

uc3m | Universidad **Carlos III** de Madrid

LA INTERPRETACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO EN LA HISTORIA

Coordinadora Remedios Aranda Rodríguez



ACTAS DEL CONGRESO “INCIDENCIAS DEL LENGUAJE EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS A LO LARGO DE LA HISTORIA” CELEBRADO EN LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE GETAFE, MADRID, LOS DÍAS 14 Y 15 DE ABRIL DE 2015

Comité Organizador: Remedios Aranda Rodríguez (UC3M); Federica Pezzoli (UC3M) y M^a del Pilar Pérez Álvarez (UAM).

Comité Científico: Remedios Aranda Rodríguez (UC3M); Lourdes Blanco Pérez-Rubio (UC3M) y María del Pilar Pérez Álvarez (UAM)

Autor/es: ÁLVAREZ ALONSO, Clara/ ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios/ BISCOTTI, Bárbara/ DÍAZ ROMERO, M^a Rosario/ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María de la O/ HERCE MAZA, José Ignacio/ JUÁREZ TORREJÓN, Angel/ PÉREZ ALVAREZ, M^a. Del Pilar/ SIERRA PÉREZ, María Isabel.

Directora: Aranda Rodríguez, Remedios

Departamento/Instituto: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Universitario Lucio Anneo Seneca.

ISBN: 978-84-16829-17-0

Fecha de edición: 2017

Palabras clave: Interpretación; negocio jurídico; contratos; lenguaje; Marco Común de Referencia; testamento; propiedad; Derecho Romano; Epikeia; Francisco Suárez.

Versión electrónica disponible en e-Archivo:

<http://hdl.handle.net/10016/24997>

Derechos: 

Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

INDICE

PRÓLOGO	5
MARÍA DEL PILAR PÉREZ ALVAREZ. INFLUENCIA DEL PRINCIPIO CANÓNICO <i>QUI TACET, CONSENTIRE VIDETUR</i> EN LA DOCTRINA DEL SILENCIO.....	7
BARBARA BISCOTTI. SOPRAVVENIENZE, RISCHIO CONTRATTUALE, <i>LITORA</i> E CONCESSIONI, TRA DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO.	33
CLARA ÁLVAREZ ALONSO. INTERPRETACIÓN Y EQUIDAD: DE LA AEQUITAS MEDIEVAL A LA EPIKEIA ALTOMODERNA.....	79
MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. “CUANDO LA DESIGNACIÓN DE HEREDERO NO RESULTA CLARA: SUPUESTOS Y REGLAS COMPLEMENTARIAS DE INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA”.....	110
M^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO. "LA INTERPRETACIÓN Y LOS EFECTOS DE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO”.....	138
ISABEL SIERRA PÉREZ. “LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL”	156
REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL DERECHO EUROPEO.....	170
ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN. LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO REGLAS DISTRIBUIDORAS DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS DECLARACIONES	190
JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA. <i>EL DOCTOR EXIMIUS: ANTIGUAS Y NUEVAS DOCTRINAS EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS.</i>	202

“LA INTERPRETACIÓN Y LOS EFECTOS DE LOS TÉRMINOS EMPLEADOS EN EL SISTEMA DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO”.

M^a DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO³³³

Profesora Titular de Derecho Civil UAM

SUMARIO. Introducción. I. La adquisición del dominio y constitución de las relaciones jurídico-reales. Los sistemas de adquisición. Artículo 609 del Código Civil. II. Modos originarios (ocupación). III. Modos derivativos (diferentes sistemas europeos y teoría del título y modo). A) Transmisión consensual. B) Acuerdo abstracto traslativo. C) Teoría del Título y el Modo. Diferentes formas de tradición. Tradición e inscripción en el Registro de la Propiedad. D) Las adquisiciones a non domino. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria

³³³ Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Investigadora en proyectos de investigación sobre diferentes temas del ámbito del Derecho Civil, especialmente en Derecho patrimonial. Colaboradora permanente de revistas jurídicas de reconocido prestigio como: Anuario de Derecho Civil. Ministerio de Justicia y Revista de Derecho Patrimonial. Aranzadi.

Autora de varias monografías y artículos científicos en materia de Derecho Civil. Coautora de materiales docentes, esquemas y guías de las asignaturas de Derecho Civil:

Entre sus publicaciones más relevantes, cabe destacar:

- Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio, 1997, pp. 267, Madrid, Mc Graw-Hill/ Interamericana de España, ISBN: 84-481-1105-2

- La aportación a sociedad de vivienda arrendada como supuesto del derecho de retracto legal del arrendatario. 1999, 124 pp. Valencia, Tirant lo Blanch, ISBN: 84-8002-840-8

- La protección jurídico civil de la propiedad frente a inmisiones. Especial referencia a la acción negatoria, 2003, 177 pp, Madrid, Civitas Ediciones. ISBN: 84-470-1933-0

- Leasing inmobiliario y transmisión de la propiedad en Europa., 2009, 249 pp, Colección Cuadernos de Derecho Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España. ISBN: 978-84-92884-00-1

- Leasing mobiliario como garantía en operaciones financieras. 2013, 261, pp Estudios de Derecho mercantil. Civitas. Thomson Reuters. Madrid, ISBN: 978-84-470-4145-9

- La accesión inmobiliaria ante la tendencia unificadora del derecho privado europeo. Especial referencia a la construcción en suelo ajeno. 2014, 157 pp, Tirant lo Blanch ISBN: 978-84-9033-176-7

INTRODUCCIÓN.

