considerar nulo el contrato celebrado por el segundo comprador por adquirir de quien ha dejado de ser dueño por haber enajenado antes a otro que no inscribió en el Registro de la propiedad. Al ser nulo el contrato de venta de cosa ajena celebrado a favor del segundo comprador, éste pierde su condición de “tercero” por ser parte en un contrato nulo. Es claro que con este planteamiento, el principio de fe pública registral no sería aplicable nunca, porque o bien el *tradens* era dueño, en cuyo caso no se precisa la protección registral o bien no lo era, y si en este caso el contrato es nulo, sería siempre de aplicación el art. 33 LH (que dispone que la inscripción no convalida acto o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes) y no el 34 LH. La hipótesis del tercero hipotecario no podía tener lugar si la falta de poder de disposición del *tradens* constituye una patología predicable del título o contrato. Por tanto, entiendo que lo más criticable de esta segunda línea jurisprudencial no es tanto la exclusión de la venta de cosa ajena del ámbito del art. 1.473 Cc, sino el entendimiento de tal contrato como un contrato nulo. Especialmente reveladora de esta forma de pensar es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989 (RJ 1989, 6928) que declara nula por falta de objeto la adquisición del segundo adquirente que lo hace en pública subasta consecuencia de una venta judicial, concluyendo que el primer adquirente “extraño al juicio ejecutivo por no resultar obligado al pago de la cantidad reclamada y que resulte titular legítimo de algún bien que ha sido trabado, está autorizado a instar judicialmente la nulidad de las actuaciones del proceso de embargo, subasta y adjudicación, nulidad determinante a su vez del título del segundo adquirente y que le priva de la protección que otorga el art. 34 de la Ley Hipotecaria, de suerte que el adjudicatario no reviste la condición de tercero hipotecario y la inscripción que llevó a cabo no convalida la adquisición ineficaz de la finca al primar el artículo 33 de la misma ley del que el art. 34 es una excepción”. En definitiva si ante la falta de poder de disposición del transmitente, el contrato deviene nulo, siempre será de aplicación el art. 33 LH y nunca lo será el art. 34 LH. Como se puede apreciar, mal resuelto el problema de la validez de la venta de cosa ajena, se deja inoperante ni más ni menos que toda la eficacia registral y ese mal entendimiento, deriva, a su vez, de una, a mi juicio, deficiente comprensión de un precepto modular: el último inciso del párrafo segundo del art. 609 Cc.

Una tercera línea jurisprudencial que viene a confirmar la sentencia que comento es la que entiende, por el contrario, que el segundo adquirente en los supuestos de doble venta en que ya se ha consumado la primera a favor del primer comprador que no inscribe su derecho en el Registro de la propiedad, sí

resulta protegido por el principio de fe pública registral consagrado en el art. 34 LH. Se entiende que dicho principio salva el defecto de titularidad del transmitente y no los vicios del propio título adquisitivo del tercero. La falta de poder de disposición del transmitente no provoca la nulidad del contrato por falta de objeto. El segundo comprador que inscribe lo hace en virtud de un título válido (venta de cosa ajena), no siendo aplicable el art. 33 LH. Su problema radica en la falta de poder de disposición del *tradens*, defecto este último que está llamado a subsanar el principio de fe pública registral. Esta idea es confirmada por el TS en la sentencia que comento.

Pues bien, a la vista de estas líneas jurisprudenciales el TS decide aclarar la polémica. Son varios los temas que se entrecruzan en la sentencia, pero creo que no todos son claves para unificar la doctrina, objetivo que pretende la sentencia. De los problemas que suscitan, cabe señalar los siguientes:

1º. El problema de si el art. 1.473 Cc resulta o no aplicable cuando se ha consumado la primera venta a favor del primer comprador. Se trata de determinar si doble venta y venta de cosa ajena son dos realidades distintas, en el sentido de que el art. 1.473 Cc no resulte aplicable a la venta de cosa ajena.

2º. En íntima conexión con este primer problema, se suscita en la sentencia que comento la cuestión de si el art. 1.473 Cc requiere o no para su operatividad una cierta coetaneidad cronológica entre ambas ventas, porque en otro caso, se daría en la segunda un supuesto de venta de cosa ajena.

3º. En tercer lugar, se plantea la cuestión clave de determinar la protección que merece el comprador de cosa ajena por haberla enajenado el vendedor antes a otro sujeto que no inscribió su derecho. En particular, si este segundo comprador debe o no ser protegido por el principio de fe pública registral. Para ello, el TS se plantea el ámbito de aplicación de este precepto, la noción de tercero, su conexión con el art. 33 LH. Todo ello en el ámbito de la doble disposición de un mismo bien a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral, en definitiva, se trata de determinar el alcance de la venta judicial de cosa ajena.

3. Doble venta y venta de cosa ajena

Aunque la sentencia hace referencia al aludir a las líneas jurisprudenciales existentes hasta la fecha acerca del tema objeto del litigio, al problema de si el art. 1.473 Cc resulta aplicable o no cuando la primera venta ha sido consumada y a la cuestión de si debe tener lugar una cierta coetaneidad cronológica entre ambas ventas para que opere dicho precepto, lo cierto es que se trata de un tema que no es objeto de unificación de doctrina en esta sentencia, pues, como se señala en el fundamento de Derecho octavo, el art. 1.473 Cc no se cita como precepto infringido. Por el contrario, este tema sí es objeto de especial atención en

la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Por ello, el problema de la interpretación que merece el mencionado art. 1.473 Cc, será objeto de tratamiento específico en el comentario a dicha sentencia del que también me ocuparé. Allí trataré de si la doble venta y el de venta de cosa ajena son realidades distintas que merezcan un tratamiento distinto y específico.

4. El problema de fondo: el papel del contrato en el proceso transmisivo

A mi juicio, lo que esta resolución del TS pone de relieve no sólo al resolver el recurso, sino al enunciar la jurisprudencia que hasta la fecha se ha ido produciendo en relación al problema objeto de la litis, es la falta de claridad de ideas que ha tenido lugar tanto en algún sector doctrinal como en alguna jurisprudencia acerca, ni más ni menos, del alcance del inciso final del párrafo segundo del art. 609 Cc cuando señala que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten “*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*”. En particular, me refiero al alcance de la teoría del título y el modo que se dice recogida en dicho precepto, especialmente al papel que juega el contrato en el proceso transmisivo, lo que condiciona indudablemente el momento en el que el poder de disposición del transmitente es exigible. La falta de claridad acerca de la ubicación del poder de disposición en el proceso transmisivo es la que, a mi juicio, ha provocado todas las discrepancias existentes en torno a la validez y eficacia de la venta de cosa ajena, problemática subyacente en los hechos que enjuicia la sentencia.

Y es que creo que pocos temas de Derecho civil son tan pródigos en consecuencias prácticas como el de determinar si la venta de cosa ajena es o no válida, lo cual pone sobre la mesa, como he dicho, toda la problemática en torno a cómo se produce en nuestro Derecho el paso de la esfera meramente obligacional a la jurídico real. Lo que resulta llamativo es que una cuestión capital como la enunciada haya sido objeto de tal discrepancia doctrinal y jurisprudencial.

La sentencia que comento pone de relieve, a mi juicio, que nuestro sistema está construido sobre la base de la separación entre la esfera jurídico real y la meramente obligacional, que los contratos forman parte del proceso transmisivo, pero no lo agotan y la transmisión del dominio no constituye un requisito ni de validez ni de eficacia del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir. De ahí la necesaria supervivencia del contrato tanto en la esfera de su validez como en la de su eficacia cuando se trata de una patología que afecta al poder de disposición para que el sistema registral funcione, tesis que mantuve yo anteriormente [vid. CUENA (1996), en especial pp. 381 y ss.].

Y es que si el poder de disposición se erige en requisito del contrato provocando la nulidad de la venta de cosa ajena, tal y como declara la sentencia recu-

rrida, lisa y llanamente dejamos inoperativo el principio de fe pública registral y, en definitiva, todo el sistema de garantías que el Registro de la propiedad está llamado a cumplir. Y es que hay que tener en cuenta que detrás de muchas resoluciones del Tribunal Supremo, en realidad subyace la interpretación de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales como si de un sistema de transmisión por el solo consentimiento se tratara, al estilo del consagrado en Derecho francés. Sólo así cabía entender que la venta de cosa ajena era nula por falta de objeto (STS de 8 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2052]), solución que adopta la sentencia de la Audiencia recurrida en el caso que comentamos. Se interpreta nuestro sistema de transmisión de los derechos reales “a la francesa”, depositando en el contrato toda la fuerza transmisiva, llegándose a la misma solución que en el artículo 1.599 del Código francés que expresamente declara la nulidad de la venta de cosa ajena.

En nuestro Código civil no hay una referencia expresa a la venta de cosa ajena y sencillamente creo que no hacía falta dado nuestro sistema de transmisión que, como en el Derecho romano, niega al contrato virtualidad dispositiva y configura la venta como negocio obligacional. Además, la validez de la venta de cosa ajena viene, a su vez, exigida por la mera presencia en sede de compraventa, del saneamiento en caso de evicción, que constituye una de las obligaciones del vendedor y presupone asimismo un contrato válido de venta de cosa ajena [RUBIO GARRIDO (1993), p. 266; GAYOSO ARIAS (1921), p.226.]. De ahí que el mantenimiento dicha obligación típica en los sistemas de transmisión *solo consensu* desnaturalice la función transmisiva prevista como regla y algún autor haya abogado por su supresión [RICCA-BARBERIS (1958), p. 229].

