



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

**La Transmisión de la Propiedad en
el Derecho Romano**

Presentado por:

Raquel Nájera Murcia

Tutelado por:

José Javier de los Mozos Touya

Valladolid, 18 de Julio de 2023

RESUMEN

En este trabajo tratamos la regulación de la transmisión de la propiedad en el Derecho Romano, distinguiendo la época clásica de la época del derecho justiniano. Destacamos como el *corpus iuris civilis* recoge el principio de transmisión del título y el modo. Después estudiamos el derecho histórico intermedio hasta la codificación y, finalmente, presentamos los distintos sistemas de transmisión de la propiedad en el derecho moderno, deteniéndonos en la regulación del derecho español (Código Civil, Ley Hipotecaria).

PALABRAS CLAVE:

Propiedad, transmisión, *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, entrega de la cosa, *iusta causa*, buena fe, título y modo.

ABSTRACT

In this paper we deal with the problem of transfer of ownership in Roman Law distinguishing the classical period and the Law of Justinian. We stress that the *Corpus Iuris Civilis* establishes the rule of transfer by *titulus and modus*. Then we study the history of law since the late Antiquity until the modern codification of private law and finally, we present the different systems of transfer of ownership in modern law with special attention to Spanish civil law.

KEYWORDS

Property, transmission, *mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*, delivery of the thing, *iusta causa*, good faith, *titulus and modus*

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	6
2.	TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO..	7
2.1.	DERECHO ARCAICO Y CLÁSICO	7
2.2.	DERECHO POSTCLÁSICO Y JUSTINIANO	11
3.	DERECHO INTERMEDIO	13
3.1.	DERECHO COMÚN EUROPEO.....	13
3.1.1	Causa	15
3.1.2.	Traditio.....	15
3.1.3.	Adquisición de no titulares.....	17
3.1.4.	Reglas especiales	18
3.2.	LA ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN	20
3.2.1.	Derecho común: el abandono de la doctrina del título y el modo ...	20
3.2.2.	El sistema alemán: La doctrina del contrato real abstracto.....	21
3.2.3.	El sistema francés de transmisión por el mero consentimiento.....	23
4.	TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	24
4.1.	TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN EL CÓDIGO CIVIL.....	28
4.1.1.	Reglas generales.....	28
4.1.2.	La entrega de la cosa.....	31
4.1.3.	Transmisión sin previa posesión por parte del transmitente	33
4.1.4.	El problema de la enajenación sucesiva de la misma cosa a distintas personas	34
4.1.5.	La importancia de la tradición.....	36

4.2. LA TRANSMISIÓN A NON DOMINO	37
4.2.1. La regla de la no reivindicabilidad de los muebles	38
4.2.2. Transmisión de inmuebles y Registro de la Propiedad	40
5. CONCLUSIONES	45
6. FUENTES	47
7. BIBLIOGRAFÍA	49

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en mostrar la figura de la transmisión de la propiedad en el Derecho romano y su evolución a lo largo de la historia hasta llegar a la actual regulación del Código Civil español.

Para ello, en primer lugar, analizaré los tres modos que se utilizaron en el Derecho romano para transmitir la propiedad que son: la mancipatio, in iure cessio y la traditio; apoyando esta explicación con los textos de las leyes antiguas más importantes.

Tras este planteamiento inicial, considero conveniente mostrar la evolución que ha tenido esta figura desde el derecho histórico intermedio hasta la codificación.

Finalmente, se presenta el sistema de transmisión de la propiedad que acoge el derecho español.

La problemática teórica general de esta materia se concreta en tres puntos:

- El problema de la forma, es decir si se requiere un acto formal, y en este sentido es importante la distinción entre los distintos tipos de bienes (porque en los bienes muebles no tiene sentido la exigencia de un requisito formal, pero en los inmuebles si se plantea este problema porque son bienes más importantes).
- El segundo problema plantea si la transmisión se puede hacer por el simple acuerdo de las partes o es necesaria una forma o la entrega de la cosa. Si vale con el contrato para transmitir la propiedad o si es necesaria una forma o la entrega de la cosa.
- Finalmente, el problema de la justificación del negocio, problema de la iusta causa. La justificación es en virtud de la justicia conmutativa o bien se justifica por la voluntad de donar, la liberalidad.

Por último, es importante mencionar que la dificultad y amplitud de este tema genera la necesidad de enfocarme en los aspectos fundamentales, apartándome de las diferencias doctrinales y de un amplio estudio de las fuentes.

2. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ROMANO

2.1. DERECHO ARCAICO Y CLÁSICO

Una de las cuestiones comunes de la transferencia de la propiedad es que el comprador obtiene el derecho de propiedad sobre la cosa sólo si éste pertenecía al vendedor¹. Así se recoge en las leyes antiguas:

Ulp. D. 50. 17. 54: Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga².

Por lo tanto, resulta ajeno al Derecho romano la adquisición de la propiedad por quien no tiene título; pero, por necesidades del tráfico jurídico se permitió que el tercer adquirente de buena fe adquiriese por usucapión en un plazo de tiempo relativamente breve.

En la época del Derecho romano antiguo y clásico destaca la existencia de tres instituciones utilizadas para transmitir la propiedad: dos de ellas son formales, mancipatio e in iure cessio, y la tercera, la traditio, es informal³.

1. Mancipatio

Se trata de un negocio formal, consistente inicialmente en una compraventa en la que se pesaba el metal del precio. Consideraré su empleo únicamente en relación con la enajenación de res Mancipi: fundos (y algunas servidumbres), animales de labranza y esclavos.

El negocio, según Gayo, se desarrollaba de la siguiente forma:

“Gai. 1. 119: en presencia de cinco o más testigos, ciudadanos romanos púberos, y además de otro de la misma condición que sostiene la balanza de cobre y se llama portador de la balanza, el que compra, sujetando la cosa dice así: yo afirmo que este esclavo me pertenece por derecho de los quirites

¹ KASER. M. “Derecho privado romano”, cit., pág. 265.

² Ulp. D. 50. 17. 54. *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.*

³ KASER. M. “Compraventa y transmisión...”, cit., pág.10.

y que lo compro con este cobre y con esta balanza de cobre; después golpea la balanza con el cobre y da ese cobre como precio al comprador⁴”.

Para producirse el negocio, vendedor y comprador debían estar al menos en presencia de cinco testigos y el libripens (portador de la balanza); el comprador debía sujetar el objeto en su mano y expresar de manera formal que el objeto ahora le pertenece y que ha sido comprado por el precio que pesa y paga en ese momento.

En la época de Gayo, el precio es simbólico a través de una moneda de cobre, en cambio, en la época primitiva romana el pago era efectivo, lo cual se deduce porque además de realizar el ritual expresado anteriormente, las barras de metal, todavía no acuñado, se pesaban en la balanza. De forma que, en la época primitiva, la *mancipatio* consistía en una compraventa al contado que comprendía el acuerdo del intercambio que se quería realizar, junto con la inmediata entrega de la cosa y del precio. Se forma un negocio único por la unión de la causa de la compraventa con la transmisión de la cosa.

En la época de las Doce tablas ya no se produce el pago de un precio efectivo, sino que basta con el pago simbólico que se realizaba golpeando la balanza con una pequeña pieza de cobre que luego se entregaba al enajenante. Así pues, se separa la *mancipatio* de la finalidad de compraventa al contado, porque ahora puede utilizarse para otros propósitos como la realización de una donación o el pago de una deuda. Esta *mancipatio* en la que el pago del precio es simbólico se conoce como *mancipatio nummo uno* y opera únicamente como un negocio de transmisión.

Pero, a pesar de esta evolución, se siguió observando la *mancipatio* como un negocio de compraventa formal puesto que el precio se encontraba contenido en el símbolo. Por lo tanto, el efecto de la *mancipatio* clásica se encuentra desligado de la relación causal que justifica el efecto de transmisión, el cual se abstrae o

⁴ Gai.1.119: “adhibitis non minus quam quinque testibus ciuibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellaturlibripens, is, qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem exiure quiritorium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco”.

independiza de dicha relación: por eso se afirma que la *mancipatio* es un acto abstracto.

No obstante, se discute si la *mancipatio* como acto abstracto se impone necesariamente o si son las partes quienes podían hacer depender el tránsito de la propiedad de la causa. En los textos antiguos que tratan este negocio, aparecen nombradas las siguientes expresiones: *donationis causa o fiduciae causa*; pero no se puede conocer si esta cláusula era relevante o no para la validez de la causa. Lo que sí podemos afirmar es que sin estas palabras la ausencia de una causa real no era relevante para la existencia de la *mancipatio*.

2. In iure cessio

En el antiguo derecho romano la *in iure cessio* era el segundo negocio formal de transmisión de la propiedad.

A través de ella se puede transferir cualquier tipo de cosas debido a que no es exclusiva de las *res Mancipi* (en contraposición con la *mancipatio*). Se realizaba mediante un proceso de allanamiento ante el pretor. Consistía en una especie de litigio imaginario en la que intervenían tres sujetos: el adquirente, que ocupaba la posición de demandante y sujetando la cosa que quería adquirir declaraba que era de su propiedad; por otro lado, el enajenante desempeñaba la posición de demandado y no se oponía a la propiedad del adquirente. Ante esta situación el pretor confirmaba que la propiedad de la cosa pertenecía a quien la reivindicaba como suya (el comprador o demandante).

Al igual que la *mancipatio*, la *in iure cessio* es considerada como un acto abstracto debido a que sus efectos se producen al margen de la validez de la causa; al confirmar el pretor la propiedad del adquirente, esta ya no podía ser cuestionada por un defecto causal.

Durante la época clásica este negocio apenas es utilizado para la transmisión de las cosas. Sí se utilizaba para la constitución de servidumbres y usufructo. La *in iure cessio* cayó en desuso al finalizar este periodo.