El lenguaje es fundamental en los textos jurídicos, máxime cuando los términos que usualmente se utilizan, son fruto de una síntesis de figuras y conceptos técnicos que los juristas emplean para concretar y especificar significados de gran importancia en cuanto a sus efectos.

Esta tecnificación del lenguaje permite deslindar figuras, conceptos y situaciones y aplicar las diferentes normas de nuestro ordenamiento jurídico de forma más acertada y eficaz.

En este sentido los términos empleados en los diferentes negocios y contratos que tienen como finalidad la transmisión de la propiedad, fundamentalmente el contrato de compraventa, son esenciales para determinar los efectos del contrato, sobre todo en la relación jurídico real que puede o no crearse.

Por ello, es esencial recordar la importancia de la especificación y utilización estricta, jurídica, de determinados términos que se emplean en el proceso de transmisión de la propiedad, desde uno de los contratos clave como es el contrato de compraventa y su requisito jurídico real básico, la traditio o entrega, para conseguir la transmisión eficaz de la propiedad.

Sus diferentes conceptos, desde su creación histórica hasta nuestros días, requisitos y efectos, son la pieza central en torno a la que va girar esta intervención, comenzando por una breve remisión a los diferentes sistemas de transmisión de la propiedad que hoy en día conviven en nuestro entorno jurídico y geográfico más cercano, ya que, precisamente, la distinta interpretación de los requisitos fundamentales de transmisión, fruto de las diferentes formas de recepción de la cultura jurídica romana, permiten observar las múltiples opciones de interpretación que ofrecen los términos empleados y los efectos que todo ello puede producir.

I. La adquisición del dominio y constitución de las relaciones jurídico-reales. Los sistemas de adquisición. Artículo 609 del Código Civil.

El régimen normativo que se dedica a la adquisición del dominio y los demás derechos reales se establece de forma unitaria en el Código Civil, aunque existen determinadas diferencias en cuanto a los requisitos exigidos para ello, dependiendo del derecho real de que se trate.

En relación al Derecho de Propiedad, es el propio artículo 609 del Código Civil la norma que precisa los diferentes modos de adquisición de la propiedad.

En este sentido, el artículo 609 CC dispone: “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”.

De dicho precepto se extraen los diferentes modos de adquisición de la propiedad, que se estructuran en dos grandes bloques³³⁴.

Por un lado destaca el modo de adquisición originario, que se centra en la ocupación.

Y por otro lado, aparece el sistema de adquisición derivativo, basado en la existencia de un contrato junto al requisito de la entrega.

Al margen, o en distinto ámbito, aparecen otras formas de transmisión de la propiedad, como son la ley, la donación, la sucesión testada e intestada y la prescripción adquisitiva o usucapión, que se tratan como figuras especiales.

II. Modos originarios (ocupación).

La adquisición originaria supone una adquisición de la propiedad independiente de cualquier persona y libre de toda carga. No se funda en un derecho anterior, sino que nace *ex novo* (como nueva), como si nadie la hubiera disfrutado antes.

Esta forma de adquisición sólo requiere la “ocupación”, dice el artículo 609, en su apartado primero. Ocupación que consiste en la apropiación material del bien que se trate de adquirir, la toma de posesión con voluntad de adquirir.

Este modo de adquisición se regula en los artículos 610 a 617 del Código civil, y es, precisamente, el artículo 610 el que ofrece los requisitos y supuestos en los que opera: “Se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas”.

³³⁴DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, págs. 58-59.

Por tanto, debe tener por objeto bienes apropiables por naturaleza, que no tienen dueño. Se refiere pues, no a las cosas perdidas sino a las abandonadas o que nunca tuvieron dueño³³⁵.

Merece la pena destacar el supuesto de los bienes inmuebles, que no aparece mencionado en los anteriores artículos. Es la Ley del Patrimonio del Estado, Decreto 1022/1964, que aprueba el texto refundido de 15 de abril de 1964 (RCL 1964/896), la que en su artículo 21 dispone que “pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. Los bienes ... se entenderán adquiridos, desde luego, por el Estado, y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en tal caso el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria”.

Por tanto, los bienes inmuebles sin dueño, no sólo que no se conozca su identidad, son adquiridos automáticamente por el Estado, incluso aunque sean poseídos por terceros, que no tengan título legítimo para ello.

III. Modos derivativos (diferentes sistemas europeos y teoría del título y modo)

Los modos derivativos tienen como efecto fundamental la transmisión de la propiedad, teniendo en cuenta que ésta pertenecía con anterioridad a otra persona, y deben tener presente, según los casos, las características, circunstancias, cargas, etc. del objeto en el momento de la adquisición.

Por tanto, para que dicha transmisión sea válida y eficaz, es necesario que existan determinados requisitos en el momento de la transmisión: la titularidad del transmitente, es decir, que sea propietario y tenga facultad suficiente para transmitir, y la voluntad de transmitir y adquirir por las partes que intervengan en el contrato de transmisión.