No obstante, el hecho de que en nuestro Derecho el contrato intervenga en el proceso transmisivo como causa de la atribución patrimonial consumada por la tradición, ha envuelto de confusión la disciplina de la venta de cosa ajena por entenderse que la compraventa es en cierto modo también negocio de disposición. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7189), aunque no contempla un caso de venta de cosa ajena, es contundente en este sentido: «la venta es, por definición, un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa de dominio que se consuma mediante la entrega de la cosa, obligación que el vendedor contrae, establecida en los arts. 1.461, 1.468 y 1096 Cc., consecuente a su naturaleza de acto de disposición, por lo cual el contrato que se asimile a la compraventa también constituye un acto de disposición o enajenación». Esta errónea manera de entender la naturaleza del contrato de compraventa y, por ende, el sistema de transmisión de los derechos reales está detrás de la doctrina jurisprudencial que la sentencia que comento quiere definitivamente desterrar.

Por el contrario, la particularidad de nuestro sistema, y de ahí su dificultad, reside en que el mantenimiento de la distinción de origen romano entre negocios de obligación y de disposición se hace desde un planteamiento causal, lo que nos diferencia del sistema alemán en el que dicha delimitación también

está presente, si bien los negocios obligacionales se hallan desligados del proceso transmisivo, como impone la abstracción consagrada en el BGB. Por ello, en nuestro Código civil existe una categoría intermedia entre los negocios meramente obligacionales y los dispositivos como son los que se han venido denominando *contratos traslativos del dominio*, los cuales participan de la naturaleza de los obligacionales (en el sentido de generar obligaciones y no derechos reales) pero intervienen en el *iter* transmisivo porque albergan la voluntad de las partes de transferir y adquirir el derecho real que se consumará con el acto dispositivo traditorio. Pero esta circunstancia, consecuencia de la causalidad de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, no convierte a los mencionados contratos en negocios de disposición pues, a tenor de lo dispuesto en el art. 609 Cc, no son suficientes para producir el efecto transmisivo (aunque el vendedor sea dueño y ello a diferencia de sistema italiano actual) y, por ende, no requieren el poder de disposición del transmitente.

Y es que la teoría del título y modo consagrada en el inciso final del párrafo segundo de nuestro art. 609 Cc, parte de los presupuestos de la *traditio* romana que constituía un auténtico acto de disposición que debía reunir una serie de requisitos: 1º. El *tradens* debía ser propietario, es decir, tener poder de disposición 2º. Un contrato válido que albergara la voluntad de las partes de transmitir y adquirir el derecho real. No bastaba cualquier contrato, sino que debía ser de finalidad traslativa. Este requisito se denominó *iusta causa traditionis*. Las partes deben querer transmitir y adquirir por una determinada razón, lo que exige un título válido que albergue dicho elemento volitivo 3º. Por último, la tradición traslativa del dominio debía transmitir la posesión o adoptar una forma de entrega ficticia, es decir, había formas de tradición que no requerían el traspaso posesorio [sobre la *traditio* romana y su evolución tras la elaboración del título y el modo, *vid.* CUENA (1996), pp. 25, y también, recientemente, “La validez” (2008)].

El negocio obligacional precedente a la tradición constituye uno de los requisitos de la tradición traslativa del dominio (desde un planteamiento causalista), como fundamento jurídico de la transmisión, pero en ningún caso se hace reposar en el contrato toda la potencia transmisiva. Es la tradición la responsable de la transmisión jurídico real. Consecuencia de este planteamiento fue la admisión indiscutible de la validez de la venta de cosa ajena en el Derecho romano. La venta sólo genera obligaciones y el poder de disposición no es un requisito del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir. El comprador de cosa ajena ha celebrado un contrato válido por más que la entrega que siguió al contrato no constituyó tradición como modo de adquirir debiendo recurrir al instituto de la usucapión.

Con la teoría del título y el modo se produce una cierta confusión terminológica, pues lo que antes era un todo (la tradición como modo de adquirir) ahora con esta denominación parece tan sólo una parte (la transmisión de la posesión). De esta formulación arranca, a mi juicio, la tendencia actual a asimi-

lar la tradición a la mera transmisión de la posesión, es decir, a considerar la tradición como un mero hecho material y concentrándose en el contrato antecedente toda la fuerza transmisiva [DE LOS MOZOS (1972) pp.1027 y ss]. En esta concepción errónea se basa la jurisprudencia que declara nula la venta de cosa ajena y que la sentencia que comento descarta definitivamente.

A mi juicio, el tratamiento de la tradición realizado por los autores del Derecho intermedio no modifica, salvo en el aspecto puramente terminológico, el significado que la tradición tenía en el Derecho romano. La teoría del título y el modo supuso una explicación científica de un fenómeno pero sin que ello implicara la alteración del fenómeno mismo. La *traditio* romana constituía un acto de disposición y ello tanto desde su consideración de acto causal como de acto abstracto. Esta polémica acerca de la causalidad de la tradición sólo afectaba a uno de los elementos de la misma (la *iusta causa*), pero no afectaba para nada a la naturaleza dispositiva de la tradición que no se cuestionaba. El elemento volitivo de la tradición traslativa (la intención de las partes de adquirir y transmitir) se toma de determinados contratos a los que es de esencia tal elemento intencional. Pero tal requisito volitivo que se encuentra en determinados contratos se integra, como un elemento más de la tradición como modo de adquirir, sin que ello convierta a los contratos en actos de disposición. La tradición toma uno de sus requisitos del Derecho de obligaciones. Esta unidad del acto traslativo es la que parece romperse con la elaboración de la teoría del título y el modo que se limita, a mi juicio, a dar autonomía terminológica (título) a lo que constituye uno de los requisitos de la tradición traslativa.

Sin embargo, se ha admitido por un importante sector doctrinal al que acompañó cierta jurisprudencia que ahora se quiere desterrar, que la estructura de la tradición ha sufrido una mutación tras la elaboración de la teoría del título y el modo. Así, se ha dicho, que “ con la teoría del título y el modo, la *traditio* queda amputada de su *animus* y reducida al *corpus* sólo, o sea a la mera entrega posesoria de poder; en un acto real de transferencia posesoria, que podía adoptar las mismas formas ficticias anteriores, más intensificadas aún en esta época. Era una *nuda traditio*, en el sentido de desprovista de aquel *animus transferendi et accipiendi dominii*, el cual formaba la sustancia nuclear de un verdadero negocio de disposición. La teoría del título y el modo no reconoce ningún acuerdo real formalmente configurado, y menos incrustado en la *traditio*. Ésta queda depauperada y se la califica de simple modo de adquirir. Su auténtica energía traslacional queda desplazada en gran parte a otro centro: en el *titulus*. El convenio causal pasa a constituir *iusta causa traditionis*, que califica la finalidad traslativa de la *traditio*, dado el carácter equívoco de ésta propio de todo acto real de atribución de un poder o estado posesorio. Tanto como la *traditio* quedaba debilitada por la segregación del *animus transferendi et accipiendi dominii*, el elemento causa resultaba robustecido, y más bien convertido en el *iustus titulus*, por efecto de habersele incrustado dicho *animus*, con lo cual aparecía destacado el contrato obligatorio, pero de energía traslativa, siempre que fuera

completado con el *modus*. Hubo un cambio de palabras, en el fondo muy significativo: los elementos *traditio* y *causa* serán en lo sucesivo denominados modo y título” [ROCA SASTRE (1954), p. 70].

Las consecuencias que se derivan de tal afirmación son de extraordinario alcance, no sólo en relación con la interpretación que se dará al art. 609, sino también respecto de instituciones afines que se ven íntimamente relacionadas con el sistema de transmisión, como es la compraventa o la usucapión y, como se pone en evidencia en la sentencia que comento, todo el sistema registral. Esta forma de pensar, sin embargo, prescinde de otro requisito que se exigía en el Derecho romano para que la tradición transmitiera el dominio: el poder de disposición del transmitente que con esta doctrina no queda claro cuando debe concurrir si en el momento de contratar o es todavía un requisito de la entrega.

Y es del entendimiento que se tenga de la tradición depende el juicio que merece la venta de cosa ajena. Si tras la elaboración de la teoría del título y el modo ha supuesto que ahora toda la fuerza traslativa reside en el contrato, ello supone incorporar a la teoría general de los contratos de finalidad traslativa el requisito del poder de disposición, cuya ausencia provocaría una patología en el terreno de la validez, así como de la eficacia del contrato. Ello supone predicar del título la eficacia dispositiva, de manera semejante a lo que sucede en el sistema de transmisión consensual francés, con la peculiaridad de que en el sistema de título y modo es necesaria la entrega, que queda con este planteamiento reducida a un mero hecho sin entidad dispositiva. Si la energía traslativa reposa en el título será necesario que el enajenante sea dueño en el momento de la celebración del contrato. Lo que no cabe, a mi juicio, es afirmar que en el título se concentra la eficacia transmisiva y admitir, por ejemplo, la validez de la venta de cosa ajena argumentando esta posición, en palabras de ROCA SASTRE (1948, p. 378), en que la venta sólo produce obligaciones. Si reducimos la tradición a la simple entrega posesoria la convertimos en un acto puramente material que se resiste, por definición, a cualquier calificación de ineficacia. Cierto es que si la tradición es la entrega material y el vendedor de cosa ajena efectúa tal entrega, no cabe decir que no ha habido tradición. Y si, por el contrario, se afirma que tal entrega ha sido ineficaz para transmitir el dominio es porque entonces la tradición no es un acto material. En definitiva, se produce una petición de principio. No cabe afirmar que la entrega hecha por un *non dominus* no es tradición cuando previamente se ha afirmado que la tradición es un acto material consistente en transmitir la posesión del bien.