3. Traditio

Se trata de un negocio no formal de transferencia del dominio. Era el más utilizado en la vida cotidiana, a través del cual se transferían aquellas cosas que no estuvieran sometidas a las reglas de la *mancipatio* e *in iure cessio*.

Finalizada la República se amplió su uso permitiéndose adquirir el dominio pretorio de las *res mancipi*.

El término *traditio* hace referencia a entrega corporal, es decir, transmitir la posesión. El objetivo de la entrega puede servir a distintas finalidades (depósito, arrendamiento, etc.) y que con ella no se procure necesariamente una transmisión. Para adquirir la propiedad a través de la *traditio* se necesita lo que los romanos denominan *iusta causa*, es decir, una situación que justifique el traspaso del dominio entre las partes. Esta *iusta causa* se encuentra en el título, que además refleja la voluntad de las partes para transmitir la propiedad.

El título puede adquirir diversas formas como una compraventa, donación, etc.

A propósito de la *iusta causa traditionis* han surgido problemas en relación con la extensión que se dio a este requisito por los romanos, por lo que resulta interesante mostrar las teorías que se han considerado más acertadas:

- Durante la época primitiva, por lo general, la tradición sin *iusta causa* no producía la transmisión de la propiedad al comprador. Así lo reflejan las fuentes clásicas.
- Otra regulación se aplica para el caso en que la *traditio* se ejecute en cumplimiento de una obligación como la constituida por estipulación o legado, es decir, en virtud de lo que los romanos llamaban *traditio ex causa solvendi*. En estas situaciones la propiedad se transmitía con la *traditio* con independencia de que existiera una obligación válida. Esto puede parecer extraño, pero queda reforzado al comprobar que en los textos antiguos ninguno menciona la posibilidad de reivindicar una cosa entregada en cumplimiento de una obligación de estipulación o legado inexistente. Las

fuentes sólo mencionan la posibilidad de ejercitar la *condictio* que permite reclamar la devolución de lo pagado indebidamente, y donde se presupone que la propiedad ha pasado.

Para dar solución a este caso poco frecuente se acude a la *solutio*, la cual en la época arcaica consistía en un negocio especial por el que se extinguía la responsabilidad. El negocio de la *solutio* era independiente de que existiera o no una responsabilidad. Consistía en un acto de transacción que era eficaz hasta en el caso de que se pretendiera extinguir una obligación que no existía y, sólo era responsable aquel que aceptaba el dinero sabiendo que esa obligación era inexistente, por *furtum*.

- En conclusión, en el tercero de los negocios traslativos del Derecho romano primitivo y clásico, como es la *traditio*, el requisito de la *iusta causa* se debilitó en determinados casos, aunque se mantuviera su exigencia hasta el final del periodo clásico.

2.2. DERECHO POSTCLÁSICO Y JUSTINIANO

Cuando se produjo el paso a la etapa postclásica hubo grandes cambios⁵. Se puso fin a la jurisprudencia clásica, y en el Imperio Romano de Occidente rige el Derecho vulgar.

El Derecho vulgar sigue siendo Derecho romano pero influenciado por las tendencias del vulgarismo, es de un nivel inferior porque desaparece la cultura jurídica romana. Se perdió a los grandes juristas y maestros, quedando sólo algunos profesores de Derecho cuya capacidad y conocimiento eran inferiores, esto produjo que el Derecho romano fuera de menor calidad y sus esquemas conceptuales simplificados y confundidos, en comparación con épocas pasadas.

En esta etapa, se vuelve nuevamente habitual la compraventa al contado. Desaparecen la *mancipatio* y la *in iure cessio*, mientras que la *traditio* queda en un segundo plano. La figura más importante es la compraventa, que transmite la propiedad al instante. Aunque otras figuras como la dote o la donación también sirven para transmitir la propiedad si la

⁵ KASER. M. “*Compraventa y transmisión...*”, cit., pág. 22.

cosa se entrega de forma inmediata. De esta manera, se acabó con la distinción hecha por los romanos entre negocio causal y entrega, mezclándose el negocio obligatorio y el real.

Además, Constantino introdujo formalidades especiales para la compraventa de inmuebles y las donaciones:

- La donación requería la entrega de la cosa en presencia de vecinos que ejercían como testigos y, que el acto quedara documentado y registrado por la autoridad (*insinuatio*).
- La compraventa de inmuebles exigía la misma actuación de los vecinos y que se protocolizara el acto.

En la transmisión de la propiedad por compraventa, la exigencia del pago del precio va adquiriendo cada vez más peso, esto produce que la *traditio* quede relegada en un segundo plano. Así, cuando el precio lo paga un tercero distinto de aquel que aparece como comprador en el documento, adquiere la propiedad aquel al que se entregue la cosa.

A pesar de la caída del Imperio Romano de Occidente, en el siglo V, el derecho vulgar siguió aplicándose en los reinos vigentes en el territorio, como visigodos o vándalos.

Los cauces seguidos en el Imperio Romano de Oriente fueron completamente distintos, porque el emperador Justiniano quiso volver al Derecho clásico. Distinguió, al igual que se hacía en la etapa clásica, el negocio causal (compraventa, dote, etc.) de la transmisión de la propiedad; de manera que el adquirente no se convierte en propietario por la compraventa, sino a través de la transmisión que de nuevo era un negocio autónomo.

Para transmitir la propiedad, Justiniano se apoya únicamente en el negocio de la *traditio* pero, siguiendo la tendencia de la escuela oriental, destaca la idea del *animus transferendi dominii*, la voluntad del transmitente y del adquirente de transmitir y adquirir, respectivamente, la propiedad, de manera que la *iusta causa*, que se da por supuesta, no aparece en un primer plano como un requisito de validez de la transmisión (Inst. 2, 1, 40).

El Corpus iuris civilis puede parecer contradictorio al respecto. Junto con los textos que mencionan el animus transferendi dominii, Justiniano añadió algunas manifestaciones que reflejan la percepción que se tenía de la traditio en la etapa clásica, y que mantienen el principio de la iusta causa traditionis.

Además, existían textos clásicos que inicialmente hablaban de la mancipatio, considerándola como un negocio abstracto. Pero los compiladores, cuando eliminaron la mancipatio cambiaron esta palabra por traditio, y no modificaron el resto del texto. Este es el motivo de que el Corpus iuris civilis no siga una línea clara en relación con la causa traditionis. Hay contradicciones, de manera que en algunos textos la traditio aparece como abstracta y en otros es causal.

Este es el legado que los romanos dejaron en relación con esta cuestión.

3. DERECHO INTERMEDIO

3.1. DERECHO COMÚN EUROPEO

En este apartado sigo las ideas de COING. H. “*Derecho privado europeo, Tomo I*”. Pág. 379 – 391.

Entre las fuentes antiguas encontramos importantes textos que abordan la cuestión de la transmisión de la propiedad, como:

D.41.1.31: la nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta, o alguna justa causa por la cual siguiese la entrega⁶.

Inst. 2.1.40: según el derecho natural, adquirimos también el dominio de las cosas por medio de la tradición; porque nada es tan conforme a la equidad natural como que sea valedera la voluntad del propietario que quiere transferir a otro una cosa suya. Por esto, la cosa corporal, de cualquier género que sea, puede ser entregada, y hecha la entrega por el dueño, queda enajenada. Así también se enajenan las

⁶ D. 41.1.31: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

*heredades estipendiarias y tributarias. Llámese estipendiarias y tributarias las heredades que están en las provincias, entre las cuales y las itálicas no hay ninguna diferencia, según una constitución nuestra*⁷.

A partir de estos preceptos se deducen los dos elementos principales de la regulación del Derecho Común: para transmitir válidamente la propiedad es necesaria la traditio (entrega de la cosa), junto con la voluntad recíproca de los intervinientes en el negocio de recibir y entregar la propiedad y, la justa causa en el negocio jurídico elegido para la transmisión de la propiedad, como puede ser una donación o compraventa.

De forma que, se puede afirmar que el derecho común europea se apoyó en el principio de la tradición en lugar de en el principio contractual hasta la Codificación; asimismo interpreta la transmisión de la propiedad como un negocio causal vinculado a un acto jurídico en lugar de considerarla como un negocio real abstracto. Estas ideas permanecieron Alemania en la doctrina del *Usus modernus Pandectarum*.

El jurista Grocio elaboró para el Derecho Natural la teoría que afirmaba que el único requisito para transmitir la propiedad era una declaración de voluntad de las partes, pero esta teoría no tuvo reconocimiento en el Derecho Común que refutaba esta posición basándose textos como C.2.3.20 que consideraban indiscutible.

*C.2.3.20: El dominio de las cosas se transfiere por la tradición y la usucapición, y no por nudos pactos*⁸.

Es interesante destacar que varios juristas del *Usus modernus*, siguiendo la línea de Inst. 2. 1. 40-41, recalcan la necesidad de la voluntad del vendedor de transmitir la propiedad y la voluntad del comprador de adquirirla y en la entrega de la posesión ven principalmente esa voluntad de transmitir.

⁷ *Inst. 2. 1.40: Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. Et ideo cuiuscumque generis sit corporalis res, tradi potest et a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia, quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.*

⁸ C. 2. 3. 20: "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur".

3.1.1 Causa

La causa (o título), necesaria para la transmisión de la propiedad es aquel negocio jurídico que conduce a la transmisión, como pueden ser la compraventa, donación o legado.

Uno de los requisitos del título es que este no puede contradecir a la ley, porque si un contrato de compraventa no se ajusta a las leyes será nulo y, en este caso, no se cumpliría la exigencia de la iusta causa.

