

12.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1.473 del Código Civil

Comentario a cargo de:

MATILDE CUENA CASAS

Profesora Titular de Derecho civil (Universidad Complutense de Madrid)

SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán

Asunto: La aplicación del artículo 1.473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de una “cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto. Es irrelevante que la primera venta se haya consumado a favor del primer comprador. No cabe excluir del ámbito de aplicación del art. 1.473 Cc a las hipótesis de venta de cosa ajena. Dicho precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo y, sin embargo, la propiedad acaba perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública e inscribió su adquisición en el Registro.

Con esta interpretación se logra la necesaria concordancia entre el art. 1.473 Cc con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, normas en las que puede desembocar el supuesto de doble venta contemplado en el art. 1.473 Cc.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007

Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del art. 1.473 del Código Civil

MATILDE CUENA CASAS

Profesora Titular de Derecho civil (Universidad Complutense de Madrid)

Resumen de los hechos

Los hechos que sirven de base para el recurso de casación objeto de la presente sentencia los conforman una doble venta de un mismo inmueble por su titular registral a dos compradores diferentes. El objeto del contrato sólo coincide en parte en ambos contratos, ya que el objeto del primero es la porción segregada de la finca matriz y, por el contrario, el objeto de la segunda venta fue la totalidad de la finca (incluida la segregada). Por lo tanto, lo que se vendió dos veces fue la porción segregada.

La primera escritura pública de venta se otorgó el 30 de octubre de 1992 y el precio pactado fue de 16.000.000 ptas, de los cuales 1.995.000 ptas fueron abonados en metálico y por el importe del resto la compradora se comprometió a subrogarse en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, asumiendo la deuda pendiente. La escritura de venta no se inscribió en el Registro de la propiedad y la parte compradora no se subrogó en la hipoteca, tal y como se había comprometido en dicha escritura. No obstante, la compradora tomó posesión del inmueble vendido.

La segunda escritura pública de compraventa se otorgó el 17 de febrero de 1998 a favor de una sociedad anónima. El precio pactado fue de 21.000.000 pts, cantidad que fue abonada al vendedor y al mismo tiempo se otorgó escritura de cancelación de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble, hipoteca en la que nunca llegó a subrogarse la primera compradora. La sociedad compradora procedió a inscribir su adquisición en el Registro de la propiedad.

La demanda se interpuso por la segunda compradora, una sociedad anónima, contra la primera, una mujer casada en régimen de separación de bienes, a la que se reclama la entrega de la posesión del inmueble por carecer de título para poseer el mismo. La compradora demandada se opuso a la demanda alegando que la segunda venta era ya de cosa ajena, ya que ella había adquirido el inmueble con anterioridad a la sociedad demandante y que ésta, además, había actuado de mala fe, ya que conocía la existencia de una primera venta.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por dos razones: la primera, porque la venta celebrada en primer lugar no se consumó por haber incumplido la compradora sus obligaciones en orden a quedar subrogada en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble vendido. La segunda, porque la compradora que contrató en segundo lugar carecía de la buena fe requerida por el art. 34 LH, dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y “debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca “in situ””.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora (la segunda compradora), la Audiencia lo estimó por entender, en primer, lugar que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, porque la primera venta no había llegado a consumarse por falta de pago de la mayor parte del precio. En segundo lugar, por aplicación del art. 1.473 Cc y 34 LH, la segunda compradora se veía amparada por estos preceptos, ya que la primera compradora no inscribió su adquisición en el Registro de la propiedad. En tercer lugar, se considera que la posesión de la finca por la primera compradora no constituye dato suficiente para considerar la actuación de la segunda compradora como contraria a la buena fe, ya que la posesión puede obedecer a un contrato distinto de la compraventa. Y en cuarto lugar, la posesión de la primera compradora cabe calificarla de “clandestina”, lo que se deduce del dato de que ni siquiera pasó a retirar de la notaría la escritura de compraventa, ni pagó los impuestos correspondientes, ni se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación la parte demandada (la primera compradora) por aplicación indebida del concepto de doble venta contenido en el art. 1.473 Cc y por infracción del art. 34 LH por cuanto la entidad demandante no era compradora de buena fe.