Por lo tanto, si se afirma que con la teoría del título y el modo no se explicó un sistema de transmisión ya existente en los textos romanos, sino que se creó uno nuevo en el que la energía traslativa pasa al título, lo que realmente se está haciendo es romper la separación entre la esfera obligacional y la real sobre la que se edificó el orden jurídico romano, acercándose el sistema al regulado en el Código civil francés de transmisión de la propiedad por el solo consenti-

miento. Es más nuestro sistema sería notablemente más imperfecto que el francés, ya que al subordinar la transmisión de la propiedad o de otro derecho real a la transmisión de la posesión (que es en lo que consistiría la tradición, según este planteamiento), llegaríamos al resultado absurdo de que el propietario no poseedor (me refiero al propietario despojado) no podría transmitir la propiedad por tradición [DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO (1964), p.35].

Y es que el entendimiento de la tradición en sentido material como transmisión de la posesión plantea también serias dificultades para armonizar el sistema de transmisión de los derechos reales con la normativa registral. El concepto de *traditio* a que alude el art. 609 Cc tiene una importante incidencia a la hora de valorar las relaciones entre tradición e inscripción. La identificación de la *traditio* con el traspaso de la posesión, fundamentada en la necesidad de hacer públicas las mutaciones jurídico-reales, pone en serio peligro su subsistencia en aquellos casos en los que concurre con una forma más perfecta de publicidad: la inscripción. Así parece confirmarlo una lectura superficial del art. 1.473 Cc.

El mantenimiento de la tradición con una orientación posesoria no cuadra con el fundamento de la institución registral en tanto que dirigida a publicar derechos reales y a garantizar la seguridad del tráfico jurídico, ya que la certeza de la adquisición quedaría supeditada a la preexistencia en el *tradens* de una posesión, mediata o inmediata [ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario... cit*, p. 164]. Con este planteamiento, la consecuencia es clara: si la inscripción es meramente declarativa, para inscribir es preciso ser propietario y sólo se es propietario cuando se ha efectuado la tradición en favor del adquirente, es decir, se ha convertido en poseedor. De esta manera, la falta de posesión del *tradens* hace ineficaz la tradición y, por tanto, el Registro inexacto.

No es de extrañar que con esta argumentación no pocos autores hayan defendido que la inscripción sustituye a la tradición. Y es que interpretar la doctrina del título y el modo en el sentido de subordinar la adquisición del derecho real a la de la posesión, supone, en palabras de URIARTE BERASATEGUI, (1950, p. 240), “estrangular y prácticamente aniquilar todo el sistema registral imaginado por las más preclaras mentes del siglo pasado”.

Efectivamente, si se parte del principio de que el *tradens* debe ser poseedor, la falta de este hecho no puede ser purgada por el Registro. Éste publica titularidades y por ello garantiza (aunque no sea así en la realidad) que el que aparece como titular es dueño y no tiene limitada su facultad de disposición, idea que claramente afirma la sentencia que comento; pero no garantiza que sea poseedor, sencillamente porque el Registro no está capacitado para asegurar tal condición por ser algo que no puede ser comprobado. En este sentido, se ha señalado, que “en el fondo no cabe hacer una calificación registral completa del requisito de la tradición, pues el Registrador sólo podría calificar una mera apariencia de tradición, desvirtuable a través de medios que no resultarían del do-

cumento ni del Registro, con lo que, en definitiva, toda inscripción se plantearía ya de entrada como una situación totalmente eventual pendiente de la realidad posesoria y de que se acreditase o no en su día que existía tal posesión. Se trataría de un requisito que no se podría calificar en su plenitud. Para ello sería mucho más lógico exigir, cada vez que se va a practicar una inscripción, un acta notarial acreditativa de la previa posesión del *tradens*, pues en otro caso, todo el sistema registral estaría montado sobre un artificio fácilmente desmontable en cualquier momento y sin posibilidad de haberse podido apreciar previamente este requisito que se estima tan fundamental” [GARCÍA GARCÍA, (1988), p. 643].

Las dificultades aludidas derivan precisamente de un concepto, a mi juicio, erróneo de tradición. Para evitar los malos resultados que se derivan de mantener la necesidad de tradición concibiéndola como el traspaso material de la posesión, se podría argumentar, como han hecho algunos autores, que cuando se trata de propiedad inscrita la inscripción sustituye a la tradición [DE LA RICA (1953) p. 638]. Sin embargo, esta doctrina carece de apoyo legislativo y plantea también serios problemas.

Los problemas que suscita las relaciones entre tradición e inscripción encuentran respuesta, a mi juicio, si se altera el concepto de tradición mantenido por los autores citados y, por el contrario, se la considera como un acto de disposición al que no es de esencia la condición de poseedor del *tradens*. El art. 3 LH exige para la inscripción de los títulos en el Registro que sean consignados “*en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno y sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos*”. No basta el simple contrato, es necesario que tal documento pase el filtro de la fe pública notarial. Si a ello se une que nuestro Código civil recoge una forma de tradición en el art. 1.462.2º por la cual “*cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario*”, encontramos el punto de engarce entre el sistema consagrado en el art. 609 Cc y la inscripción declarativa que establece nuestra legislación hipotecaria. Este planteamiento resuelve los problemas de la relación entre inscripción y tradición pero lo hace a partir del entendimiento de que la tradición instrumental no requiere la condición de poseedor en el *tradens* (Véase sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988, (RJ 1988, 1554) y de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10136)).

El sistema consagrado en el art. 609 no es el más defectuoso, sino como trataré de explicar a continuación, es el más coherente. No sólo la tradición, a mi juicio, no es la transmisión meramente posesoria, sino que, es más, hay formas de tradición que no requieren la condición de poseedor en el *tradens*. Tal es el caso de la instrumental del art. 1.462.2º Cc [GORDILLO CAÑAS (2001), p. 177; LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, (1984), p. 119]. En contra, MORALES MORENO, (1972, p. 263,) para quien el art. 1.462.2º Cc requiere de la posesión del *tradens*: “la escritura es instrumento admitido para ceder la

posesión que tenga el *tradens* (entrega), no para transmitir –con independencia de la posesión del *tradens*– el derecho subjetivo”. Sobre el valor y alcance de la tradición instrumental, cfr. JEREZ DELGADO (2004), pp 66 y ss.

Si se observa la regulación del Código civil en estas instituciones cuya configuración depende del sistema de transmisión adoptado, se detecta con toda claridad que lo que está presente es el planteamiento romano de separación entre la esfera obligacional y la real. Así, el art. 1.457 Cc sólo requiere capacidad para obligarse para celebrar el contrato de compraventa, no estando sancionado en ningún precepto del Código civil la nulidad de la venta de cosa ajena (ello a diferencia de lo que acontece en el art. 1599 del Código civil francés). Por otro lado, la usucapión ordinaria exige como requisito el justo título que debe ser válido (art. 1953 Cc) y que siempre será un contrato traslativo del dominio o de otro derecho real celebrado por quien no es su titular. Por último, el Código civil contempla formas de tradición que no requieren el traspaso posesorio. Así sucede, a mi juicio, con la tradición instrumental del art. 1.462.2º Cc que permite la posibilidad de transmitir la propiedad u otro derecho real aunque el *tradens* haya perdido la posesión (art. 460.4º Cc): siempre hay una forma de tradición posible. De ahí, también que la necesidad de tradición no resulte excepcionada cuando se trata de transmitir derechos reales no poseedores. Esta idea justifica la remisión del art. 1.464 Cc al art. 1.462.2º Cc.

La correcta inteligencia de la doctrina del título y el modo pasa, a mi juicio, por una recuperación de la noción, genuinamente romana, del concepto de modo de adquirir. En mi opinión, el modo es elemento fundamental en el proceso adquisitivo y el título constituye tan sólo un requisito de la tradición como modo de adquirir; es pues un requisito que acompaña al del poder de disposición y al de la transferencia de la posesión, siquiera ésta aparezca sumamente espiritualizada. Así lo ha puesto de manifiesto J.M. MIQUEL, para quien “la propiedad del tradente es un requisito de la eficacia real de la tradición, no es un requisito de la validez del título” (J. M. MIQUEL (1998), p. 50).

De esta manera, y aquí está la esencia de la sentencia que comento, la ausencia de poder de disposición será un problema de modo (art. 433 Cc), que hace ineficaz la tradición como modo de adquirir, permitiendo la supervivencia del título, como hecho justificativo de la adquisición, para operar la misma por otra vía íntimamente relacionada con el instituto de la tradición, cual es la usucapión ordinaria que requiere asimismo un título válido hábil para transferir el dominio. La usucapión viene así a subsanar la ausencia de poder de disposición del transmitente, que hizo en su momento ineficaz la tradición, sirviéndose de los mismos requisitos de esta última (justo título, posesión) y añadiendo la buena fe (ignorancia acerca de la titularidad del *tradens*) y un período de tiempo dirigidos a suplir la ausencia de poder de disposición. Con este planteamiento, el requisito de la validez del justo título para la usucapión ordinaria (art. 1953 Cc), no constituye un elemento perturbador para el sistema, sino que es coherente con el mismo. No se trata, como se ha dicho, que el título “ha de ser legalmente correcto e ineficaz, pues si fuera eficaz

sobraría la usucapión” (BADOSA COLL (1971), p. 711). Esta forma de pensar, consciente o inconscientemente, está otorgando al contrato un protagonismo en el proceso transmisivo que el art. 609 Cc le niega, en tanto que este precepto no exige para transmitir un derecho real títulos eficaces. Aunque el vendedor hubiera sido dueño de la cosa entregada, el título por sí solo no habría producido el efecto transmisivo. Como ha señalado RUBIO GARRIDO (1993, p. 239), “al deber ser el justo título un contrato válido, emerge un argumento legal contundente para sostener que, salvo que concurran otras circunstancias, la mera ajenidad del derecho que se ha programado transmitir, no implica *per se* nulidad del contrato, ni supone necesariamente infracción de deberes contractuales”. En definitiva, el requisito de la validez del justo título para la usucapión ordinaria pone de relieve que la falta de poder de disposición del transmitente no es un requisito del contrato. En este sentido, claramente se ha pronunciado GORDILLO CAÑAS (2008, p. 1436) para quien “la ajenidad de la cosa no afecta a la validez del título de su transmisión (art. 1953 Cc), aunque determine un vicio en el modo de adquirir (art. 433 Cc) impeditivo de la regular adquisición por quien es parte en dicho título válido y tercero respecto al *verus dominus*”.