Se cuestiona entonces, si es suficiente un título putativo (o causa errónea); en este punto no hay acuerdo entre la opinión del Derecho Común y lo que determina el Digesto (D.12.1.18 y D.41.1.36). Resultaría demasiado extenso desarrollar ambas corrientes, por lo que únicamente mencionaré la solución expuesta en Vinnius y Struve-Müller, la cual indica que es suficiente una causa errónea cuando las dos partes dan por hecho que se produce una causa que es adecuada para producir una transmisión de la propiedad (como por ejemplo que del lado del transmitente se piense en una donación y por el lado del adquirente se crea recibir un préstamo de dinero).

Por el contrario, no basta una causa errónea cuando una de las partes está conforme con una causa de este tipo, y la otra se posiciona a favor de una causa que no puede producir la transmisión de la propiedad (como un depósito). No se impuso el pensamiento de Donellus que entiende la causa sólo como motivo de la transmisión, de manera que debía ser entendida como un indicador de la existencia de la voluntad de transmisión.

Por otro lado, que se incluyera entre las fuentes la regulación de la *condictio indebiti* condujo a los autores del Ius Comune a suponer que la transmisión de la propiedad también podía producirse a través de una causa errónea o título putativo.

3.1.2. Traditio

La traditio se ejecuta en los diferentes modos de transmisión de la posesión, los cuales aparecen descritos en el *Corpus Iuris*.

- La doctrina se ha esforzado en sistematizar los diferentes modos de transmisión, y es importante destacar que las diferentes categorías son bastante diversas.

Hay que hacer referencia a la distinción en “*modi veri*” y “*modi ficti*”. *Modi veri* se refiere a la entrega real de cosas muebles y la inductio en los inmuebles. Los *modi ficti* consisten en la traditio brevi y longa manu y el constituto posesorio, que en el Corpus Iuris se iguala con la verdadera entrega.

Se considera simbólica la traditio de cosas almacenadas si se realiza a través de entregar las llaves.

- El constitutum possessorium o entrega ficticia de la cosa puede hacerse indicando o no el título de posesión con el que se queda el transmitente. Cuando se hace es para dejar constancia de que el transmitente se queda con la cosa a título de precario o de usufructuario.

La opinión de la doctrina mayoritaria es que para transmitir la propiedad es suficiente el “constituto posesorio abstracto”, siempre que exista una causa adecuada para transmitir la propiedad, como puede ser un contrato de compraventa. En la práctica es habitual la ejecución de la traditio a través del constituto posesorio.

En el derecho francés la transmisión de la propiedad de las cosas muebles se produce con el contrato de compra, aunque únicamente inter partes; en el caso de que intervenga un tercero, la transmisión de la propiedad sólo se produce a través de la traditio. Esta es la razón que justifica que un tercero pueda pignorar la cosa que se ha vendido, pero no se ha entregado, ya que para el tercero pignorante es como si la propiedad no se hubiera transmitido al comprador.

El derecho escocés sigue una dirección opuesta porque para que se produzca la transmisión requiere la entrega real, es decir, rechaza la teoría de la entrega ficticia, concretamente el constituto posesorio.

- La traditio transmite la propiedad sólo si el vendedor tiene intención de transmitir y correlativamente el comprador quiere adquirir la propiedad. A esto le han dado gran importancia varios autores y aparece en textos como Inst. 2. 1. 40.

- En relación con la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, eran muchos los ordenamientos locales y territoriales que recogían modos especiales para realizarla, por ejemplo, inscribirla en registros públicos o hacer una declaración ante las autoridades. Como el caso del derecho de Lübeck.

Estas formas especiales se mantuvieron en el tiempo conforme a los principios del Derecho Común. Varios juristas las equiparan con la *mancipatio* del Derecho Romano antiguo y las consideran como una forma especial de *traditio*. Pero el efecto que producen se basa en la publicidad y en la confianza que producen. El tercer adquirente adquiere un título inatacable al cabo de un año, que se entiende como un plazo especial de prescripción.

- Es frecuente encontrarse con derechos locales en los que permaneció la regla medieval que permitía sustituir la *traditio* de la cosa comprada por la entrega del documento (*charta*) en una compraventa documentada.

3.1.3. Adquisición de no titulares

Se sigue la regla recogida en D.50.17.54: “*Nadie puede transferir a otro más derecho que el que él mismo tenga*”. Por lo tanto, la *traditio* puede realizarla el propietario o un tercero que tenga su autorización. Se exige que el propietario tenga la libre disposición de la cosa, tener “*liberam administrationem suorum bonorum*”.⁹

Por eso, adquirir de quien no es propietario sólo se puede producir a través de una usucapción si se cumplen los requisitos en ese caso concreto; posteriormente se adquiere la protección a través de la acción publiciana.

No hay duda de que, en diferentes estatutos de Francia o el Norte de Alemania, siguiendo lo establecido por el derecho medieval, en numerosos casos considerados excepcionales, recogen una excepción de la *rei vindicatio* en muebles para aquel que haya adquirido de un no propietario. De forma que se sigue el principio: “*mobilia non habent sequelam*”.

⁹ COING. H., “Derecho privado europeo. Tomo 1”, cit., pág. 388.

La concepción que se tiene de estas regulaciones es que son limitaciones de la rei vindicatio; la teoría de que debe estar presente la buena fe para adquirir la propiedad se cree que se empezó a aplicar en el siglo XVIII.

3.1.4. Reglas especiales

En relación con el contrato de compraventa, las fuentes antiguas en D.18.1.19 y otros textos como Inst.2.1.41, recogieron una excepción al principio de que la propiedad cambia con la traditio iusta causa.

D. 18. 1. 19: *“Lo que vendi, no se hace del que lo recibe, de otra suerte, que si o se nos hubiera pagado el precio, o se nos hubiera dado fianza por tal motivo, o también si le hubiéremos fiado al comprador sin caución alguna”*¹⁰

Inst. 2. 1. 41: *“Si la entrega se hace por donación, dote o por otra justa causa, no hay duda de que se transmite la propiedad. Ahora bien, las cosas que se vendieron y entregaron, únicamente se hacen propiedad del comprador cuando éste abonó su importe al vendedor o de cualquier otro modo le satisfizo, dándole, por ejemplo, una cosa en prenda o presentando a alguien que respondiese por él. Ya se dice esto en las XII Tablas; sin embargo, con razón se afirma que es una norma propia del Derecho de gentes, esto es, del Derecho natural. Mas hay que advertir que si el vendedor se fía del comprador éste adquiere, sin más, la propiedad de la cosa que entregó”*¹¹

Esta excepción indica que, aunque se haya producido la traditio, la propiedad solo se transfiere mediante el pago del precio, a no ser que *“satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori”* [se haya asegurado el pago del precio o hayamos confiado en el comprador].

¹⁰ D. 18. 1. 19: “Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione”

¹¹ Inst. 2. 1. 41: “Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato, quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed si is qui vendidit fidem emptoris secutas fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri”.

Esta regla ha sido explicada desde diferentes perspectivas por varios juristas del Derecho Común.

1. Primeramente, según la voluntad de las partes: hay que hacerla depender de una condición correspondiente tácita; hasta que no se paga el precio no hay voluntad de transmitir en el enajenante. También se ha explicado desde el punto de vista de la seguridad del comercio.
2. Esta regla es entendida como una excepción al principio y se interpreta de una forma restrictiva; son sus excepciones las que se conciben de una forma más amplia. Se puede aplicar en los casos que se pacta una compra al contado y el enajenante entrega la cosa, pero todavía no se le ha pagado el precio. Por el contrario, no es aplicable la regla en los casos que en los que se vende a crédito o se pacta un plazo para el pago. En lo demás, la cuestión de cuando se da este supuesto de hecho es considerada como *res facti* (cuestión de hecho).

La segunda excepción legal (*satisfacere*) se produce al establecer prenda o fianza por el precio.

3. En los supuestos en que no se puede aplicar lo establecido en Inst.2.1.41, es decir, cuando no es posible acordar una fecha para el pago, el enajenante ve ampliada su protección por el Derecho Común, esto se aplica hasta en el caso en que el adquirente entra en concurso de acreedores antes del pago.

Se considera entonces, que el adquirente que en el momento de la venta no pagó el precio pensando en no hacerlo nunca, había conseguido mediante dolo perfeccionar la compra con pago aplazado. Se identifica esta figura con un *dolus contractui causam dans*, que de acuerdo con los principios generales conlleva que el contrato sea nulo e igualmente lo sea la transmisión de la propiedad.

Por lo tanto, al enajenante le corresponde aún la *rei vindicatio*. En el caso de que la cosa aún esté en propiedad del comprador, podrá recuperarla en el concurso.

Y, en caso de que la propiedad haya pasado a un tercero, también podrá vindicarla. También el enajenante podía asegurarse a través de la reserva de dominio. En el resto de las situaciones su riesgo era menor porque ante una justa causa, era posible exigir la constitución de fiador en cualquier momento.

Varias regulaciones estatutarias daba al vendedor impagado de cosas muebles una protección especial. Estas regulaciones provenían a veces de la Alta Edad Media, como el estatuto pisano de 1161, que protegía al vendedor que no recibía el pago mediante un privilegio de ejecución preferente sobre la cosa si se producía el concurso del adquirente, o concedía la posibilidad de reintegro si se producía un impago.

3.2. LA ÉPOCA DE LA CODIFICACIÓN

En este apartado sigo las nociones de COING. H. “*Derecho privado europeo, Tomo II, El siglo XIX*”. Pág. 389 – 395.

Durante el siglo XIX, se produjeron importantes cambios en la regulación de la adquisición derivativa de la propiedad. Estos cambios, se justifican en parte por la reforma del derecho inmobiliario. Otros motivos que los justifican fueron las nuevas interpretaciones que se dieron a las fuentes existentes o las decisiones jurídico-políticas.