Pero, además, como afirmaba el artículo 609 del Código Civil, es necesario que exista un contrato válido y eficaz, que sea causa de la transmisión, y una traditio o trasfondo posesorio del objeto de la transmisión, es decir, entrega de la cosa. Hasta que no se cumplen todos los requisitos no se produce la transmisión. Si sólo existe un contrato, habrá obligación de entregar por parte del transmitente, pero la adquisición

³³⁵ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, págs. 167-173.

sólo se producirá con la entrega. Si sólo hay entrega sin contrato previo, habrá posesión o detentación pero no propiedad.

Ello es así, porque en el Ordenamiento jurídico español, se sigue la denominada Teoría del Título y el Modo, que requiere la existencia de un contrato con finalidad traslativa seguido de la entrega del objeto de dicho contrato, pero no es el sistema que rige en el resto de Europa.

El origen de nuestro sistema de transmisión aparece en el Derecho romano. Su recepción por los distintos países de la Unión Europea ha sido diferente, y ello ha provocado la existencia, en la actualidad, de diferentes sistemas de transmisión, que básica y muy sintéticamente se exponen a continuación.

a) Transmisión consensual.

Es el sistema del Código civil francés, belga, italiano y portugués.

Como pone de relieve la doctrina, “la incorrecta comprensión de la *traditio* romana en que terminó desembocando la teoría del título y el modo se traduce en la afirmación, por el Código civil francés, de que, en los contratos de finalidad traslativa (compraventa, permuta, donación), el acuerdo de voluntades manifestado por las partes, al mismo tiempo que hace nacer obligaciones, provoca por sí mismo la transmisión de la propiedad. Eso es lo que preceptúa el artículo 1138 del *Code français*, según el cual la obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes y hace al acreedor propietario, correspondiéndole a éste desde entonces soportar los riesgos, excepto que el deudor incurra en mora respecto a su obligación de entrega”³³⁶.

El Código civil italiano, en su artículo 1125, acogió la línea del *Code français* en relación al sistema de transmisión de la propiedad y derechos reales, pero el Código de 1942 matizó este sistema transmisivo consensual, diferenciando dos clases de contratos:

- los de efectos reales (artículo 1376) en los que “la transmisión de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transmisión de un derecho real o bien la transmisión de otro derecho”, se produce “por efecto del consentimiento de las partes legítimamente manifestado”.

³³⁶ DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 951-966.

- los de efectos obligatorios (artículo 1470), en los que la naturaleza del objeto (genérico, futuro o ajeno), o los acuerdos de las partes, postergan la transmisión. En este tipo de contrato, la transmisión no se produce de forma simultánea a la emisión del consentimiento, lo que surge es una obligación del vendedor de procurar al comprador la adquisición del derecho³³⁷.

El sistema francés, se ha adoptado por el Código civil belga (art. 1583), que requiere, también, la inscripción registral de inmuebles con efecto frente a terceros.

La vía intermedia italiana, se ha seguido por el Código civil portugués (arts. 408-409).

b) Acuerdo abstracto traslativo.

Es el sistema del BGB alemán.

Como ponen de manifiesto los autores, el sistema alemán de transmisión de la propiedad proviene de la interpretación de la Pandectística alemana de los textos del Derecho común romano, respecto de la *iusta causa de traditio*³³⁸.

“Sus bases contractuales se encuentran en Savigny, para quien lo esencial en orden a la transmisión de la propiedad es la mera voluntad de transferirla, de manera que la *iusta causa*, entendiéndolo por tal la existencia de un contrato antecedente de finalidad transmisiva, sólo es relevante en la medida en que sirve para constatar la existencia de esa voluntad; pero, por lo demás, éste carece de transcendencia, y por eso la transmisión del dominio, si hay voluntad de transmitir, se producirá igualmente aunque el contrato antecedente sea nulo o impugnado, e incluso aunque no exista. Esta autonomía del acuerdo traslativo respecto del contrato antecedente es la que permite calificar a aquél como un negocio abstracto, que basta con constatar sin que sea preciso indagar sobre si existe o no una razón jurídica –una causa- que lo justifique”³³⁹.

³³⁷ DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs. 958.

³³⁸ COING, H.: *Derecho Privado Europeo, T.II. El siglo XIX*, München, 1989, trad. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, págs 490-495.

³³⁹ DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pág. 959.

“La gran innovación alemana consiste en la abstracción del acto dispositivo. La titularidad real nace exclusivamente de éste, formado por el acuerdo en transmitir y adquirir (*Einigung*) más la inscripción (que es constitutiva), tratándose de inmuebles (§ 873 BGB); y por dicho acuerdo más la entrega de la cosa tratándose de bienes muebles (§ 929 BGB). Y ello con total independencia del negocio obligacional antecedente (la venta, la permuta, la donación), de modo que, si éste adoleciera de algún defecto o llegara a faltar, queda en pie el cambio real, que no depende de él, y únicamente procederá, en su caso, el ejercicio *inter partes* de una acción personal por enriquecimiento injustificado (§ 812 BGB)”³⁴⁰.

c) Teoría del Título y el Modo. Diferentes formas de tradición. Tradición e inscripción en el Registro de la Propiedad.