Y es que esta referencia a la vinculación entre la usucapión y la tradición me parece básica pues, como señalaré en breve, el principio de fe pública registral juega en sede inmobiliaria el mismo rol que la usucapión ordinaria: subsanar la falta de poder de disposición del transmitente, valiéndose al igual que ésta de un título válido, tal y como ordena el art. 33 LH. Esta es, en definitiva, la tesis que confirma la sentencia que comento.

Por último, otro argumento legal que confirma la tesis que mantengo y que mantiene también la sentencia que comento de que la falta de poder de disposición del *tradens* no afecta ni a la validez ni a la eficacia del contrato, es la norma contenida en el art. 1.160 Cc que, ubicado en la teoría general de la obligación, dispone: “*en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla*”. La falta de poder de disposición afecta, pues, a la fase solutoria, al cumplimiento y no a la génesis del contrato. Sólo cabe plantearse el cumplimiento de contratos válidos y eficaces.

5. El principio de fe pública registral y las adquisiciones *a non domino*

5.1. El principio de fe pública registral subsana la falta de poder de disposición del transmitente

La importante doctrina que deja sentada la sentencia respecto al principio de fe pública registral es que “este precepto ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposi-

ción del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca (fundamento de derecho séptimo)”.

En nuestro sistema de transmisión de los derechos reales, de naturaleza causal, el adquirente de un bien puede no llegar a adquirir por dos razones: la primera por una irregularidad en su título, en su contrato, patología que puede afectar a cualquiera de los requisitos del mismo: consentimiento objeto o causa. La segunda, consiste en una irregularidad que afecta al modo de adquirir (art. 433 Cc), es decir, a la falta de poder de disposición del transmitente. Esta distinción se refleja tanto en la usucapión ordinaria que subsana la falta de poder de disposición valiéndose de un título válido (art. 1.953 Cc), como en el principio de fe pública registral que también subsana la falta de poder de disposición del transmitente, tal y como señala la sentencia que comento, valiéndose de un contrato válido (art. 33 LH).

La falta de poder de disposición del transmitente puede deberse bien a que el enajenante nunca fue dueño (por ejemplo, porque su derecho se anuló o resolvió) o bien, porque habiéndolo sido, dejó de serlo por haber enajenado válidamente a otro que, sin embargo, no procedió a hacer pública su adquisición en el Registro de la propiedad permitiendo así que el Registro siguiera publicando la titularidad (ahora aparente) del *tradens*. En el caso que enjuicia la sentencia se produce este último supuesto: el titular registral (Polígono Industrial La Mora S.A) enajenó la finca el 12 de abril de 1994 al Banco Español de Crédito. Posteriormente, el 17 de febrero de 1997 la Agencia Tributaria, como consecuencia de un expediente administrativo de apremio, procedió a vender la finca litigiosa a la entidad Indeco Construcciones S.A., en representación del deudor (Polígono Industrial La Mora S.A) quien seguía apareciendo como titular registral. Por lo tanto, en el caso objeto de litis, la segunda venta constituye una venta judicial como consecuencia de un embargo de cosa que ya no pertenecía al deudor que, sin embargo, seguía apareciendo como titular registral.

Estoy absolutamente de acuerdo con la doctrina que mantiene la sentencia respecto al principio de fe pública registral, elemento básico del sistema, ya que garantizar el poder de disposición del transmitente constituye uno de los principales objetivos de la propia institución registral. Y es que el principio de fe pública viene a jugar en propiedad inmobiliaria inscrita, el mismo papel que tiene la usucapión ordinaria: subsanar la falta de poder de disposición del transmitente, figuras claves para la seguridad del tráfico jurídico. La particularidad del principio de fe pública es que no requiere transcurso del tiempo ni posesión del adquirente. En lo demás, comparte idénticos requisitos que aquella: un título válido (art. 1953 Cc y 33 LH) y la buena fe que consiste, según la doctrina mayoritaria precisamente en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio, en el sentido que el art. 1950 Cc refleja en sede de usucapión ordinaria. [LACRUZ /SANCHO, cit., p. 186, GORDILLO CAÑAS (2006), p. 580; NÚÑEZ LAGOS (1949), p.252]. En definitiva, en la creencia en la exactitud del Registro.

Y es que un principio como el de fe pública registral resulta básico en un sistema que, como el nuestro, no es de inscripción constitutiva, pero al mismo tiempo no se limita a publicar titularidades, sino a prestar una determinada garantía, derivada del principio de exactitud registral, que estimule la inscripción. Y el objeto de esta garantía lo constituye precisamente la titularidad de derechos reales, que quien en el Registro aparece como titular, se le tiene por tal salvo prueba en contrario (art. 38 LH) y que incluso un determinado adquirente que lo sea en determinadas circunstancias será mantenido en su adquisición aunque se demuestre que su *tradens* titular registral no lo era en la realidad. El Registro nos exige de la *probatio diabolica* del dominio y favorece de esta forma la seguridad del tráfico jurídico [LUZURIAGA, en las *Concordancias* de García Goyena, (1952), IV, pp. 194-195]. De las dos irregularidades que puede presentar la adquisición o constitución de un derecho real sobre un inmueble (irregularidades del título y las del modo de adquirir), el Registro de la propiedad subsana las del modo de adquirir, la falta de poder de disposición del transmitente. Esta es la conclusión básica de la sentencia que, indirectamente, viene a reconocer que la falta de poder de disposición del *tradens* es una irregularidad afectante al modo de adquirir y no al título. El Registro de la propiedad no está para sanar adquisiciones cuyo vicio radica en el título. Como ha señalado NUNEZ LAGOS (1949), p. 243 “*Inter partes*, el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho civil (...). No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o transmitente. Para este tercero especial la resolución o la nulidad han dejando de ser *ex tunc*., Queda protegido frente a la acción reivindicatoria. Así lo consagra el art. 34 LH”.

Cuando una irregularidad en el título del transmitente provoca que éste deje de ser dueño, opera el art. 34 LH respecto del tercer adquirente. Y no se diga que con ello se está subsanando irregularidades que atienden al título, sino que éstas han desembocado en un problema de poder de disposición que sana el art. 34 LH. De ahí que el tercero hipotecario deba ser ante todo *tercero*, es decir, no debe ser parte en un contrato nulo. Esto lo que confirma el art. 33 LH. Si el poder de disposición fuera una patología que afectara al contrato, el art. 34 LH no se aplicaría nunca, y siempre lo sería el 33 LH. De hecho este es el principal error de la sentencia recurrida y que viene a subsanar el TS. El principio de fe pública registral garantiza aquello que es objeto de publicidad: se publican titularidades y se garantiza que, frente a determinados terceros, el que aparece como titular lo es jurídicamente, aunque no sea así en la realidad extrarregistral. De ahí que el art. 34 LH provoque adquisiciones *a non domino* [GORDILLO CAÑAS (2006), p. 510]. Este es el efecto más potente del principio de fe pública registral, pero no el único, pues como señala el último autor citado “el Registro protege al tercero que adquiere de titular inscrito, no sólo

contra el defecto radical y absoluto de titularidad en el transmitente, sino también contra las condiciones y causas que la hacen inestable y la dejen pendiente, y contra las cargas y límites que, igualmente existentes aunque no inscritas, la recortan en sí sin que el tercero adquirente pueda normalmente saberlo”.

5.2. La resolución del derecho del transmitente

Otra de las aportaciones de la sentencia es también de extraordinario calado al señalar que el art. 34 LH “no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte del párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente (fundamento de derecho séptimo)”.

Lo que, a mi juicio, aclara el TS con esta afirmación es que el ámbito del principio de fe pública registral no cabe ceñirlo exclusivamente a la hipótesis en la que el *tradens* no es titular del derecho que el Registro publica por haberse resuelto su derecho (piénsese en el caso de que el transmitente titular registral deje de ser dueño porque se anula su título adquisitivo, por ejemplo, se anula el testamento que le hacía dueño, o bien se resuelve su derecho por falta de pago del precio etc...), sino que se extiende a aquellos casos en los que el transmitente no es dueño por haber enajenado antes a otro que no inscribió su derecho en el Registro de la propiedad.

Señala el TS que la primera parte del párrafo primero del art. 34 LH tiene sustantividad propia. Efectivamente, cuando en el mencionado precepto se dice “*el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho (...)*”, en este inciso primero se encuentra enunciada la regla básica del precepto basada en la protección de la apariencia jurídica tabular. El resto de la norma no supedita la regla a dicha hipótesis. Es decir cuando el primer inciso del párrafo primero continúa “*aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*”, según el TS, el “aunque” no significa que el tercero será mantenido en su adquisición sólo cuando esto último acontezca. El tercero puede ser protegido incluso cuando el derecho de su transmitente no se resuelva ni se anule, es decir, cuando el *tradens* deja de ser dueño (*ex dominus*) porque habiéndolo sido, deja de serlo por haber enajenado antes a otro que no inscribe su derecho. En definitiva, el TS con esta doctrina conecta claramente el art. 34 LH con la doble venta. Y ello porque una doble venta puede conducir a una venta de cosa ajena, siendo por ende aplicable a este caso el art. 34 LH, que subsana la falta de poder de disposición del transmitente cualquiera que sea la causa por la que ésta se ha producido, siempre que de tal causa no se dé información en el Registro.