3.2.1. Derecho común: el abandono de la doctrina del título y el modo

En el Derecho Romano clásico, para transmitir la propiedad era necesaria la entrega de la cosa (traditio) y que se basara en una iusta causa, como podía ser una compraventa o cualquier contrato dirigido a la enajenación. El Derecho Común antiguo, apoyándose en esta base, creó la doctrina del título y el modo como herramienta para cualquier adquisición de derechos. Fue la doctrina dominante a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, y no sólo en Alemania. Códigos como el ALR o el ABGB la aceptaron.¹²

Alrededor del año 1800, esta doctrina sufrió varias críticas; Gustav Hugo indicó que para transmitir la propiedad en el Derecho Romano se requería la traditio ex iusta causa, pero en algunos casos, como el de la occupatio, generalizar esta regla iba en contra de las fuentes.

Thibaut sostenía que la doctrina era un filosofema tomado de la filosofía de Wolff, pero sin fundamento en las fuentes. Esta crítica se impuso velozmente. Hasta Savigny la aceptó de forma rápida.

¹² Cfr. ABGB §380; ALR, I, 9, §§ 1, 2.

Ciertamente sólo influía en la doctrina del título y el modo; la naturaleza causal de la transmisión que desde la Edad Media había sido reconocida en el Derecho Común, fue mantenida por los críticos.

3.2.2. El sistema alemán: La doctrina del contrato real abstracto

La Pandectística alemana también abandonó la teoría del título y el modo sustituyéndola por la doctrina del contrato real abstracto. Esta nueva doctrina fue elaborada por Savigny, que para realizarla se apoyó en una nueva interpretación de las fuentes romanas, junto con una novedosa teoría general de los contratos.

En relación con las fuentes, a diferencia de la doctrina dominante que se basaba en D.41.1.31 e Inst.2.1.41, Savigny se apoyó en Inst.2.1.40 y C.4.50.6 y en el hecho de que la transmisión gratuita en el derecho clásico no se basaba en ningún contrato obligatorio.

Savigny llegó a la construcción doctrinal de esta figura a partir de una interpretación equivocada de las fuentes romanas, que le llevó a concluir que la *iusta causa traditionis* no se trata del negocio jurídico precedente, sino que es el *animus acquirendi et transferendi dominii* (intención recíproca de las partes de adquirir y transmitir el dominio).¹³

El autor alemán observa que, al poner una moneda en la mano de un mendigo, hay transmisión de la propiedad sin que sea necesaria una obligación anterior, y que sucede igual cuando una persona pide prestada una cantidad y en el acto recibe la cantidad pedida. Esto significa que, en aquellos contratos perfeccionados con la entrega de una cosa no hay una obligación precedente. Por otra parte, ese concepto de la justa causa no explica el régimen de las *condictiones*, debido a que aunque falta la obligación o es inexistente, la transmisión del dominio se produce igualmente, y como el ordenamiento no permite el enriquecimiento injusto, concede a favor del que entregó una *condictio sine causa* o por el enriquecimiento injusto. El concepto de la justa causa para Savigny se basa en el deseo o intención de transmitir y adquirir la propiedad, y el negocio

¹³ PÉREZ ÁLVAREZ. M.P., “La compraventa y la transmisión de la propiedad...”, cit., pág. 226.

obligatorio sólo se ocupa de revelar esa intención, por ese motivo puede faltar, no es imprescindible.

Esta doctrina de Savigny no produjo una ruptura con el derecho anterior debido a que la idea del traspaso de la propiedad por la entrega basada en la voluntad recíproca de las partes ya había sido formulada por otros intérpretes de los textos de Justiniano. Entonces, si se paga una obligación por error, la propiedad pasa con independencia de que haya invalidez de la causa, y al que ha pagado por error sólo se le otorga la *condictio indebiti*. Sobre esta base, los juristas justinianos habrían reconducido el efecto real al solo *animus transferendi dominii*, aunque para hablar del contrato real abstracto se exigía la voluntad o acuerdo bilateral y que la tradición, el negocio real, estuviera completamente separado de la causa.

El origen de la teoría del contrato real abstracto lo encontramos ya en Baldo en el s. XVII, y en Donello en el s. XIX.

El prestigio de Savigny y el hecho de que formulara su teoría en el momento en que se estaba creando la doctrina en la que se basó la elaboración del Código civil alemán, produjo que la Comisión la incluyera en el BGB. De forma que el Código alemán para transmitir la propiedad de los bienes muebles e inmuebles se apoya en el acuerdo abstracto de transmisión, junto con la tradición (para los muebles. § 929) y con la inscripción en el Registro (para los inmuebles. § 873). En los dos casos la transmisión se produce a través del contrato real y abstracto.

§ 929 BGB: “*La transmisión de la propiedad de una cosa mueble requiere que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos se pongan de acuerdo para que se transfiera la propiedad. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre la transmisión de la propiedad*”.¹⁴

§ 873 BGB: “*1. Para transferir la propiedad de bienes inmuebles, gravar bienes inmuebles con un derecho y transferir o gravar dicho derecho, el beneficiario y la otra parte deben estar de acuerdo sobre la ocurrencia del cambio legal y la*

¹⁴ § 929 BGB: “*Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums*”.

entrada del cambio legal en el registro de la propiedad, a menos que la ley prescriba otra cosa.

*2. Antes de la entrada, las partes involucradas solo están obligadas por el acuerdo si las declaraciones han sido notariadas o presentadas o presentadas en la oficina del registro de la propiedad o si el beneficiario ha otorgado a la otra parte un permiso de entrada de acuerdo con las disposiciones del Código del Registro de la Propiedad”.*¹⁵

Además del BGB, este sistema también ha sido acogido por el Código civil griego, pero únicamente aplicado a la transmisión de bienes inmuebles.

3.2.3. El sistema francés de transmisión por el mero consentimiento

El Código civil francés, también conocido como Código Napoleónico contiene un sistema de transmisión de la propiedad que inicialmente se interpreta como contrapuesto al sistema del título y el modo; aunque realmente representa la evolución de la tradición romana.

La doctrina francesa, a diferencia de la alemana, rechazó aceptar la teoría del título y el modo. Las razones de este rechazo son dos:

- En primer lugar, por la influencia del Derecho romano Vulgar que se mantiene en los Reinos visigodos y vándalos (entre otros) a pesar de la caída del Imperio Romano de Occidente en el año 476 d.C. Esta situación influyó en la evolución medieval de Francia. Por eso el Derecho antiguo francés sustituye la entrega efectiva de la cosa por actos formales de distinta configuración, bastando con la entrega de los documentos, *traditio ficta*, tal y como sucedía en el Derecho romano tardío.¹⁶

¹⁵ § 873 BGB: “1. Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

2. Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem anderen Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat”.

¹⁶ KASER. M., “Compraventa y transmisión...” cit., pág. 31

- Por otra parte, el Derecho consuetudinario francés tomó una vía más sencilla para introducir una cláusula de *constituto possessorio* como cláusula de estilo en los documentos notariales. Es a través de esa cláusula, llamada *dessaisine-saissine*, que el enajenante declara despojarse de la posesión de la cosa y volver a tomarla en nombre de otro.¹⁷

El Derecho francés del *Code civil* introdujo el principio contractual (art. 711)

Art. 711 Cc francés: “*La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación inter vivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones*”.¹⁸

El art. 1138 y ss. determinan que el contrato obligatorio cuyo objeto es la entrega de una cosa, transmite ya la propiedad al receptor, sin necesidad de entrega: “*La propriété se transfère par simple consentement*”. En los casos de la compraventa y la donación se expresa especialmente esta eficacia real del contrato obligatorio.

El principio contractual también se aplica a los casos de transmisión de bienes inmuebles.

Este sistema lo sigue el Código civil italiano de 1942, (arts. 710, 1125, 1448, 1062). Por el contrario, el Código civil holandés de 1838 y el derecho español mantienen el requisito de la *traditio*.¹⁹

4. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL²⁰

A modo introductorio es relevante destacar que en el Derecho histórico de Castilla era la entrega de la cosa lo que producía la transmisión de la propiedad, en español la entrega corresponde con el término tradición, en latín *traditio*.

¹⁷ PÉREZ ÁLVAREZ. M.P., “*La compraventa y la transmisión de la propiedad...*”, cit., pág. 225.

¹⁸ Art. 711 Cc francés: “*La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations*”.

¹⁹ COING. H., “Derecho privado europeo. Tomo 2”, cit., pág. 494.

²⁰ En este apartado, sigo en general lo expuesto por DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. “*La transmisión de la propiedad...*”

En la Ley de las Siete Partidas, la entrega o traditio se produce “*quando apoderan unos omes a otros en sus cosas por alguna derecha razón*” (III, 28, 46). Esta ley estaba influenciada por los Glosadores y, seguía lo establecido por las normas romanas en relación con la transmisión de la propiedad²¹. Uno de los autores jurídicos españoles más relevantes de la Edad Moderna, Antonio Gómez, escribió en el siglo XVI que la adquisición derivativa de la propiedad se produce por contrato oneroso o lucrativo seguido de la entrega (sea real o ficticia). Esta doctrina se mantuvo sin modificaciones hasta el siglo XIX.

Desde el siglo XVIII hasta la primera mitad del XIX en la literatura se observa el punto de vista tradicional. En las universidades predominaba la enseñanza de las obras de Vinnius y Heinecius, que reflejan la tradición jurídica basada en el ius comune. La tradición podía diferenciarse según fuera real o ficticia, dentro de la ficticia se distinguen varios tipos: simbólica, longa manu, brevi manu y constitutum possessorium. Estos términos se han tomado de las Partidas, que era donde se encontraban los antiguos ejemplos del derecho romano.

La ruptura con esta doctrina se produjo en 1851 a partir del Proyecto de Código Civil de García Goyena. En el artículo 981 párrafos primero y segundo se afirmaba que no es necesaria la entrega de la cosa para que se produzca la transmisión de la propiedad, y que la propiedad pasa al acreedor que es quien que debe soportar el riesgo de destrucción de la cosa desde que el deudor está obligado a su entrega. García Goyena indica que desde el momento en que se concluye el contrato el acreedor no sólo tiene un *ius ad rem* sino además un *ius in re*.