La Teoría del título y el modo es el denominado sistema de tradición causal español. Explican los autores³⁴¹ que “el Derecho español está fundado en la teoría del título y el modo. La Base 20 de la Ley de Bases de 1888 decía: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante». El artículo 609 del Código civil, siguiendo el mandato de la Ley de Bases, hemos visto que habla de una adquisición y transmisión del dominio y demás derechos (reales) sobre los bienes «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Enlaza así nuestro Código con el Derecho histórico español, abandonando la idea clave en esta materia del Proyecto de 1851, que aceptó el sistema francés de la adquisición y transmisión por el mero consentimiento”.

Advierte Luis Díez-Picazo que la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 recuerda nuestro Derecho tradicional expresando: “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 demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición”³⁴².

³⁴⁰ DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE (Coordinador), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pág. 960.

³⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, pág. 62.

³⁴² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, pg. 62: “la jurisprudencia, acorde con esta línea, declara reiteradamente que el Código civil, al aludir a «ciertos contratos» a los que se les aplica el requisito de la tradición para la adquisición del dominio y derechos

Este sistema del título y modo tradicional otorga al contrato la categoría de elemento iniciador del proceso transmisivo, que debe ser completado con la *traditio* y acompañado de otros elementos, como la voluntad de transmitir y adquirir³⁴³, el dominio³⁴⁴ y la posesión del *tradens*³⁴⁵.

Como mantiene José M^a Miquel, “un sistema de transmisión por contrato y tradición presupone que la propiedad se transmite porque las partes así lo quieren, a través de los cauces que el ordenamiento valora como suficientes. La transmisión de la propiedad por contrato y tradición es un efecto derivado de la autonomía privada. Ambos –contrato y tradición- son actos voluntarios a los que el Ordenamiento reconoce eficacia, porque las partes la desean. La voluntad traslativa se expresa tanto en aquellos ciertos contratos que, por su tipo, son hábiles (justos, en el sentido de los precisos) para transmitir la propiedad, como en la tradición. La voluntad traslativa no se encuentra

reales, se refiere a los traslativos de dominio (compraventa, permuta, etc.). Esos contratos son el título que al ser completado con la *traditio* produce la adquisición. Exige también que esa *traditio* o entrega vaya acompañada de estos requisitos: preexistencia del dominio o posesión (a título de dueño) en el *tradens*, y la intención de las partes de adquirir y transmitir respectivamente (Ss. de 18 de febrero de 1965, 3 de junio de 1969, 9 de marzo de 1994 y 18 de febrero de 1995). Nuestro sistema, de acuerdo con esas premisas, se nos presenta sumamente casualizado, ya que la *traditio* por sí sola es insuficiente para adquirir el dominio o derecho real: ha de apoyarse en un título hábil al efecto. La Dirección General de los Registros tiene como doctrina la de que para inscribir cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de causa onerosa o gratuita (R. de 19 de enero de 1994)”.

³⁴³ Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo”, *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Thomson-Civitas, 2008, págs. 351-355.*

³⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pg. 1547.* Para este autor, “la expresión del CC es bastante lacónica pero suficiente para dejar claro que la transmisión se produce en virtud de la concurrencia de ciertos contratos y la tradición. Se trata de un supuesto de hecho complejo en el que participan tanto la tradición como el contrato. Ahora bien, hay que preguntarse enseguida por la propiedad y/o el poder de disposición del transmitente. Es indudable que la transmisión de la propiedad exige este presupuesto, sin perjuicio de los supuestos de adquisición a non domino, en cuya enumeración no voy a entrar. Este presupuesto suscita inmediatamente la cuestión de si es una exigencia del contrato o de la tradición, o independiente de ambos. Parece claro que nuestro CC no exige para celebrar el contrato de compraventa ser propietario del objeto vendido (STS. 5-V-83), porque para contraer obligaciones en nombre propio no se precisa una especial legitimación.

El poder de disposición debe exigirse para que la tradición produzca su efecto como modo de adquirir la propiedad (muy exacta la formulación del Pr. de 1836, art. 697: “También se adquiere el derecho de propiedad por la entrega legítima”. Art. 698: “Llámase entrega legítima la que se hace por el dueño u otro autorizado en su nombre, precediendo cualesquiera de los justos títulos capaces de transferir el dominio según las leyes de este Código”.

En definitiva, para este autor, “la tradición será eficaz como modo de transmitir la propiedad, si el tradente es propietario o está autorizado por él”.

³⁴⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 1546-1551.*

solamente en el contrato, también es preciso que la entrega se verifique con voluntad de transmitir y adquirir, aunque esa voluntad sea tácita en muchas ocasiones”³⁴⁶.

“De modo muy especial la voluntad del poseedor es decisiva para la existencia del fenómeno posesorio, por lo que no es extraño que la posesión se pueda transmitir por el acuerdo de voluntades y que este mismo acuerdo pueda modificar el concepto posesorio”³⁴⁷.

En definitiva, para este autor, “esto significa que la tradición, para transmitir la propiedad, requiere determinadas condiciones subjetivas de capacidad y legitimación, distintas de las exigidas al contrato obligatorio. Por otra parte la conexión con el contrato a consecuencia del cual se efectúa, exige que la tradición se haga voluntariamente en el mismo concepto posesorio al que se refiera el título”³⁴⁸.