Para ello es obvio decir que deben darse todos los requisitos del art. 34 LH y, particularmente, que el comprador haya adquirido de titular registral y, por ello, un caso de doble venta en el que consumada la primera venta, el segundo comprador procede a inmatricular la finca, no será protegido por el art. 34 LH. Cosa distinta es que sí lo esté por el principio de inoponibilidad de lo no inscrito regulado en el art. 32 LH, desde un planteamiento dualista [LACRUZ/ SANCHO, cit., p. 175].

En este punto, el TS aclara el concepto de tercero protegido por la fe pública registral, que no sólo es tercero aquel que adquiere de quien deviene *non dominus* por haberse resuelto su derecho por causas que no constan en el Registro, sino también es “tercero” a los efectos del art. 34 LH quien adquiere de un *ex dominus*. El “aunque” del art. 34 LH se refiere a que el tercero hipotecario lo es “no sólo” cuando se anula el derecho de su transmitente. En definitiva, es indiferente la causa por la que el titular registral ya no es propietario del bien, lo importante es que ésta (resolución, anulación, venta.) no conste en el Registro para que puedan entrar en juego los artículos citados [C. BETEGÓN (2008)].

Por lo tanto, cuando el TS indica que para ser del tercero del art. 34 LH no es necesaria una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, está manteniendo una interpretación amplia del art. 34 LH. Al respecto, conviene mencionar aquí la polémica que se suscitó a nivel doctrinal respecto a si dicho tercero sólo resulta protegido cuando la nulidad o resolución del derecho del transmitente ha tenido lugar *después* de que dicho tercero ha inscrito su título. Así, interpretado literalmente el art. 34 LH, no resultaría protegido dicho tercero cuando tal resolución o nulidad se producen *antes* de la adquisición. En estos casos, el tercer adquirente también sería protegido por otras normas, particularmente el art. 40 LH. El art. 34 LH no está enumerando los supuestos de inexactitud registral que cubre dicho precepto, sino que se está limitando a establecer las condiciones de protección de dicho tercero y no da una lista exhaustiva de situaciones que pueden desembocar en una falta de titularidad del transmitente, “sino una relación de presupuestos que debe reunir el adquirente para acogerse a la tutela del Registro” (LACRUZ/ SANCHO, cit., p. 170). Por el contrario, para ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL (1979, p. 530), en el art. 34 LH se centra el principio de fe pública registral, pero no en su totalidad, sino tan sólo en cuanto a la parte primera o inicial del primer párrafo de este artículo, combinándolo con el párrafo segundo del mismo, es decir, el tercero será mantenido en su adquisición “cuando haya inexactitud del Registro”. Esta polémica, a mi juicio, no tiene especial trascendencia por cuanto ya sea por virtud del art. 34 LH o por virtud de otras normas de la LH que lo completan, dichos autores están de acuerdo en que el tercero protegido por la fe pública registral lo está cualquiera que sea la razón por la cual se produce la inexactitud registral, la falta de poder de disposición del *tradens*. Esta consecuencia sí es relevante y el TS en la sentencia que comento aclara este particular manteniendo una interpretación amplia del art. 34 LH.

6. Alcance del artículo 33 LH

Una vez sentado que el principio de fe pública registral subsana la falta de poder de disposición del transmitente y después de haber centrado el ámbito de aplicación de dicho principio a todas las hipótesis en las que el titular registral resulta ser *non dominus*, no sólo a los casos en que nunca lo fue por anularse o resolverse el derecho del transmitente, sino también a los supuestos en que se trata de un *ex dominus*, naciendo su falta de poder de disposición de una enajenación anterior, el TS considera que el supuesto de hecho que enjuicia la sentencia, un embargo de cosa ajena, constituye una hipótesis cuya patología es precisamente la falta de poder de disposición del transmitente, por lo que opera plenamente el principio de fe pública registral. Tal carencia, a juicio del alto tribunal, no provoca la nulidad del acto adquisitivo del tercero en procedimiento de apremio. Y es que, efectivamente, si el título por el que adquiere el tercero es nulo, tal y como entendió la sentencia recurrida siguiendo la doctrina sentada por el TS en sentencia de 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9280) entre otras, tal tercero no recibiría protección alguna del art. 34 LH, ya que sería de aplicación el art. 33 LH que dispone que “*la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*”. Declarada nula la venta judicial realizada por la Agencia Tributaria en representación del *non dominus* titular registral (Polígono Industrial La Mora S.A) por falta de objeto, la inscripción en el Registro por parte del comprador de su derecho, no le permite tener la protección del artículo 34 LH al haber tenido participación en ese negocio nulo. En definitiva –se señala en la sentencia recurrida– por no tener el carácter de subadquirente, es decir el que compra mediante contrato válido al titular registral que lo fue en virtud de un acto nulo. Solamente en el caso de que el adquirente en el procedimiento de apremio a su vez hubiere vendido la parcela litigiosa a otra persona distinta y éste reuniese los requisitos del art. 34 LH hubiera quedado protegido de su adquisición”.

La argumentación de la sentencia recurrida, tal y como reconoce el propio TS adolece de errores y, añadido yo, de alguna contradicción. Y es que si el título del segundo comprador, adquirente en el proceso de apremio, es nulo por falta de objeto, por entenderse, erróneamente a mi juicio, que la falta de poder de disposición afecta al título, en este caso, una venta judicial, no se entiende bien la razón que justifica el que sí resulte protegido un eventual subadquirente, cuando la patología de la adquisición de éste sería exactamente la misma: la falta de poder de disposición del *tradens*. Si el adquirente en el procedimiento de apremio no consolidó su adquisición por serle inaplicable el art. 34 LH, si hubiera vendido a un subadquirente éste hubiera tenido el mismo problema que su antecesor pues se trataría de una venta de cosa ajena también nula por falta de objeto. Si se le niega protección al adquirente (segundo comprador que inscribe), por la misma razón debe negarse tal protección a un eventual subadquirente cuyo proceso adquisitivo ha adolecido de idéntico defecto: la falta de po-

der de disposición del transmitente. La única explicación que cabe encontrar a este planteamiento que estimo contradictorio y que por fortuna descarta el TS, es que la venta judicial de cosa ajena no reciba la misma sanción de validez de una venta ordinaria de cosa ajena. Hoy es claro la validez del embargo de cosa ajena según lo dispuesto en el art. 594 LEC, precepto que no era aplicable al supuesto de hecho que enjuicia la sentencia, si bien ya adelanto, tal validez es una exigencia de sistema en los mismos términos que lo es la validez de la venta de cosa ajena ordinaria.

El TS declara la validez del embargo de cosa ajena y el adquirente en el procedimiento de apremio debe ser protegido por el art. 34 LH por tratarse de una hipótesis en la que falta el poder de disposición del transmitente, defecto que viene a salvar el principio de fe pública registral. El acto adquisitivo del tercero es válido y no nulo siendo aplicable el art. 34 LH y no el art. 33 LH.

Con independencia de lo que diré respecto del embargo de cosa ajena, creo que en primer lugar procede fijar el alcance del art. 33 LH que condiciona la noción de tercero protegido por la fe pública registral.

Si el principio de fe pública registral subsana la falta de poder de disposición del transmitente, tal y como ha señalado la doctrina y específicamente el TS en la sentencia objeto del presente comentario, conectada esta idea con lo dispuesto en el art. 33 LH que establece que la inscripción no subsana irregularidades que procedan de la nulidad del título del adquirente, la conclusión confirma la idea de que el poder de disposición del *tradens* no constituye una irregularidad que afecte al título transmisivo y, por el contrario, constituye una patología afectante al modo de adquirir, tal y como mantuve con anterioridad (1996, pp. 329 y ss).

La fe pública registral purga o subsana una *traditio* viciada por falta de poder de disposición del *tradens*. En este sentido ha dicho SANZ FERNÁNDEZ (1947, t. I, p. 431) *que* “la tradición para que surta plenos efectos reales en nuestro Derecho, debe apoyarse en un título válido y requiere, de una manera indispensable, que el tradens sea previamente dueño de la cosa, que pueda transferir su dominio. En caso contrario no produce estos efectos. Mas precisamente este vicio del título (sic), esta falta de preexistencia del derecho en el transferente, es lo que se convalida por el Registro a través de la fe pública: la tradición, que no podía producir los efectos traslativos por provenir de un no propietario, los produce en virtud de la función convalidante del Registro”. Nuestro legislador hipotecario permite que un adquirente que cumpla determinadas circunstancias adquiera de quien no era dueño, pero no le permite consolidar una adquisición, cuando, contratando con un *dominus*, no se ha producido la adquisición por un vicio esencial en el título. El Registro no purga, por ejemplo, una falta de consentimiento válido. Es decir, el contrato o negocio obligacional precedente que aporta el *animus transferendi dominii* que integra la tradición traslativa del dominio, debe ser válido (lo que debe ser comprobado por el Registrador de la propiedad en el trámite de calificación registral).