Para justificar este cambio se apoyó en los códigos anteriores que se basaban en el principio consensualista y principalmente en el Código Civil francés que en su art. 1138 indica:

Art. 1138: “la obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes.

Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada, aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a

²¹ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. “La transmisión de la propiedad...”, cit., pág. 333.

*menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último*²²”.

El primer párrafo de este artículo indica que sólo con el consentimiento de las partes la obligación de entregar la cosa es perfecta. En el segundo párrafo se atribuye al acreedor la figura de propietario junto con el riesgo de destrucción de la cosa desde que esta debía entregarse.

El último argumento a favor se trata de un pasaje de las Instituciones de Justiniano²³: “*Nihil tam conveniens est aequitati natural quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi*²⁴” (Inst. 2, 1,40).

Finalmente, el Proyecto de Código civil de 1851, sobre el que estamos tratando, no fue aprobado debido a la oposición de los defensores de los derechos forales; esto produjo que la codificación del derecho civil no se produjera hasta varias décadas después. Entre tanto, la doctrina fue haciéndose concedora de las virtudes de la propia tradición.

Algunos Códigos Civiles como el chileno (1855) o el de Argentina (1871) implantaron el sistema tradicional del título y el modo. Al no haberse inspirado en el Código francés, estos Códigos tenían un prestigio especial; se basaban en la tradición española y fueron realizados por Andrés Bello y Vélez Sarsfield, dos juristas con un amplio conocimiento jurídico.

La aprobación de la Ley Hipotecaria se produjo 1861, con el objetivo de proporcionar seguridad a las garantías hipotecarias a través del Registro de la Propiedad. En esta Ley, concretamente en su exposición de motivos, se habla sobre el problema de la transmisión de la propiedad, acogiendo a la solución tradicional: “Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los

²² Art. 11138 CC francés: “L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle dû être livrée, encore que la tradition n’en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”.

²³ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. “La transmisión de la propiedad...”, cit., pág. 334.

²⁴ Inst. 2, 1,40: “nada es tan conforme a la equidad natural como que sea valedera la voluntad del propietario que quiere transferir a otro una cosa suya”.

demás derechos en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, ó lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto esterno público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble.

Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragon, en el que basta la reduccion de un contrato de enajenacion de inmuebles á escritura pública, para que el dominio ó el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés... No corresponde á la comision apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes.. lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interes de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar á que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento... Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso..."

Para concluir con esta introducción histórica, es importante mencionar que la Ley de Bases de 1888, que recogía los principios fundamentales para la creación por el Gobierno del Código, aborda en la base 20ª los efectos de los contratos: "Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio ó de cualquier otro derecho á él semejante...". De esta forma sanciona la separación del modelo francés y la vuelta a la tradición del derecho común.

4.1. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD SEGÚN LA DOCTRINA DEL TÍTULO Y EL MODO EN EL CÓDIGO CIVIL.

4.1.1. Reglas generales.

El primer asunto que es necesario tratar, debido a la relación que tiene con este tema, es el de la sistemática del Código. Existe diferencia entre la sistemática del Código francés con la que presenta el Código español, a pesar de que en este ámbito el primero sirvió de base para el texto español.

En el texto francés se organiza la materia en tres libros: 1º personas, 2º cosas y propiedad, 3º modos de adquirir. La diferencia se encuentra en que el modelo español se añadió un cuarto libro denominado obligaciones y contratos. El motivo de esta decisión no se trata sólo de obtener un reparto más equilibrado de la materia del derecho civil, ni se debe únicamente a la influencia de la nueva sistemática que diferencia la materia del derecho civil en función de la naturaleza de los derechos subjetivos y que ya ha adoptado el Código argentino. Sino que además ha contribuido el problema que supone colocar en el mismo libro los modos de adquisición y los contratos, desde que se considera a los contratos sólo como título para adquirir.

En el art. 609 Cc., se encuentra la norma principal de nuestro Derecho para adquirir la propiedad y los derechos reales:

“La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”.

Si sólo atendemos a la adquisición por transmisión inter vivos, observamos que el Código establece la donación y la tradición como los modos de adquisición.

El art. 618 Cc. define la donación de la siguiente forma:

“La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”.

Por lo tanto, la donación queda establecida como un acto que produce una disposición directa sobre una cosa (a diferencia de los contratos que únicamente producen obligaciones). Se trata entonces de un acto independiente de los contratos y de la transmisión que generan estos, y se configura como un modo de adquisición independiente.

Para que se produzca la donación de cosas muebles es necesaria la entrega simultánea, en el caso de que se realice de forma verbal. Por el contrario, no se necesita la entrega simultánea de la cosa mueble si se realiza un documento en el que se recoja también la aceptación del donatario (art. 632 Cc.). Si lo que se quiere transmitir es un inmueble, esto sólo puede hacerse a través de escritura pública (art. 633 Cc.).

De forma que, de acuerdo con el derecho español, no es posible que la donación adquiera el carácter de un contrato gratuito que haga deudor al donante porque eso no se ajusta a su carácter de acto de disposición, ni se exige entrega, lo cual genera que se excluya de la doctrina del título y el modo. El legislador busca establecer la donación como una transmisión efectiva y directa de bienes y así impedir que se vea envuelta en la problemática que generalmente acompaña a los actos de liberalidad de efectos obligacionales. Se sigue la regla del derecho histórico francés: “*donner et retenir ne vaut*”.²⁵

Antes de la creación del Código Civil, nuestro derecho permitía acordar una obligación por pura liberalidad, esto es, que se aceptaba la posibilidad de realizar un contrato obligatorio cuya causa fuera una donación. Pero se produce un cambio de tendencia a partir de lo que establece el Código civil francés en el que la donación se percibe como un modo de adquirir especial. Es del derecho francés, incluyendo las innovaciones posteriores al Code, de donde se acepta la inmediatez de la atribución de la ventaja patrimonial y el carácter formal, o alternativamente traditorio en el caso de los muebles, la donación.

Además de la donación, es necesario hacer referencia a la tradición debido a que se configura como el modo normal para transmitir la propiedad *inter vivos*. Se trata del acto de entrega de la cosa como resultado de ciertos contratos. La cosa se adquiere cuando se transfiere la posesión de esta. Lo establecido en el art. 609 Cc, se reafirma en

²⁵ Vid. J.-PH. LEVY - A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris 2002, pp. 1348 s.

el art. 1095: “*El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada*”.

Para la entrega se exige una causa, un negocio que justifique la adquisición de la propiedad. Durante la primera mitad del siglo XX, parte de la doctrina, influenciada por el modelo del BGB, se posicionó a favor de admitir como fundamento de la entrega un contrato abstracto. Para esta tendencia lo importante a la hora de transmitir la propiedad es que concurren la voluntad del transmitente y el adquirente para transmitir (es el *animus transferendi domini*). Fundamentaban su opinión indicando que el derecho concede una gran libertad para configurar el contenido de los contratos, y que, aunque la causa es una figura esencial del contrato, el propio Código configura una presunción de causa (art.1277).

Esta opinión no fue aceptada por la doctrina mayoritaria ni por el Tribunal Supremo. Porque la presunción de causa es *iuris tantum*, es relevante en relación con los efectos obligacionales del contrato, cuando el demandante reclama por un contrato en el que no hay causa; pero no es válida para demostrar un título de adquisición, ni para el Registro de la Propiedad es suficiente un título abstracto (arts. 9 y 18 LH).

En el Derecho español, la regla general es la adquisición *a domino*. La Ley no recoge esta regla de forma general, pero se deduce a partir del carácter excepcional que se atribuye a la adquisición *a non domino*, también se deduce de forma indirecta a partir de la definición de la buena fe del usucapiente, que es la creencia de que quien transmite la cosa era el propietario (art.1950 Cc.).

En el ámbito de la donación también está establecida esta regla de forma indirecta.

Es en el art.1160 donde se recoge de forma expresa la posibilidad de adquirir *a domino*: “*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. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe*”.

Esta norma habla sobre el cumplimiento de obligaciones de dar una cosa, en relación con la transmisión de una cosa. Forma parte del derecho de obligaciones, pero crea una regla para adquirir derechos reales: se exige al deudor el título de la cosa debida para

transmitirla y así cumplir la obligación. Si el objeto del pago se trata de dinero o cosas fungibles, estas pierden su identidad al usarse o gastarse y, por lo tanto, la acción in rem es imposible. En el caso de que el acreedor actúe de buena fe, el riesgo se impone al propietario que perdió las cosas. Se trata de una solución que está en la misma línea que la protección del tercer adquirente de buena fe.

4.1.2. La entrega de la cosa.

En el Código Civil no se regula la forma de hacer la entrega como modo general de transmisión, sino que se aborda este tema a propósito del cumplimiento de la obligación por el vendedor. Esto ha generado dificultades de interpretación debido a que los preceptos, que sistemáticamente están situados dentro del contrato de compraventa, tienen como objetivo asegurar el interés del comprador y no plantear los diferentes tipos de entrega que pueden escoger las partes.

La primera de estas normas es el art. 1462:

"Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador.

Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario".

La regla general aparece en el primer párrafo del artículo: cuando se transfiere la propiedad de la cosa es cuando esta se entiende entregada. En el segundo párrafo se habla sobre las consecuencias de otorgar una escritura cuando los contratantes han efectuado la venta por medio de escritura pública. Igualmente, se entiende que una escritura notarial es equivalente a la entrega efectiva. La explicación a esta equivalencia la encontramos en el *constitutum possessorium* que implica la escritura: el transmitente sigue poseyendo la cosa a título diferente del de dueño, pero no es necesario que la cosa pase al poder del comprador y luego pase de nuevo al transmitente, de forma que no es necesaria la entrega física para que se transfiera la posesión. Inicialmente era una cláusula especial que las partes incluían, pero más adelante pasó a ser una cláusula frecuente y, en último término era una cláusula habitual en la escritura. Mientras no

haya un pacto especial, el transmitente ejerce de precarista hasta que se produzca la entrega efectiva de la cosa. Este efecto no se produce si en las cláusulas de la escritura se acuerda una regulación diferente.