A la teoría del título y modo del Ordenamiento jurídico español, se han sumado el sistema austriaco (§§ 425 y ss. ABGB), suizo y holandés (art. 84), pero, además, requiere la inscripción en caso de transmisión de inmuebles.

Requisito imprescindible para la transmisión de la propiedad en la Teoría del Título y el Modo es la **Traditio**.

El concepto de *traditio* no es una idea unánimemente acogida por la doctrina española.

Para Díez-Picazo, “se ha entendido siempre y continúa entendiéndose todavía hoy, por tradición aquel mecanismo jurídico por virtud del cual se produce una transmisión y consiguientemente una adquisición derivativa del dominio”³⁴⁹.

La tradición consiste “en un acto extraordinariamente simple y sencillo: es la entrega de la cosa transmitida hecha por el transmitente al adquirente. Esta operación tan sencilla se complica, sin embargo, en una cierta medida tan pronto como tratamos de observar la estructura y el funcionamiento de este mecanismo jurídico de transmisión

³⁴⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “La reserva de dominio. Referencia al Derecho europeo”, *Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Thomson-Civitas, 2008, pág. 352.

³⁴⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, pág. 1546.

³⁴⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “Comentario al artículo 609 del Código Civil”, en *Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1993, pág. 1549.

³⁴⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Civil*, XIX, III, 1966, pág. 555.

del dominio. El mero hecho de la entrega de una cosa, es decir, el paso de la cosa de una mano a otra, no es, ni puede ser nunca por sí solo un índice inequívoco de una transmisión dominical. La *datio rei* o entrega de una cosa es, como ponen de relieve Ferrini y Ursicino Alvarez, un hecho en sí mismo incoloro y equívoco, que puede servir para realizar múltiples fines económicos de naturaleza profundamente diversa, como son, por ejemplo, la cesión de una cosa en préstamo (mutuo o comodato), en arrendamiento, en custodia o depósito, en garantía o prenda, etc”³⁵⁰.

Por lo que, precisa este autor, “para que exista una verdadera transmisión del dominio es necesario: Primero, que exista una concorde voluntad de las partes de transmitir y adquirir el dominio. Segundo, que se produzca un comportamiento traslativo, una entrega de la cosa o una *datio possessionis*, como decían los clásicos (Cuiacio, Donello, Pothier, etc.), una *consignatio*, como decía De Luca. Tercero, que exista una justa causa. Cuarto, que el tradente sea un *verus dominus*”.

El Código Civil español permite que la traditio o entrega se efectúe de varias formas, desde la más puramente material hasta otras más espiritualizadas, fruto de la evolución de la traditio desde el Derecho Romano, para adaptarla a las diferentes circunstancias socio-económicas³⁵¹:

- Traditio material, real o física: Según el artículo 1462.1, “se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador”. La dicción literal de este artículo es una copia del artículo 1604 del *Code* francés, “*la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et posesión de l’acheteur*”. Tiene, pues, una directa conexión con el artículo 438 del Código civil español y, en definitiva, se trata de una ocupación material o física del objeto, ya que según este artículo “la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho”.
- Traditio ficta: En estos supuestos la transmisión se produce sin verdadera entrega material, sin un acto que suponga un signo exterior de reconocibilidad,

³⁵⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, Ob. cit. pág. 556.

³⁵¹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español”, Ob. cit. págs. 558- 561.

ya que la tradición entendida como efectiva entrega o como traspaso posesorio es ficticia, y lo que realmente se produce es un acuerdo traslativo³⁵². En este caso, existen varios supuestos, como la *traditio* instrumental y la simbólica.

La *tradición instrumental* aparece establecida en el artículo 1462.2 del Código civil: “Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta **equivale** a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario”³⁵³.

Esta forma de tradición exige, según la mayoría de la doctrina, que para que surta efecto traslativo, el transmitente esté en posesión del objeto transmitido, porque en caso contrario no puede entregarla. No obstante, existen autores que mantienen el efecto traslativo aún sin haber efectivo traspaso posesorio, al equivaler la escritura pública a la entrega.

Mantener a ultranza una u otra tesis resulta complicado, según el supuesto ante el que nos encontremos, en relación al tipo de posesión de que adolezca el transmitente, pues habrá que diferenciar entre la posesión inmediata o real y la mediata.

Si el transmitente no mantiene la posesión inmediata pero sí la mediata no parece haber inconveniente alguno, pues la posesión mediata o *ius possidendi* se transmite con la escritura pública.

El problema se plantearía si de lo que adoleciera el transmitente fuera el *ius possidendi*, el derecho de posesión más ampliamente considerado, (ej. poseedor despojado que deja transcurrir más de un año sin reclamar su derecho³⁵⁴). En este caso, un sector de la doctrina ha entendido que la falta de posesión impide su entrega, “pues mal puede desplazar la posesión quien no la tiene, y por ello la transmisión de la propiedad”³⁵⁵.

³⁵² Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. cit. pág. 776.

³⁵³ Vid. en este sentido, las SSTs de 8 de julio de 1983, 20 de octubre de 1990.

³⁵⁴ Según el artículo 460.4 del Código civil, “el poseedor puede perder su posesión, por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año”.

³⁵⁵ Vid. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, 1954, pág. 175.