Por tanto, si, por un lado, la fe pública garantiza y subsana la falta de poder de disposición del *tradens*, por otro, la inscripción no convalida actos o contratos nulos con arreglo a las leyes, el poder de disposición del transmitente debe hallarse, en pura lógica, fuera del ámbito contractual propiamente dicho, pues, de lo contrario, de exigirse en este momento, provocaría la nulidad del contrato, que no podría ser convalidado por el Registro. Por ello, la venta de cosa ajena, en nuestro sistema de adquisición de los derechos reales, no sólo es válida, sino que *necesariamente* debe serlo, para una correcta operatividad de la institución registral: el art. 33 L.H constituye, a mi juicio, una prueba más, acaso la decisiva, de que nuestro sistema patrimonial está edificado sobre la base de la situación del requisito del poder de disposición fuera del ámbito contractual. En este sentido, se pronuncia GARCÍA GARCÍA (1993, p. 81) “si se entendiera que la venta de cosa ajena es nula por falta de objeto o por falta de legitimación del vendedor, ya no habría posibilidad de proteger al comprador ni siquiera aunque reuniera los requisitos del art. 34 L.H, pues este precepto se aplica sobre la base de que la venta en que participó el tercero es válida, y en este caso, con esa teoría de la falta de objeto o de la falta de legitimación sería nula, y la inscripción no podría convalidarla, conforme al art. 33 L.H, ni sería aplicable el art. 34 L.H, pues en la relación jurídica inscrita ese “supuesto tercero” sería parte y no tercero”.

Este es el error que comete la sentencia recurrida y que hay que decir que tal forma de razonar tenía cierto apoyo doctrinal. Así, por ejemplo, cabe citar las palabras de CANO TELLO (1965, p. 276 y 1982 p. 103) quien, con referencia a la posición del segundo comprador que inscribe en el supuesto de doble venta cuando el primero ha recibido la posesión, afirma que «el segundo comprador celebra un contrato de compraventa con una persona que ha dejado de ser propietario al haber enajenado el inmueble a otra con título y modo. Este contrato es nulo, pues *nemo dat quod non habet* (cita la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1924). Al ser nula la segunda compraventa, el comprador no adquiere válidamente la cosa inmueble comprada y, sin embargo, si inscribe su título en el Registro se convierte automáticamente en propietario. ¿Qué significa esto? Sencillamente, que la inscripción tiene carácter convalidante (...). Es el único caso en que un acto nulo (una transmisión inexistente) deviene válido y perfecto por el solo hecho de la inscripción». Salva, pues, el autor, el escollo del art. 33 L.H diciendo que el caso en examen constituye la excepción de lo previsto en él. La consideración del art. 34 LH como una excepción al art. 33 LH, consecuencia, ni más ni menos, de la consideración de la falta de poder de disposición como una irregularidad que afecta al contrato celebrado por el adquirente ha sido una idea mantenida por un importante sector doctrinal que ha infravalorado el alcance del art. 33 LH [ROCA SASTRE, cit. p. 502; DE ÁNGEL (1982) p. 116; CAMY SÁNCHEZ CAÑETE (1975), p. 462] En este sentido, hay que destacar la opinión de ROCA SASTRE, (1954, p. 503) para quien “el art. 33 L.H podría muy bien haberse suprimido, quedando

todo igual. Este precepto establece una norma que en rigor es de innecesaria formulación legal, no sólo a causa de su evidencia, sino también porque la presupone no sólo el art. 79 de la propia ley, sino su art. 34 LH, pues el preservar éste de las consecuencias de la nulidad al subadquirente oneroso de buena fe, equivale a afirmar que fuera de este caso, la inscripción no sostiene el acto jurídico nulo registrado”.

También el Tribunal Supremo ha mantenido que el art. 34 LH es una excepción al art. 33 LH en las sentencias de 10 de julio de 1984 (RJ 1984, 3844); S 18 marzo 1987 (RJ 1987, 1514); S. 17 octubre de 1989 (RJ 1989, 6928); S. 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6273). Como reflejo de la confusión existente respecto del alcance del art. 33 LH cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1983 (RJ 1983, 961) que señala incluso que existe una contradicción entre el art. 33 y 34 L.H. Así establece que «aunque el rigor aplicativo del art. 34 L.H parezca estar en contradicción con lo dispuesto en el precedente art 33, relativo a que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos, contradicción que la doctrina patria no resuelve, la jurisprudencia, en ciertos casos en que se puso en juego la validez del título del transferente, se ha pronunciado a favor de la protección del art. 34 L.H, aun en los supuestos de nulidad del contrato. Por obra del principio de la fe pública registral las inscripciones quedan revestidas de tal rango de veracidad respecto de la realidad jurídica que el tercero que de buena fe a título oneroso adquiere algún derecho de quien aparece con facultades para transmitirlo, se halla a cubierto de todo ataque que contradiga la adquisición de su derecho inscrito, *no obstante que fuere inexistente o se declarase nulo el acto por el que adquirió de quien figuraba como titular registral*».

Y es que afirmar que el art. 34 LH constituye una excepción al art. 33 LH trae como importante consecuencia el entendimiento de que la falta de poder de disposición del *tradens* provoca la nulidad del título y que tal irregularidad, excepcionalmente, es convalidada por el Registro en el art. 34 LH.

Si se observa el iter legislativo del art. 33 LH se percibe que la confusión acerca de su alcance estaba presente inicialmente en el propio legislador. En redacciones anteriores del art. 34 LH parecía deducirse su carácter excepcional respecto de lo diseñado en el art. 33 LH, ya se iniciaba su redacción con la frase “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior...”. Así, inicialmente la doctrina entendió en tal sentido el alcance del art. 34 LH. Así, señala MORELL Y TERRY (1917, p. 612): “la declaración del art. 33 es una consecuencia del sistema inmobiliario aceptado por el legislador. Supeditada la inscripción al título, si este es nulo, ya por razón del contrato o de la obligación en él contenida, ya por razón de la transmisión y su consiguiente adquisición, la inscripción es en principio nula también, puesto que ni añade ni quita nada al título. Esta es la regla. El art. 34 señala sin embargo el verdadero alcance de esta regla. Mientras el derecho continúe según el Registro, en la misma persona que inscribió el acto nulo, el art. 33 se aplica en todo su rigor; declarada su nulidad, el asiento se anula, no ha existido legalmente nunca, quedando por lo mismo vigentes los

asientos anteriores con la fuerza que tenían antes de que el acto nulo se inscribiese. Pero si la finca o el derecho se ha transmitido a tercero, y el acto ha sido inscrito, el tercero que ha adquirido bajo la garantía del Registro merece respeto con arreglo al mismo sistema de la ley, y de aquí el precepto del art. 34 L.H”. Obsérvese cómo en el razonamiento del autor citado subyace la idea –errónea a mi juicio– de que una irregularidad en la transmisión provoca un vicio en el título. En el fondo, un entendimiento “a la francesa” de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales estaba entorpeciendo gravemente la inteligencia de nuestro sistema registral.

Considerado el art. 34 L.H como excepción al 33 L.H y bajo un sistema de inscripción declarativa se postuló su no inclusión pues, como señala ROCA SASTRE (cit., p. 503) el art. 34 L.H “al preservar de las consecuencias de la nulidad al subadquirente oneroso de buena fe, ello equivalía a afirmar que fuera de este caso, la inscripción no sostiene el acto jurídico nulo registrado”. Hasta tal punto fue este el pensamiento de la doctrina de la época, que el art. 33 L.H. fue suprimido en el Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria de 1944. En la discusión de las Cortes de la Ley de 1944 se dio entrada nuevamente al precepto, incorporándolo como párrafo primero del art. 34, y suprimiéndose la expresión que comenzaba con la adversativa “no obstante”.

Art. 34 según la redacción de la Ley de 30 de diciembre 1944 sobre reforma de la Ley Hipotecaria: Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente». «La inscripción no convalida actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del titular inscrito se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario.

El texto refundido de 1946 trasladó la norma al art. 33 L.H., desapareciendo, en el art. 34 L.H, toda expresión referida a la excepcionalidad con respecto al art. 33 L.H. Esta evolución legislativa pone de manifiesto la vacilación del legislador respecto al alcance del art. 33 L.H, siendo muy significativo el hecho no sólo de su mantenimiento, sino también la independencia de su redacción respecto al art 34 L.H.

Por lo tanto ¿cabe sostener que la adquisición en virtud del art. 34 L.H supone una convalidación de un acto nulo? Señala ROCA SASTRE (cit., p. 502) que “el art. 33 L.H usa inoportunamente el concepto *convalidación*. No es cierto que se pretenda que la inscripción purgue del vicio de nulidad el acto o contrato inválido inscrito, sino tan sólo que, cuando éste sea declarado nulo, actúen las defensas hipotecarias en favor del tercer adquirente (..). El art. 34 L.H sólo trata de impedir que la nulidad del título inscrito *arrastre* la adquisición del ter-

zero". Si esto es así, el art. 34 L.H no excepciona en nada al art. 33 L.H sino que lo reafirma. Supongamos, por ejemplo, que Primus vende y entrega (tradicción instrumental) a Secundus una finca y el contrato, que resulta ser simulado, entra no obstante en el Registro. Secundus inscribe su derecho y enajena la finca a Tertius que inscribe también su derecho. Si Tertius adquiere en virtud del art. 34 L.H lo que se está purgando con el principio de fe pública registral es la falta de poder de disposición de Secundus que, por haber adquirido en virtud de un contrato nulo (no ha sido convalidado por la inscripción) no es dueño de la cosa y por tanto no puede disponer válidamente de la misma, por lo que Tertius requiere la ayuda de la ley para consolidar su adquisición. Si el art. 34 L.H fuera una excepción al art. 33 L.H habría que entender convalidado el contrato entre Primus y Secundus y si eso fuera así, no sería necesario, en este supuesto, el art. 34 L.H, pues por la inscripción el contrato entre Primus y Secundus devendría válido y, por consiguiente, este último habría adquirido y Tertius lo habría hecho de quien era dueño. Lo que, a mi juicio, se quiere evitar con el art. 33 L.H, es que por el hecho de la inscripción lo nulo civilmente se transmute en válido registralmente (GÓMEZ DE LA SERNA (1862), p. 620). Y además el art. 33 L.H le recuerda a Tertius que si su contrato con Secundus resultare nulo no sería protegido pero ahora por faltarle la condición de tercero. Por tanto, la norma del art. 33 L.H no resulta excepcionada nunca. Como señala DÍEZ-PICAZO, la falta de fuerza convalidante de la inscripción hace que la nulidad pueda ser siempre judicialmente declarada. Otra cosa es determinar las consecuencias ulteriores o los efectos reflejos de la nulidad y específicamente su propagación a los actos o contratos que con el inicialmente nulo se hallaren en condición de dependencia (DÍEZ-PICAZO (1995), p. 429).