También es interesante mencionar el art. 1463, el cual habla sobre la entrega de cosas muebles:

"Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados; y por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo".

La entrega de las llaves se entiende que es una tradición simbólica, aunque realmente puede considerarse de forma más acertada como un caso en el que se transmite el control sobre la cosa. Lo más relevante para que se produzca la entrega es que se produzca un cambio efectivo de control sobre la cosa, la forma en la que esto se haga no es relevante, porque para que haya una adquisición derivativa no se exige un contacto físico como sí ocurre en las adquisiciones originarias.²⁶

En cualquier caso, son válidas las entregas plenamente simbólicas cuando impliquen completamente un *constitutum possessorium* o un permiso efectivo de apoderarse de la cosa. En el art. 1463 se desarrolla un solo ejemplo, pero esto no significa que no puedan existir otras posibilidades.

El artículo continúa aceptando la posibilidad de realizar una entrega por el mero acuerdo (*constitutum possessorium*), pero esto sólo puede producirse en los casos en los que la cosa no pueda entregarse en el momento de la venta. Esta condición tiene sentido en el contexto de la entrega como cumplimiento de la obligación del vendedor, no sucede lo mismo en el caso de la entrega como modo de adquisición.

Por último, el precepto se cierra con una referencia a la *traditio brevi manu*.

Se cumple con la tradición transmitiendo el control sobre la cosa, independientemente de la forma en que se produzca este cambio. Para transmitir cosas muebles o inmuebles se puede utilizar cualquier clase de tradición, incluso la *traditio brevi manu* y el

²⁶ Así era en el Derecho romano. Vid. KASER, M., *Römisches Privatrecht I*, München 1971, pp. 391 s.

constitutum possessorium. Aunque en los casos en los que la tradición es instrumental y no se ha otorgado escritura pública puede surgir la dificultad de probar la entrega.²⁷

Por último, el art. 1464 trata sobre la transmisión y adquisición de derechos reales limitados:

“Respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1462. En cualquier otro caso en que éste no tenga aplicación se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, o el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor”.

En nuestro Derecho se aplica, al igual que en el Derecho romano, la idea de que en aquellas situaciones en las que se puede hablar de un ejercicio de hecho directo del derecho real limitado, existe una quasi possessio²⁸ y, esto abre la posibilidad a una quasi traditio.

Esta figura se subdivide en: quasi traditio vera (se produce cuando el adquirente con autorización del transmitente inicia el ejercicio de hecho del derecho) y quasi traditio ficta (consiste en la entrega de los “títulos de pertenencia”, y el otorgamiento de escritura pública). La quasi traditio ficta se exige de forma expresa para la constitución de algunos derechos como el de superficie o la hipoteca inmobiliaria, esta exigencia se extiende a aquellos derechos que no implican un uso directo similar a la posesión.

4.1.3. Transmisión sin previa posesión por parte del transmitente

Al ser equivalente la escritura pública con la entrega efectiva de la cosa, un sector doctrinal apoya la idea de que la escritura exime de la entrega, es a partir de esta opinión que se ha creído en la posibilidad de que a través de un instrumento notarial se transmita la propiedad a pesar de que el transmitente no tenga la posesión de la cosa.²⁹

²⁷ En concreto, a partir del art.1227 Cc., que determina que la fecha de un documento privado no tiene efecto respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

²⁸ Partida III,30,1: "como manera de posesión"; vid. art. 430 Cc.

²⁹ Si analizamos este caso desde la perspectiva de la validez de la escritura en relación con el cumplimiento de la obligación, se trata de un supuesto de incumplimiento del contrato, porque no se está transmitiendo al acreedor la posesión pacífica. Pero existe la posibilidad de que el acreedor sea consciente de esta situación y esté dispuesto a reclamar al poseedor.

En contra de esta opinión se encuentra la idea de que la escritura transmite la propiedad con motivo de un *constitutum possessorium*, y esto resulta imposible si no hay previa posesión del transmitente. Por lo tanto, al admitir la primera opinión estaríamos yendo en contra del principio del título y el modo.

M. Albadalejo ha respondido a este último planteamiento, indicando que no es lógico impedir a un propietario transmitir la propiedad si ha perdido la posesión de la cosa argumentando el motivo de que no se puede realizar la entrega.

La entrega no puede sustituirse por la escritura pública, pero se entiende que es un modo espiritualizado de entrega que transfiere la posesión cuando el otorgante sea poseedor. En el caso de que el transmitente no sea poseedor, no está prohibido transmitir el título sin posesión. Entonces el principio del título y el modo no se aplica, porque implica la posesión del transmitente.

A pesar de que la opción de transmitir la propiedad sin posesión no está recogida en el derecho positivo, es una posibilidad admitida en los principios generales³⁰.

La propiedad de una cosa sin posesión es una cosa incorporal que puede enajenarse por título, en este caso hay analogía con la adquisición de las servidumbres que no son susceptibles de *quasi possessio*. Este es el motivo por el que se acepta la transmisión de la propiedad sin posesión, en contra de la errónea creencia que supone que es por la equivalencia entre escritura y tradición.

4.1.4. El problema de la enajenación sucesiva de la misma cosa a distintas personas

Se parte del artículo 1473 Cc:

“Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

³⁰ Inicialmente a través de la libertad para configurar contratos del art. 1255 Cc. También por el art.1112, al admitir la transmisibilidad de créditos, que son cosas incorporales.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando esta, a quien presente título de fecha mas antigua, siempre que haya buena fe”.

El precepto inicia con la posibilidad de que un sujeto venda una misma cosa a diferentes compradores, de forma que todos tengan la posibilidad de reclamarla. En el siguiente párrafo se ocupa de crear unas normas cuyo objetivo es indicar a cuál de los compradores pertenece la cosa. Además, diferencia entre bienes muebles e inmuebles.

En el caso de que el conflicto surja derivado de la venta sucesiva de un bien mueble, tiene preferencia el adquirente que primero haya recibido la posesión, si ha actuado de buena fe.

Si se trata de una finca que ha sido vendida de forma sucesiva, esta pertenecerá al comprador que primero inscriba su título en el Registro de la Propiedad.

Finalmente, si se da el caso de que ningún adquirente inscribe su título en el Registro la propiedad pertenecerá al primero en la posesión efectiva; y si ninguno de los compradores adquiere la posesión, siempre que haya buena fe, la finca pertenecerá a aquel que presente el título más antiguo.

Título son las escrituras realizadas ante notario, porque son las únicas facultadas a completar el proceso de adquisición.³¹

El origen de esta regulación se encuentra en un texto del Digesto³², posteriormente se incluyó en las Partidas (P.V, 5, 50). También aparece recogido en el Proyecto de 1851, que es desde donde pasa al Código Civil español. De los Mozos, J.J., considera que es innecesario en nuestro sistema.³³

³¹ En los casos que no hay posesión, si no hay escritura, nadie puede adquirir. Se trataría entonces de un conflicto de prioridad en relación con la acción personal que surge del contrato.

³² Ulp. 16. Ad ed. D. 6,2,9,4: “Si alguien hubiere vendido por separado una cosa a dos que la comprasen de buena fe, veamos quién pueda usar preferentemente de la acción Publiciana, si aquel a quien primero fue entregada la cosa, o el que tan sólo la compró. Y escribe Juliano en el libro séptimo del Digesto: que, si verdaderamente hubieren comprado a uno mismo, que no era dueño, sea preferido aquel a quien primero se entregó la cosa; pero que si a diversos, que no eran dueños, sea mejor condición del que posee, que la del que pide; cuya opinión es verdadera.

³³ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. “La transmisión de la propiedad...”, cit., pág. 342.

En el Derecho romano el conflicto se generaba en el ámbito de la acción Publiciana, donde había que instaurar un criterio que sirviera para elegir a uno de los diferentes poseedores de buena fe, en especial si habían adquirido de diferentes no dueños.

En el contexto del Proyecto de 1851, esta norma era útil desde que la norma general en este ámbito la conformaba el principio de la transmisión por el simple consentimiento.

En el Código Civil no resulta tan útil debido a que el artículo recoge normas que se entienden implícitas en el art. 609. Realmente surge un problema de doble venta en el ámbito de las obligaciones cuando un sujeto vende una cosa a varios adquirentes, sin que ninguno de estos la reciba, es entonces cuando habrá que establecer quién tendrá preferencia. Los criterios para determinar la preferencia son la buena fe del comprador y la prioridad en el tiempo. Cuando se produce la entrega a uno de los compradores, con independencia del modo de entrega, en el caso de que el vendedor vuelva a vender esa cosa, ya no se tratará de una doble venta sino de una venta de cosa ajena.

Es interesante recordar, en relación con la doble venta, que uno de los beneficios del principio del título y el modo es que evita las ventas sucesivas.

4.1.5. La importancia de la tradición

En el momento de creación del Código se le daba bastante importancia al requisito de la entrega, por la publicidad que puede atribuir la posesión. Hoy en día este argumento no es tan relevante, debido a la complejidad de las relaciones modernas y porque en el *constitutum possessorium* puede esconderse la posesión.

Por el contrario, la doctrina moderna destaca el significado del título y el modo en relación con la separación entre los efectos del negocio de transmisión en el plano obligacional y en el plano de los derechos reales. Los contratos generan obligaciones de forma directa, pero la adquisición de la propiedad constituye un momento diferente que no es necesario que esté unido al nacimiento de la obligación, es decir, ambos momentos pueden coincidir o no.