En contra de esta opinión se pronuncian: ALBALADEJO: *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Barcelona, 2002, pg. 168; DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2002, págs. 64-65; RODRÍGUEZ OTERO, L.: *Cuestiones de Derecho Inmobiliario. El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la*

“Si algo es la tradición es transmisión de la posesión en concepto de dueño. Si se afirma que la escritura pública transmite la propiedad a pesar de no ser poseedor el transmitente, me parece que habrá que sostener que lo hace sin ser tradición. Pero eso no se ve en donde puede apoyarse. No creo que se pueda llamar tradición a lo que no sea cesión de la posesión en concepto de dueño”³⁵⁶.

La tradición simbólica, está recogida en el artículo 1463.1 del Código civil, según el cual, “Fuera de los casos que expresa el artículo precedente, la entrega de los bienes muebles se efectuará: por la entrega de llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados”.

Y en sentido semejante, el artículo 1464 del mismo texto legal dispone, “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”.

En este caso, “la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa sino a la entrega de una accesoria en la que queda simbolizada la principal. En nuestro Código civil se recogen dos casos muy significativos:

1. La entrega de llaves del lugar o sitio en que se hallen almacenados o depositados los muebles, si se trata de la entrega de éstos. Aunque el artículo 1463 habla de esta forma de tradición simbólica para los bienes muebles sólo, ningún inconveniente existe en extenderla a los inmuebles, como de hecho se considera en el tráfico ordinario (v. gr., como forma de entrega del piso se dan las llaves).
2. La entrega al adquirente de los títulos de pertenencia. El artículo 1464 así lo permite respecto de bienes incorporales. Pero el propio Derecho positivo admite su extensión a bienes corporales. Así el Decreto de 22 de septiembre de 1917 autoriza a las entidades que describe a realizar operaciones peculiares de Compañías de almacenes generales de

propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema, Madrid, 200. págs. 262-4, 271-288.

³⁵⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a.: “El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Revista de Derecho Patrimonial, núm. 1, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 51-57.

depósito. Los documentos en que se haga constar el depósito servirán para que, mediante su cesión, se haga la de los productos depositados o su pignoración.

Generalizando, puede afirmarse que esta forma de traditio es aplicable cuando la posesión de las cosas quede materializada en un documento que en el tráfico jurídico vale como la cosa misma”³⁵⁷.

- Acuerdo entre los contratantes.

En virtud del artículo 1463.2 del Código civil, la entrega de los bienes muebles se efectuará “por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta, o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo”.

Son los supuestos de la *traditio brevi manu* y el *constitutum possessorium*, y, aunque el artículo 1463 se refiere únicamente a bienes muebles, “es claramente aplicable a la entrega de inmuebles”³⁵⁸.

La *traditio brevi manu* “entraña una transformación del título o del concepto por virtud del cual se posee; quien era un poseedor en concepto diferente del de dueño pasa a poseer en concepto de dueño”³⁵⁹.

El *constitutum possessorium* implica que “el transmitente continúa poseyendo, aunque en un concepto diferente del de dueño”³⁶⁰, con los consiguientes problemas de confusión respecto de la determinación de la titularidad frente a terceros, si no se da la suficiente publicidad y notoriedad al cambio de concepto posesorio, que es imprescindible para que efectivamente exista un signo exterior de reconocibilidad de la traslación, que es, en definitiva, la finalidad del traspaso posesorio³⁶¹.

³⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2002, pág. 63.

Vid, también, GARCÍA CANTERO, G: Comentario al artículo 1463. *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*. T. II. Madrid, 1991, págs. 912-913.

³⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III*. Ob.cit.pág.64.

³⁵⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. Cit. págs. 776-777.

³⁶⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. Cit. pág. 778.

³⁶¹ RODRÍGUEZ OTERO, L.: *Cuestiones de Derecho Inmobiliario. El derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción. La valoración de nuestro sistema*, Madrid, 2005, págs. 256-258.

- Transmisión hereditaria.

Es la llamada posesión civilísima y supone, según el artículo 440 del Código civil, una transmisión automática y totalmente ficticia de la posesión, ya que “se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a asirse la herencia”, y lo mismo se deduce del artículo 882, respecto de la transmisión de legados, si son de cosa específica y determinada, pues “el legatario adquiere su propiedad desde que el testador muere...”.³⁶²

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha planteado la idea de que la **inscripción en el Registro de la Propiedad** sea considerada como una forma o modo de suplir el requisito de la *traditio*³⁶³, en el sistema de transmisión de la propiedad y demás derechos reales, pero, hoy por hoy, la inscripción supone la previa elevación del título traslativo a escritura pública, entre otros casos, por lo que la entrega se produce desde ese momento, aplicando el artículo 1462 del Código civil, salvo que de ella se deduzca lo contrario. Desde esa perspectiva, la inscripción no deja de ser “meramente declarativa de la modificación jurídico-real producida”³⁶⁴, y un medio de publicidad para dotarla de eficacia frente a terceros.

La inscripción, por tanto, no puede considerarse de carácter constitutivo, puesto que en los casos en los que falla la tradición por falta de posesión en el *tradens*, la inscripción no produce automáticamente la transmisión, salvo en los supuestos

³⁶² Vid. al respecto, el supuesto de las transmisiones gratuitas en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III*, Ob. Cit. págs. 778-779.