Declarada la nulidad de la compraventa realizada entre Primus y Secundus, se provoca que la venta subsiguiente que hizo Secundus a Tertius lo sea de cosa ajena. Esta compraventa, a mi juicio, es *válida* y por tanto, no contraviene el art. 33 L.H. Así como el vicio esencial de la adquisición de Secundus es reputable al *título* (nulidad de contrato), el vicio de que adolece la de Tertius sólo puede atribuirse al *modo*. Ello tiene importantes consecuencias de cara a la aplicación del art. 33 L.H., que resulta plenamente aplicable a la adquisición de Secundus porque su contrato era nulo, pero, en cambio, no es aplicable a la adquisición de Tertius, no porque sea un tercero del art. 34 L.H (y, por tanto, excepción al art. 33 L.H), sino porque adquirió en virtud de un *título válido*, en el que el *tradens* es un *non dominus* extrarregistral. No otros son los supuestos para los que está pensado el art. 34 L.H y la propia institución del Registro de la propiedad que a través de los mecanismos presuntivos, no hace sino evitar las *probatio diabolica* del derecho de propiedad al servicio de la seguridad del tráfico jurídico y fundándose en la protección que merece la buena fe diligente que se ampara en la publicidad registral del sistema. Por ello el art. 33 L.H, a mi juicio, ni sobra ni es inútil, ya que recuerda que el Registro no salva la venta nula de cosa propia y sí la venta formalmente válida de cosa ajena. En este sentido creo

que el art. 33 L.H no sólo reafirma la validez de la venta de cosa ajena sino que la *presupone*, significando el precepto que el Registro purga defectos de *modo* pero en ningún caso los de *título*.

Esta idea fue puesta claramente de relieve por SANZ FERNÁNDEZ (1947, p. 484]: “Para determinar –dice– a qué situaciones es aplicable el art. 33 L.H es preciso recordar que toda transmisión del dominio, así como todo acto de gravamen, exige la existencia de un acto o contrato válido, y la preexistencia del derecho transmitido o gravado en la persona que realiza la enajenación. Sin la concurrencia de ambas no es posible la enajenación, si bien, ambas tienen una esfera de actuación diferente. La nulidad del acto o contrato elimina la causa de la transmisión y la hace imposible. La falta de derecho previo impide la transmisión (*nemo dat quod non habet*), pero no afecta a la validez del contrato en sí mismo considerado. Hay pues que distinguir dos cuestiones que en la legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el art. 33 L.H, y que queda limitado a las relaciones *inter partes*. b) El problema de la transmisión misma o de la preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de la fe pública registral, para el que no tiene aplicación el art. 33 LH y se aplica únicamente el art. 34”.

Pues bien, esta doctrina es sustentada por la sentencia que comento que después de aclarar que el principio de fe pública registral salva la falta de poder de disposición del transmitente, considera que la ausencia de tal requisito no constituye una irregularidad atinente al título, razón por la que no resulta aplicable el art. 33 LH y sí el art. 34 LH (fundamento de derecho noveno). Esta doctrina también ha sido objeto de aplicación en otras sentencias del TS (19 de octubre de 1998 [RJ 1988, 8072], 21 de junio de 2000 [RJ 2000, 5736], 4 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8709], 20 de marzo de 2007 [RJ 2007, 1849]).

7. En particular, la validez del embargo de cosa ajena

Como se ha señalado, en el caso que enjuicia la sentencia que comento se trataba de una venta judicial de cosa ajena derivada de un embargo de cosa que ya no pertenecía al deudor por haberla enajenado éste antes a otra persona. El problema de la validez del embargo de cosa ajena es tratado en el fundamento de derecho octavo y es planteado en los siguientes términos: “*queda una cuestión por examinar, que la de si el embargo trabado sobre una fina que no era ya propiedad del ejecutado por habérsela vendido a otro determina o no la nulidad del acto adquisitivo del tercero en el procedimiento de apremio pues, de ser nulo, la inscripción no tendría efecto convalidante por impedirlo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria*”.

No ha lugar a plantear la norma contenida en el vigente art. 594 LEC por no ser aplicable al caso. El TS resuelve el problema del embargo de cosa ajena

drásticamente en los siguientes términos: “*la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro (fundamento de derecho octavo)*”.

Adelanto ya mi conformidad con la doctrina sustentada en la sentencia, si bien, tengo que señalar que creo debe hacerse una precisión terminológica. Constantemente el TS en esta sentencia se refiere a la “validez o nulidad del acto adquisitivo del tercero”. Pues bien, entiendo que, de nuevo, hay que tener en cuenta para valorar la patología que genera una venta judicial de cosa ajena, la distinción entre título y transmisión. Entiendo que una venta judicial de cosa no perteneciente al deudor no puede nunca provocar un acto adquisitivo válido en *accipiens*. De ahí, que precisamente por no haber adquirido el rematante deba reunir los requisitos del art. 34 LH para ser mantenido en su adquisición. Cosa distinta es que el *título de adquisición* de éste sea válido, por las mismas razones que lo es la validez de la venta de cosa ajena. Ello justifica que el supuesto no sea subsumible en el art. 33 LH. La adjudicación judicial es inválida e ineficaz, razón por la que –insisto– el rematante debe ampararse en el principio de fe pública registral. El rematante adquiere por obra del art. 34 LH y no por consecuencia de la adjudicación en subasta judicial. Y se ampara en el art. 34 LH porque la razón de su falta de adquisición es la falta de poder de disposición del transmitente, en este caso el *debitor non dominus* cuyo consentimiento es suplido por el juez.

Por las mismas razones me parece criticable el tenor literal del vigente art. 594 LEC cuando señala que “*el embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*”. A mi juicio, lo que provoca la adquisición del rematante como consecuencia de un embargo de cosa ajena son las normas de adquisición *a non domino* (art. 34 LH y 464 Cc), normas a las que el rematante no tiene más remedio que acogerse para consolidar una adquisición que de otra forma no habría logrado por aplicación de la regla *nemo dat quod non habet*. Lo que sí resulta válido y eficaz es el título de adquisición del rematante constituido por una venta judicial de cosa ajena (se trata de una transmisión derivativa en la que el juez enajena en sustitución del ejecutado; cfr. ROCA SASTRE, cit., p. 593. Véase la sentencia del TS de 13 de abril de 1993 (RJ 1993, 2999)], validez que impide que el supuesto de hecho caiga en la órbita del art. 33 LH. Y es que una cosa es el título y otra la transmisión. Esta diferenciación

me parece básica y es consecuencia del último inciso del art. 609.2 Cc. No cabe confundir título con titularidad. En nuestro sistema puede ser válido el título y no serlo la transmisión porque la falta de poder de disposición del *tradens*, defecto que, como insistentemente he señalado, no vicia el título y sí la transmisión [en este sentido, GORDILLO CAÑAS, (2008) p. 1434]. Entiendo que el TS queriendo decir esto (que el título es válido) realmente se refiere a la validez del acto adquisitivo en su totalidad, lo cual me parece una inexactitud terminológica que no afecta a la consecuencia que es la de subsumir el supuesto en la operatividad del principio de fe pública registral.

Insisto pues que el fundamento de la solución por la que opta el TS se justifica en la interpretación del sistema de transmisión de los derechos reales, que al requerir contrato y tradición realizada por el dueño excluye del terreno contractual la patología que genera la falta de poder de disposición del transmitente. Sólo así cabe justificar la validez del título y la irregularidad de la transmisión del *accipiens* que provoca que deba acogerse al principio de fe pública registral.

Cabe por último reflexionar acerca de si el rematante que adquiere como consecuencia de un procedimiento de apremio, de una venta judicial debe gozar de la misma protección que el que lo hace a título particular como consecuencia de contrato celebrado con el titular registral. La sentencia que comento apuesta claramente por la solución afirmativa. Lo cierto es que del tenor literal del art. 34 LH no cabe deducir la exclusión de la adquisición en subasta judicial. Esta cuestión ha sido definitivamente resuelta por el art. 594 LEC ya citado. Y es que no creo que existan razones de peso que justifiquen una menor protección del rematante en procedimiento de apremio que el adquirente de titular registral por adquisición derivativa convencional, pues el fundamento del principio de fe pública registral que es la protección de la seguridad del tráfico jurídico se hace necesario en ambas hipótesis. El art. 594 LEC viene a zanjar una polémica existente a nivel doctrinal, ya que algunos autores consideraban que el adquirente en subasta judicial no podía “beneficiarse” del principio de fe pública registral a imagen y semejanza de lo que sucede en el Derecho alemán donde se niega tal protección [sobre el estado de la cuestión en la doctrina en este punto, cfr. GORDILLO CAÑAS (2007), p. 3].