En el caso de que no coincidan, es interesante considerar la independencia del segundo momento, al que deben hacer referencia la exigencia de un título previo por el transmitente (*potestas alienandi*) y el específico *animus transferendi dominii*. Esta

perspectiva es acertada. Expresa que el negocio de transmisión tiene diferentes momentos y que sus efectos pueden desarrollarse en el tiempo.

El sistema del título y el modo posibilita la distinción del momento obligacional y del momento de disposición y, paralelamente, si las partes así lo desean, permite desmaterializar completamente la entrega. A pesar de esto, la entrega mantiene su significado en la relación *inter partes*, aunque sea una entrega espiritualizada, porque es necesario tener un cierto control sobre la cosa adquirida. En relación con esto, todos los modos de adquisición poseen un carácter originario, esta idea proviene del Derecho romano donde la transmisión es una metáfora que sirve para comprender la regla de la transmisión *a domino*, pero el derecho nace *ex novo* en el adquirente.

Por otro lado, si no se ha acordado de forma específica la tradición inmaterial, la entrega material permite identificar el momento en el que las partes se ponen de acuerdo para transmitir y adquirir, entonces es útil que la ley vincule en general la adquisición con la entrega. En contra de esta consideración, el principio consensualista es una abstracción, en algunos aspectos totalmente fuera de la realidad.

En relación con los terceros, la doctrina del título y el modo ayuda a explicar de forma adecuada el problema de la doble venta, y así evadir los problemas que puedan surgir entre adquirente, poseedor y transmitente, cuando el adquirente no fuera conocedor de la falta de posesión del transmitente, porque a pesar de que la posesión confiere una publicidad limitada, no es lógico prescindir de ella en la mayoría de las situaciones.

4.2. LA TRANSMISIÓN A NON DOMINO

A pesar de que el modo general es la adquisición *a domino*, es decir, la transmisión realizada por un titular o autorizado a enajenar, se aceptan dos excepciones a este principio general, motivadas por el interés en salvaguardar el tráfico de los bienes muebles y dar seguridad a las adquisiciones de inmuebles, debido a la dificultad de reclamar los bienes muebles a través de una acción real, y por la protección que atribuye el Registro de la Propiedad a los titulares inscritos, concretamente en las adquisiciones a título oneroso de un titular inscrito, y de buena fe.

4.2.1. La regla de la no reivindicabilidad de los muebles

La regulación española se inspira en el Código civil francés, concretamente en los artículos 2279 y 2280.

Art. 2279 Code: *“En cuanto a los muebles, la posesión equivale al título.*

Sin embargo, quien hubiese perdido una cosa o le hubiese sido robada podrá reivindicarla de aquel en cuyo poder se encuentre, durante tres años contados desde el día de la pérdida o de la sustracción, sin perjuicio de la acción que éste tenga contra aquel de quien la recibió”³⁴.

Art. 2280 Code: *“Si el poseedor actual de la cosa sustraída o perdida la hubiese adquirido en una feria o mercado, o en venta pública o de un comerciante dedicado al tráfico de objetos análogos, no podrá el dueño originario recuperarla sin reembolsar al poseedor el precio dado por ella.*

El arrendador que reivindique, en virtud del art. 2102, los muebles trasladados sin su consentimiento y que hayan sido comprados en las mismas condiciones deberá reembolsar igualmente al comprador el precio dado por ellos”³⁵.

De estos artículos extraemos tres reglas:

- A. El principio general de la irreivindicabilidad de la cosa poseída de buena fe.
- B. La facultad de reivindicar la cosa perdida o sustraída por robo o hurto, como excepción.
- C. La posibilidad excepcional de reivindicar las cosas que han sido perdidas o sustraídas por robo o hurto sólo puede ejercitarse si el dueño paga al poseedor el precio que pagó, si las adquirió en feria o mercado, a través de venta pública, o de un comerciante que venda cosas semejantes.

³⁴ Art. 2279: En fait de meubles, la possession vaut titre

Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.

Art. 2280: Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté.

Le bailleur qui revendique, en vertu de l'article 2102, les meubles déplacés sans son consentement et qui ont été achetés dans les mêmes conditions, doit également rembourser à l'acheteur le Prix qu'ils lui ont coûté.

En nuestro Código Civil se aborda esta materia en el art. 464:

“La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio”.

En este artículo se encuentran las siguientes reglas:

- A. Generalmente, la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe se equipara con el título de propiedad.
- B. Quién ha perdido o se ha visto privado ilegalmente por medio de robo o hurto de una cosa mueble, de forma excepcional, puede reivindicarla.
- C. En el caso de que un poseedor haya adquirido una cosa en venta pública, el propietario que la perdió o que se vio privado de ella por robo o hurto sólo puede recuperarla pagando al poseedor el precio que le costó.
- D. En el caso de que la cosa perdida o privada ilegalmente (robada o hurtada) apareciera en un monte de piedad, el propietario sólo puede reclamarla si paga al establecimiento el precio del empeño junto con los intereses vencidos.
- E. Si la cosa se ha vendido en bolsa, feria o mercado, o a través de un comerciante legalmente establecido, se extingue el anterior derecho del propietario, tal y como lo establece el art. 85 Cco.

Existe una gran diferencia con el Código francés, y es que en este no se establece la protección absoluta al poseedor que ha adquirido en bolsa, feria, mercado, o de un

comerciante legalmente establecido. Mientras que en España el antiguo propietario no tiene mecanismo para recuperar la cosa, ni abonando el precio que pagó el poseedor.

Además, entra en juego parte de la doctrina, al percibir la primera parte del art.464 de una forma que restringe ampliamente su eficacia. El motivo de esta interpretación se debe a que la regulación del Código cambió radicalmente el derecho civil anterior,³⁶ en el que no se aplicaba la antigua regla germánica *mobilia non habent sequelam*³⁷, sino la regla romana *res suo domino clamat*.³⁸

Se entendió que la nueva regulación chocaba con el resto del sistema, ese es el motivo por el que cuando el Código determina la equivalencia entre posesión de buena fe y título, este sector de la doctrina y los tribunales interpretaron el término “título” como un justo título de usucapión.

Esta interpretación es declinable, porque no favorece la comprensión del artículo, tal y como demuestra la lectura de las dos primeras frases del artículo.

La doctrina diferencia dos tipos de interpretación, una germanista y otra romanista. La posición que adopta el Tribunal Supremo ha variado ya que inicialmente se inclinaba por la interpretación romanista y finalmente se ha posicionado a favor de admitir la reivindicación en los supuestos excepcionales de pérdida, robo o hurto, lo cual encaja con la germanista.

Esta interpretación indica que, si el anterior propietario ha prestado, depositado o alquilado la cosa mueble y el comodatario, arrendatario o depositario transmite la cosa a un tercero de buena fe, creyendo que el que transmite era propietario, el tercero de buena fe pasa a ser el nuevo propietario. Y el antiguo dueño tiene la posibilidad de dirigirse contra aquel que traicionó su confianza.

4.2.2. Transmisión de inmuebles y Registro de la Propiedad

En el ámbito de los inmuebles, la regla general de la adquisición *a domino* produce una verdadera dificultad. La posesión en los inmuebles supone un medio de publicidad peor

³⁶ El derecho mercantil, en esta materia, ya se había transformado en el Código de Comercio de 1885, esto justifica la remisión del último párrafo del art. 464.

³⁷ Máxima jurídica que considera que los bienes muebles no dejan rastro.

³⁸ La cosa clama por su dueño.

que en el caso de muebles, debido a que la exigencia de certeza no solo hace referencia a la existencia de la propiedad, sino además a la posible concurrencia de cargas ocultas en favor de otros sujetos. Es necesario que el adquirente crea que adquiere de un verdadero propietario, y que el inmueble adquirido no esté sujeto a cargas ocultas o hipoteca.

En esta materia no se consideró verdaderamente importante la necesidad de certeza hasta el siglo XIX. Esta época destaca por el desarrollo de la economía moderna y, el crédito pasa a ser una figura principal dentro del sistema económico. Aunque, hay que destacar, que el crédito requiere garantías seguras. Una de estas garantías puede ser la hipoteca inmobiliaria, produciendo que el acreedor hipotecario crea en la titularidad del hipotecante y que no existen gravámenes ocultos.

El mejor método para cubrir esa necesidad es creando un registro público que informe de la situación jurídica en la que se encuentran los inmuebles. A pesar de que en el derecho histórico español existieron algunos precedentes, no fue hasta 1861 cuando la Ley Hipotecaria creó el Registro de la propiedad. El objetivo que se buscaba era facilitar las hipotecas a través de una buena regulación enfocada en aportar seguridad al mercado inmobiliario. Inicialmente, la Ley Hipotecaria reglamentaba todo lo concerniente a un registro inmobiliario, con los años ha sido objeto de algunos cambios, como la nueva redacción de 1946, pero sus características principales se mantienen desde que se promulgó.

A. Organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad.

La función del Registro aparece recogida en el art. 1 de la Ley Hipotecaria:

Art. 1 LH: “El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”.

Se trata de una oficina pública, y a ella pueden acudir todas aquellas personas que deseen recibir información sobre la situación jurídica de una finca. El encargado del correcto funcionamiento del Registro es el registrador, un funcionario de alta cualificación jurídica, entre sus funciones debe asegurarse de la autenticidad y corrección de los documentos que acceden al registro.

El sistema del Registro español se basó en los derechos de Alemania y Suiza, ese es el motivo por el que aplica el sistema registral del “folio real”: en este sistema a cada finca se le asigna un folio en el que se practican las inscripciones o anotaciones relativas a todos los acontecimientos que afectan a la propiedad y a los derechos reales sobre la finca. Todos los folios considerados en conjunto conforman el “Libro de inscripciones”.