³⁶³ Por ejemplo, VALDECASAS, G.: *La posesión*, Granada, 2006, págs. 77-80, ha afirmado que “la función de vestidura o exteriorización del derecho real que, por influjo principalmente de la *gewere*, tiene la posesión moderna, es desempeñada respecto a los derechos reales inmobiliarios, por la inscripción en el Registro de la Propiedad”. Entiende que “la inscripción en el Registro participa de la virtud que tiene la posesión como medio de constitución y transmisión de los derechos reales. Ya sabemos que la tradición sirve en nuestro Derecho como medio de transmisión de la propiedad y la mayor parte de los derechos reales limitados. Pues bien, en ciertos casos este efecto lo produce la inscripción independientemente de la tradición e incluso en contra de ella. Se dice entonces que la inscripción tiene fuerza constitutiva”.

³⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Vol. III*. Ob. cit. pág. 65.

Vid, también: DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, *Derecho Privado Europeo*, Ob. cit. pág. 963.

En este sentido, vid STS de 14 de diciembre de 1998, según la cual, en el “orden jurídico-civil, en el que, al no tener (salvo supuestos muy excepcionales) carácter constitutivo, a los efectos de la adquisición de algún derecho real, la inscripción en ningún Registro Público, la adquisición, a título oneroso, de la propiedad de un vehículo de motor, como la de cualquier otro bien mueble o inmueble, se rige exclusivamente por la llamada teoría del título y el modo, que (para las transmisiones a título oneroso, repetimos) consagran los artículos 609 y 1095 del Código civil, o sea, que el dominio solamente puede adquirirse mediante un contrato con virtualidad traslativa del dominio (título), como es la compraventa, acompañado o seguido de la entrega o tradición (modo) en cualquiera de sus modalidades (real, simbólica o ficta).

protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por su eficacia protectora del titular que inscribe de buena fe³⁶⁵, y los casos en los que, conociendo ambos contratantes (vendedor y comprador) el despojo de la posesión del vendedor, las dos partes estén de acuerdo en que la escritura pública surta efectos transmisivos de propiedad.

En estos casos, se habrá transmitido no sólo una acción reivindicatoria, sino también una propiedad despojada de posesión³⁶⁶.

No obstante, otros autores matizan esta postura al mantener que “si un propietario ya no es poseedor por serlo otro no debe existir problema en que ceda todo su derecho a otro. Es cierto que el artículo 36 de la Ley Hipotecaria demuestra muy claramente que puede adquirirse la propiedad sin que el transmitente fuera poseedor en concepto de dueño, pero para ello es preciso que el tercero reúna las condiciones del artículo 34 y además proceda en la forma que determina el artículo 36 de la Ley Hipotecaria”³⁶⁷.

Si se adquiere a *non domino* también la inscripción suple a la tradición, pero para ello es preciso reunir los requisitos del artículo 34 LH y proceder en la forma que determina el artículo 36 de la Ley Hipotecaria.

Todo esto resulta de la duplicidad de normas, existente en nuestro Derecho, sobre adquisición de la propiedad inmobiliaria que deben ser combinadas y que da un resultado original y extraño”³⁶⁸.

No obstante, la jurisprudencia se ha mostrado, en numerosas ocasiones, partidaria de recordar los requisitos de transmisión de la propiedad de nuestro

³⁶⁵ Vid. a favor de esta tesis, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Revista de Derecho Patrimonial, 1, 1998, págs. 45-61; ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, 1954, pág. 175.

Vid en contra, a favor de que la inscripción supla a la *traditio*: DE LA RICA, R: “Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario”, 1950, Conferencia recogida en el Libro Homenaje al autor, tomo II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, págs. 422-423; VALDECASAS, G.: *La posesión*, Granada, 2006, pág. 79.

Vid. la síntesis de las diferentes posturas al respecto en JEREZ DELGADO, C.: *Tradicón y Registro*, Cuadernos de Derecho Registral, 2004, págs. 31-65.

³⁶⁶ Vid, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Ob. cit. págs. 53-54; JEREZ DELGADO, C.: *Tradicón y Registro*, Ob. cit. pp. 224-233; DE PABLO CONTRERAS, P.: “La propiedad y la transmisión de los derechos reales”, *Derecho Privado Europeo*, Ob. cit. pág. 963.

³⁶⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Ob. cit. pág. 55.

³⁶⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a: “El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, Ob. cit. pág. 55.

ordenamiento jurídico, como presupuesto básico para llegar a las soluciones de conflictos que suelen plantearse con frecuencia en la realidad actual.

Como simple ejemplo, pueden mencionarse las SSTS de 30 de mayo de 1997 y 23 de marzo de 2004³⁶⁹.

En la STS de 30 de mayo de 1997, el Alto Tribunal afirmaba que “el mencionado artículo 609 del Código Civil determina los medios concretos para adquirir la propiedad y sirve para encabezar el Libro III de dicho Cuerpo Legal que tiene como titular la frase «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Uno de esos medios antedichos y recogido concretamente en su párrafo segundo, es el atribuido a ciertos contratos en los que, además, haya mediado la tradición. Dicho enunciado hace surgir y establece en nuestro derecho la teoría del título y del modo, como elementos esenciales, para que se pueda determinar la adquisición de la propiedad sobre bienes.