El problema es que la doctrina negadora de la protección del adquirente en subasta judicial por el principio de fe pública registral ha tenido un importante reflejo en la jurisprudencia del TS que ha negado protección a dicho adquirente por considerarse nulo en embargo de cosa ajena, subsumiendo el supuesto en el art. 33 LH. [STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2052), 10 de junio de 2003 (RJ 2003, 4598), 16 de junio de 2003 (RJ 2003, 4243)]. Pues bien, las mismas razones que he apuntado que justifican la validez de la venta de cosa ajena entiendo plenamente aplicables a la venta judicial de cosa ajena. Como con claridad afirma GORDILLO CAÑAS (2007, p. 3), “la venta pública no deja, por ser pública, de ser venta” y provoca con la adjudicación hecha en su consecuencia, una transmisión derivativa y onerosa (PEÑA BERNALDO DE

QUIRÓS, 1982). El carácter forzoso o judicial de la venta no convierte a ésta en negocio dispositivo del que quepa considerar como requisito de validez el poder de disposición. La actuación judicial sustituye el consentimiento del deudor en la enajenación del bien embargado (si bien no cabe considerar que el juez actúe en representación del deudor, RDGRN 11 de mayo de 1989 [RJ 1989, 4002]). Esta es la especialidad de régimen, pero en lo demás, juegan los principios generales de transmisión de los derechos reales (art. 674.1 LEC). Como señala VEGAS TORRES (2000, p. 268) “cuando se enajenan en ejecución bienes inmuebles la *traditio* se produce con la entrega al rematante o adjudicatario del testimonio expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de aprobación de la enajenación, y en el que se exprese, además, que se ha consignado el precio así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 674.1 LEC). La entrega del testimonio determina, pues, la transmisión del dominio al rematante o adjudicatario (art. 609 CC)”. La naturaleza judicial de la transmisión no muta el sistema y el rematante, como todo adquirente, debe ser protegido por el principio de fe pública registral si reúne todos los requisitos (sentencias del TS de 1 de septiembre de 1997 [RJ 1997, 6376] y 25 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7623]). Efectivamente, en las ventas judiciales debe concurrir título y modo: la aprobación del remate equivale al título y el testimonio del Auto de aprobación del remate expedido por el Secretario judicial sería al modo (*traditio ficta*), lo que provocaría la adjudicación o transmisión en sentido estricto. En este sentido, la sentencia del TS de 14 de octubre de 2002 (RJ 2003, 255) señala al respecto del momento de la transmisión de la propiedad por venta judicial que “con la aprobación judicial de remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato (venta judicial), pues la referida adjudicación que el Juez hace al rematante no hay obstáculo legal alguno de atribuirle el carácter de tradición simbólica “ficta”, al no ser “*numerus clausus*” la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición que hacen los arts. 1.462 a 1.464 Cc”. La vigente LEC explícitamente establece en su art. 674 que el título inscribible el expedido por el Secretario Judicial comprensivo del auto de aprobación del remate. Por tanto, no ha lugar a plantearse la necesidad de una escritura pública posterior. La aprobación judicial del remate constituye el *título* y el testimonio del Auto expedido por el Secretario Judicial constituye el *modo*.

Cosa distinta es que el procedimiento de embargo resulte nulo por no haberse realizado las oportunas notificaciones o por no haberse cumplido el *iter* procedimental establecido en la Ley. Pero en sí misma la falta de poder de disposición del deudor sobre el bien embargado, no hace por sí mismo nulo el procedimiento (ninguna norma expresamente lo establece), por ser en este punto de aplicación las normas generales del sistema de transmisión de los derechos reales y, también, por ello, el de fe pública registral. Se dirá que es presupuesto del embargo el que el bien embargado pertenezca al ejecutado, pues

como ya dijera GUASP (1968, p. 430), “sería inconsecuente teóricamente y prácticamente injusto que otra persona distinta soportara en su patrimonio la consecuencia de una ejecución en la que no figura como sujeto pasivo”. Siendo esto obvio, entiendo que cuando se requiere que el bien embargado pertenezca al ejecutado se está afirmando un principio general consecuencia del de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) y que se deriva a su vez de la regla *nemo dat quod non habet*. El poder de disposición (también en el caso de la venta judicial) constituye un requisito de la transmisión, no del título. Precisamente porque no se puede embargar bienes ajenos es por lo que la adjudicación realizada al rematante no provoca la transmisión (*nemo dat quod non habet*), y dicho rematante deberá acogerse al principio de fe pública registral (art. 34 LH) para consolidar su adquisición. Será el art. 34 LH el responsable de que se mantenga al rematante en su adquisición [en este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, (2005), p. 99] y no el embargo o adjudicación que ha sido ineficaz como modo de transmisión, por más que el título (venta judicial) sea válido. Como la ausencia de poder de disposición no vicia el título es por lo que no juega el art. 33 LH y sí lo hace el 34 LH.

Lo que no parece coherente es que se declare nulo por falta de objeto el embargo de cosa ajena, subsumiendo el supuesto en el art. 33 LH por tratarse de un supuesto de falta de objeto, pues ello implica, a mi juicio, confundir el requisito del poder de disposición de transmitente con el de la enajenabilidad del objeto [sobre esta distinción cfr. mi trabajo, *Función del poder de disposición...*, *cit.*, pp. 505 y ss]. Esta confusión se aprecia en alguna doctrina procesalista [CACHÓN CADENAS, 1991]. Pero el objeto existe: la finca embargada está dentro del comercio, no constituye un derecho personalísimo y reúne todos los requisitos del art. 1.271 Cc. Una cosa es la aptitud del derecho para ser objeto de disposición y otra la aptitud del sujeto para disponer de ese derecho. Ambos son requisitos necesarios para que un sujeto pueda disponer válidamente de un bien, si bien la indisponibilidad objetiva afecta al contrato provocando su nulidad y la ausencia de poder de disposición de un derecho naturalmente disponible no vicia el contrato, sino el acto de disposición globalmente considerado (así cabe deducirlo implícitamente del art. 1.160 Cc). Por ello un contrato en el que se enajene un derecho personalísimo es nulo absolutamente y entra en la órbita del art. 33 LH. Por el contrario, el contrato celebrado sobre un objeto disponible, pero por quien no es su dueño, es válido y el supuesto es subsumible en el art. 34 LH.

Estas ideas vienen hoy confirmadas por el art. 594 LEC y vienen a coincidir con la doctrina que el TS mantiene en la sentencia objeto del presente comentario, en el sentido de que la adquirente de cosa ajena como consecuencia de un procedimiento de apremio merece ser protegido si reúne los requisitos del art. 34 LH, no planteando este supuesto ninguna especialidad de régimen.

8. Bibliografía

- DE ÁNGEL, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao 1982.
- BADOSA COLL, voz, “Justo título”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona 1971.
- BETEGÓN, C., “Fijación de doctrina sobre el artículo 34 de la Ley hipotecaria y 1473 del Código Civil”, *Revista electrónica NUL. Comentarios de sentencias*. <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=541>.
- CAMY SANCHEZ CAÑETE, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol V, Pamplona 1975.
- CANO TELLO, “El art. 1.473 del Código civil y la inscripción registral”, *R.G.D.* 1965. P. 276 y ss.
- CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996.
- “La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema”, *Revista electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, 2008 www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=572.
- DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, *La tradición en la transmisión de los derechos reales*, *Revista de Derecho Español y Americano*, 1964, pp.29 y ss.
- DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1995.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Efectos jurídico reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2005.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles”, *Revista Jurídica del Notariado*, octubre-diciembre 2007, pp59 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o hipotecario*, t. I, Madrid, 1988.
- *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t.II, Madrid, 1993.
- GAYOSO ARIAS, “Cuestiones sobre el contrato de compraventa”, *R.D.P.* 1921, pp. 220 y ss.
- GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley hipotecaria*, t.I, Madrid, 1862.
- GORDILLO CAÑAS, “La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico –inmobiliaria o generadora de apariencia jurídica”, *A.D.C.*, 2001, pp. 5 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, “El principio de fe pública registral”, *A.D.C.* 2006, pp. 509 y ss.
- “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007”, *C.C.J.C.*, n° 75, 2008, pp. 1413 y ss.
- “Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral”, *Actualidad Civil*, n° 6, marzo 2007, 2 y ss.
- JEREZ DELGADO, *Tradición y Registro*, Madrid, 2004.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil III bis, Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984.
- MIQUEL, JM., “El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 1998, n° 1, pp. 45 y ss.
- MORALES MORENO, *Posesión y usucapción*, Madrid, 1972.
- MORELL Y TERRY, *Comentarios a la Legislación hipotecaria*, t. II, Barcelona, 1917.
- NÚÑEZ LAGOS, “El Registro de la propiedad español”, *R.C.D.I.* 1949, pp 235 y ss.
- DE LOS MOZOS, “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español”, *A.D.C.*, 1972, pp.1027 y ss.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982.
- DE LA RICA, “Dualidad legislativa en nuestro Régimen inmobiliario”, *A.A.M.N.*, t. VII, Madrid, 1953, pp. 635 y ss.
- RICCA-BARBERIS, *Trattato della garanzia per evizione*, Torino, 1958.
- ROCA SASTRE, *La venta de cosa ajena*. Estudios de Derecho Privado, t. II, Madrid, 1948, Pp. 363 y ss.
- *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1954.
- ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1979.
- RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I Madrid, 1947.
- URIARTE BERASATEGUI, “La tradición en el sistema inmobiliario español”, *R.C.D.I.* 1950, pp. 239 y ss.
- VEGAS TORRES, *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. (VVAA), Madrid, 2000.
- VELA SÁNCHEZ, “La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios”, *A.D.* C enero-marzo 2007, pp. 67 y ss.