Existe también el “Libro diario” cuya función consiste en establecer la fecha de llegada de un documento al Registro, siguiendo el principio de prioridad (*prior tempore potior iure*). Por último, existen libros en los que se recogen listas de fincas y titulares, estos sirven para facilitar el manejo del registro.

Al registro sólo puede acceder los documentos auténticos, es decir, aquellos que tienen una certificación pública; por ejemplo, escrituras de transmisión de fincas o de creación o de extinción de derechos reales limitados sobre fincas.³⁹ El registro solo se ocupa de las titularidades reales sobre inmuebles, aquellas obligaciones que afectan a inmuebles no pueden acceder de forma independiente al registro. Aunque es posible que en el título de transmisión de la propiedad o de constitución de un derecho real limitado se creen “obligaciones reales”, es decir, obligaciones que tienen un reflejo registral por estar determinado el deudor por su condición de titular de un derecho real. Esta es una forma de acomodar el contenido de la propiedad a las exigencias de la vida social.

El arrendamiento de inmuebles se establece como una excepción a la regla de no admisión de obligaciones en el registro.

Son objeto de “inscripción” aquellos actos que crean o extinguen derechos reales sobre inmuebles. Son objeto de “anotación” los actos que no tienen un efecto definitivo en la vida de los derechos reales sobre inmuebles, como un decreto judicial de ejecución sobre un inmueble.

B. Efectos del Registro en la vida de la propiedad

En el Derecho español, en la mayoría de los casos, no se exige la inscripción en el registro para adquirir, modificar o extinguir los derechos reales sobre inmuebles. Pero hay algunas excepciones en las que la inscripción en el Registro es constitutiva, es el caso del derecho de superficie y la hipoteca.

³⁹ Art. 1-5 Ley Hipotecaria.

Por lo tanto, para la adquisición de la propiedad no se exige la inscripción que, en el caso de que se realice, tendrá un efecto puramente declarativo. Eso significa que la transmisión debería realizarse antes de la inscripción.

La inscripción en el Registro soluciona algunas dificultades producidas por la falta de *potestas disponendi*. Pero, en general, la inscripción no exime del cumplimiento del modo de adquirir. Esto no genera problemas en las situaciones normales, porque si el carácter de la adquisición de la propiedad ha sido negocial, se habrá exigido otorgamiento de escritura pública porque en el registro no se aceptan títulos que no posean fe pública y, como establece el art.1462.2 Cc. que la escritura pública equivale a la entrega de la finca, el adquirente no debe tomar la posesión física de la cosa.

El problema surge de forma teórica cuando el transmitente no tiene la posesión en concepto de dueño. En este caso, la escritura pública no se puede equiparar con la entrega, y se está transmitiendo un bien que no se puede poseer y que se encuentra fuera del ámbito de aplicación del título y el modo. En este caso, si la escritura exhibiera la situación posesoria, se estaría produciendo una transmisión de la acción reivindicatoria, que es aceptable y tiene acceso al registro. Si la escritura no reflejara la situación posesoria, el caso de que el adquirente desconozca la falta de posesión del transmitente, estaríamos en un caso de dolo o error, porque no es irrelevante que la cosa transmitida esté en posesión de otra persona en concepto de dueño. En este caso, el negocio se puede anular y el título de la inscripción estaría viciado.

En conclusión, es correcto indicar que la escritura completa la adquisición en ambos casos, cuando la cosa estaba en poder del transmitente por equivaler a la entrega, como cuando no era así por ser apropiada para transmitir un bien inmaterial.

A pesar del carácter declarativo de la inscripción y que, por tanto, no se exija generalmente para adquirir, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles, el titular de un título inscrito se sitúa en un lugar ventajoso y en algunas situaciones se ve protegido ante la ausencia de titularidad de su predecesor.

A continuación, expondré los efectos de la inscripción de forma esquemática:

- a. El derecho percibe la inscripción de un título como fundamento de una presunción legal de legitimidad del título y, por lo tanto, de los efectos sobre la propiedad inmobiliaria que se basen en ese título.

En el caso de que el título justifique la adquisición de un derecho que implica posesión, la inscripción es el fundamento de una presunción de posesión o cuasiposesión de la finca objeto del derecho real.

- b. Los resultados de la inscripción del título en el registro van más allá de las presunciones de título y posesión. El primer párrafo del art. 34. LH establece lo siguiente: *“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 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”*.

El segundo párrafo recoge una presunción *iuris tantum* de buena fe a favor del tercero.

Por último, en el tercer párrafo se indica que el que adquiere a título gratuito no obtiene una posición más favorable que la que le transmitió su causante.

De forma que, el art. 34 LH que permite a los adquirentes de buena fe a título oneroso confiar en la veracidad de los derechos que publica el registro, se configura como una de las normas españolas más importantes en el ámbito de la transmisión de la propiedad y de los actos de disposición sobre bienes inmuebles.

- c. Además, el art. 34 LH está protegiendo frente a una disposición previa del transmitente, en el caso de que éste tuviera su título inscrito. El artículo se encuentra bajo la protección del principio de apariencia registral
- d. En el supuesto de la doble inmatriculación de fincas, si se produce un problema sobre las titularidades, habrá que aplicar las normas generales del derecho civil (vid. art. 313 del Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria).

5. CONCLUSIONES

1. En el Derecho romano existían antes de la aparición de la moneda acuñada 3 métodos principales para transmitir la propiedad:

- Mancipatio: negocio formal de transmisión de la propiedad para las *res mancipi*.
- In iure cessio: negocio formal de transmisión de la propiedad.
- Traditio: negocio no formal de transmisión para las *res nec mancipi*.

2. La aparición de la moneda acuñada genera cambios relevantes en la *mancipatio* y en la *traditio*.

La *mancipatio* pasa a ser una *mancipatio nummo uno* pasando a ser un acto abstracto de adquisición por cualquier causa para las *res mancipi*.

En relación con la *traditio*, surge el contrato consensual de compraventa que se hace efectivo mediante la entrega de la mercancía vendida a cambio de un precio en dinero, sólo respecto a *res nec mancipi*.

3. En la etapa del Derecho postclásico y justiniano, se vuelve nuevamente habitual la compraventa al contado. Desaparecen la *mancipatio* y la *in iure cessio*, mientras que la *traditio* queda en un segundo plano. La figura más importante es la compraventa, que transmite la propiedad al instante.

4. En relación con el Derecho Común europeo, a partir de estos preceptos D.41.1.31 Inst. 2.1.40, se deducen los dos elementos principales de la regulación del Derecho Común: para transmitir válidamente la propiedad es necesaria la *traditio* (entrega de la cosa), junto con la voluntad recíproca de los intervinientes en el negocio de recibir y entregar la propiedad y, la justa causa en el negocio jurídico elegido para la transmisión de la propiedad, como puede ser una donación o compraventa.

5. Durante la época de la codificación es importante destacar que se produjo un abandono de la teoría del título y el modo. Además, entre los métodos principales utilizados para transmitir la propiedad destacan: el sistema del contrato real abstracto (se aplica en el CC alemán) y el sistema de transmisión por el mero consentimiento (recogido en el Cc francés).

6. Tras el estudio detallado del método de transmisión de la propiedad del Código civil español (teoría del título y el modo), se puede concluir que para que se produzca la transmisión se exige: el título un contrato transmisivo antecedente, que tiene que existir y ser válido; y el modo, que consiste en la entrega o *traditio*.

7. Por último, es importante mencionar que a pesar de que el método general en el Derecho español es la adquisición *a domino*, es decir, la transmisión realizada por un titular o autorizado a enajenar, se aceptan dos excepciones a este principio general, motivadas por el interés en salvaguardar el tráfico de los bienes muebles y dar seguridad a las adquisiciones de inmuebles. Estas excepciones generalmente se conocen como adquisiciones a *non domino*.

6. FUENTES

FUENTES ROMANAS

- Fuentes prejustinianas

Instituciones de Gayo:

- Gai. 1. 119

- Fuentes justinianas

Digesto:

- D. 18. 1. 19
- D. 41. 1. 31
- D. 50. 17. 54
- D. 6. 2. 9. 4

Código:

- C. 2. 3. 20

Instituta:

- Inst. 2. 1. 40
- Inst. 2. 1. 41

FUENTES DEL DERECHO HISTÓRICO INTERMEDIO

Ley de las Siete Partidas:

- *P. III, 28, 46*

FUENTES DEL DERECHO MODERNO

Código civil español

- Art. 464.
- Art. 609.
- Art. 618.
- Art. 1095.

- Art. 1160.
- Art. 1462.
- Art. 1463.
- Art. 1464.
- Art. 1473.

Código civil francés

- Art. 1138.
- Art. 2279.
- Art. 2280.

Ley Hipotecaria

- Art. 1.
- Art. 34.

7. BIBLIOGRAFÍA

COING, H., “*Derecho privado europeo. 1, Derecho común más antiguo (1500-1800)*”, Fundación cultural del notariado, Madrid, 1996.

COING, H., “*Derecho privado europeo. 2, El siglo XIX*”. Fundación cultural del notariado, Madrid, 1996.

DE LOS MOZOS TOUYA, J. J., “*La transmisión de la propiedad en el Derecho español. Principios y problemas fundamentales*”, Estudios de Derecho Romano en homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper, Librotecnia, 2007, p. 333 – 353.

GARCÍA GARRIDO, M. J., “*Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código Civil español*”, Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Milano: Giuffrè, 1991, p. 341 – 355.

KASER, M., “*Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho Romano y en la Dogmática moderna*” / Nota preliminar J. A. Arias Bonet. Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1962.

KASER, M., “*Derecho privado romano*”, Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p.264 – 275.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.P., “*La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante una unificación del derecho privado europeo.*”

VACCA, L., “*Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica: atti del Congresso Internazionale, Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*”, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa, Milano: Giuffrè, 1991.