Pero, ahora bien, hay que observar que dicho precepto habla de «algunos» contratos, y no de «todos» los contratos. Pues desde luego, existen en nuestro derecho contratos como son el mandato, el comodato y el depósito, entre otros, que necesitan la concurrencia del título y el modo, para indicar la existencia de la transmisividad del dominio. Y se puede afirmar paladinamente que el contrato de compraventa es uno de ellos, pues dicho contrato-«per se»- no es un contrato traslativo de la propiedad, si no media la «traditio» o entrega del objeto, o dicho en otras palabras, la obligación de poner los medios adecuados para transmitir la propiedad de una cosa.

Y así, doctrina jurisprudencial de esta Sala, que se puede calificar de pacífica y constante, ha conseguido destacar en el contrato de compraventa su finalidad traslativa mediante la ampliación de la obligación, que corresponde al vendedor, de entregar la cosa objeto de dicho contrato (SS. 26 junio 1924, 4 junio 1928 y 8 marzo 1929, como unas de las más emblemáticas), incluso llegándose en la Sentencia de 27 mayo 1959 (RJ 1959\2471), a declarar que del estudio concordado del contenido de los artículos 1445, 1461, 1462 y 348 del Código Civil, se desprende que el contrato de compraventa se caracteriza por la transmisión que por él se hace del dominio de una cosa.

Sentado todo lo anterior y aplicándolo correspondientemente al caso controvertido, se puede afirmar que el documento privado de compraventa suscrito por don Emilio B. O. y doña M.^a Encarnación R. T., como compradores, y la firma «Construcciones

³⁶⁹ STS de 30 de mayo de 1997 (RJ 1997/4328) y STS de 23 de marzo de 2004 (RJ 2004/2288).

Hércules, SA», como vendedores, en documento privado de fecha 29 de julio de 1985, incluso con la adveración efectuada ante la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Gobierno de Andalucía, no significa, sin más, que dichos vendedores adquirieran la propiedad del piso vivienda -objeto del contrato-, pues se hubiera precisado para ello la tradición o entrega efectiva del mismo, circunstancia que no se dio antes del 3 de diciembre de 1986, fecha en que se practicó la diligencia de embargo de dicho piso-vivienda. Sobre todo cuando la elevación a escritura pública de dicha compraventa se efectuó el 11 de diciembre de 1986, instrumento que sí hubiera servido para configurar el elemento de la tradición, pero que se realizó en fechas posteriores al referido embargo. Sobre todo, y corrobora lo anterior, cuando en la cláusula quinta del contrato plasmado en documento privado, se habla del plazo para la entrega física - tradición- de la vivienda y de su coincidencia en el otorgamiento de la escritura pública”.

Y en la STS de 23 de marzo de 2004 se precisaba que “resulta incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (arts. 609 y 1095.2, SS. entre otras 22 diciembre 2000 [RJ 2000, 10136] , 14 febrero [RJ 2002, 1441] y 13 marzo 2002 [RJ 2002, 5697]), y la jurisprudencia tiene reiterado (SS., entre otras, de 21 de marzo [RJ 1998, 1511] y 14 de julio de 1998 [RJ 1998, 5548] , 9 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7556] , 14 de febrero [RJ 2002, 1443] y 10 de julio de 2002 [RJ 2002, 8242]) que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por si sólo la efectiva transmisión patrimonial pretendida.

No se han vulnerado los preceptos relativos a la entrega de la cosa vendida porque el vendedor entregó mediante la escritura pública aquello a que se obligó en la misma, sin que constituya objeto del litigio –como reitera la resolución recurrida– el hipotético incumplimiento de lo pactado en documento privado. Y por otra parte, no se dan los requisitos para apreciar la existencia de fraude de Ley ya que al ser el promotor el único propietario goza de la «cobertura» del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la división horizontal. Y en tal sentido se manifiesta la jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 16 de junio de 1998 (RJ 1998, 4897) , «a contrario sensu», y 30 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2421) , declarándose en esta última que «el adquirente en documento privado sin entrega de

posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal”.

d) Las adquisiciones a non domino. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria

El sistema de transmisión de la propiedad español establece como requisito fundamental para la validez de la transmisión la titularidad dominical del transmitente, pues existe un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual “nadie puede transmitir lo que no tiene”, sin embargo no debe dejar de mencionarse la fuerza de los principios registrales y de algunos de los preceptos de la legislación hipotecaria en materia de adquisición de propiedad.

En este sentido, el principio de fe pública registral y el artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria mantienen que “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”.

De ahí, que pueda llegar a salvarse el requisito de la titularidad dominical del transmitente, y permitirse una adquisición derivada de un transmitente no dueño (adquisición a non domino), de un no propietario, en aras de la protección de la apariencia jurídica que produce la publicidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad.

Para ello el adquirente debe cumplir los requisitos establecidos en dicho artículo 34 de la Ley Hipotecaria: adquisición de buena fe en virtud de un contrato oneroso, de un transmitente que aparezca como propietario en el Registro de la Propiedad y con facultades para transmitir, e inscripción del título del adquirente³⁷⁰.

³⁷⁰ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 2001, págs. 67-68.