COMENTARIO

Sumario: 1. Las distintas posiciones jurisprudenciales respecto al alcance del artículo 1.473 Cc. 2. La doble venta y las adquisiciones *a non domino*. 2.1. La categoría de la *inoponibilidad* como fundamento de la preferencia del comprador que inscribe. 2.2. La necesidad de que la primera venta no haya sido consumada como requisito de aplicación del art. 1.473 Cc. 3. La regulación de la doble venta no constituye un reflejo de la teoría del título y el modo: la doble venta y la venta de cosa ajena. 4. El requisito de la buena fe. 5. Bibliografía.

1. Las distintas posiciones jurisprudenciales respecto al alcance del artículo 1.473 Cc

El art. 1.473 regula el supuesto de doble venta tanto de bienes muebles como de inmuebles, estableciendo respecto de estos últimos que “*la propiedad*

pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro de la propiedad". Se trata de una norma compleja, que debe ser incardinada con el sistema de transmisión derivativa de los derechos reales contemplado en el art. 609.2 Cc y con el bloque normativo contenido en la Ley Hipotecaria.

La complejidad del supuesto de hecho de la norma y su conexión con aspectos sumamente relevantes del derecho patrimonial ha provocado variada y –también hay que decirlo– contradictoria jurisprudencia. Lo que primero llama la atención es que los casos de doble venta son extraordinariamente frecuentes en la práctica (a pesar de que el acto, en algunos casos, puede ser reprochable desde el punto de vista jurídico penal por constituir delito de estafa (art. 251 Código Penal)), incluso no son pocos los supuestos en los que se ve involucrada una venta judicial. El hecho de que se dé esta hipótesis en nuestro Derecho se justifica por el diseño de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales que es un sistema declarativo. Obviamente, si el sistema fuera de inscripción constitutiva, no sería precisa una norma de esta naturaleza, pues siempre prevalecería el sujeto que inscribió en el Registro de la propiedad frente al que no lo hizo, ya que el segundo estaría adquiriendo *a domino*, pues el primero no completó el proceso adquisitivo.

Sin embargo, en un sistema de inscripción declarativa como el nuestro, puede suceder que el primer comprador haya adquirido el dominio como consecuencia de la tradición realizada por consecuencia de la primera venta y, por lo tanto, la segunda venta lo sea de cosa ajena, de manera que el segundo comprador amparado en los arts. 32 ó 34 LH consolide una adquisición *a non domino*. Pues bien, sobre esta cuestión ha vacilado la doctrina del TS y la sentencia que comento pretende llevar a cabo una unificación de la misma.

Inicialmente, hasta los años 90, el TS vino aplicando el art. 1.473Cc a los conflictos planteados por dos ventas de un mismo inmueble por el mismo vendedor, con independencia del intervalo de tiempo que mediaba entre ambas. Igual daba que hubieran mediado horas que años. Y ello porque en el art. 1.473 Cc no se supeditaba su aplicación a ningún criterio cronológico. En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo 1988 (RJ 1988, 1554), 11 de mayo 1992 (RJ, 1992, 3895), 13 de abril 1993 (RJ. 1993, 2999).

Posteriormente, sobre todo a partir de los años noventa, cuando la doctrina primero y la jurisprudencia después, introduce un requisito adicional para la aplicación del art. 1.473 Cc: es preciso que exista una cierta "coetaneidad cronológica entre las dos ventas": si concurre se dará un caso de doble venta a resolver aplicando dicho precepto. Si no, se dará un caso de "venta de cosa ajena" excluido de su ámbito de aplicación (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1992 (RJ 1992, 3096), 8 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2052) 1 de julio de 1997 (RJ 1997, 5504), 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10399), 21 de junio de 2000 (RJ 2000, 5736) 11 de junio de 2004 (RJ 2004, 4427), 16 de mayo de 2006 (RJ 2006, 446). Este planteamiento ya parece a simple vista contradictorio

pues lo que provoca que la segunda venta lo sea de cosa ajena no es la coetaneidad cronológica entre las dos ventas, sino la circunstancia de que la primera se haya consumado por el vendedor efectuando una tradición eficaz para transmitir el dominio, ya se trate de una tradición real o instrumental. La jurisprudencia citada mezcla, pues, dos cuestiones que nada tienen que ver. Aunque haya transcurrido mucho tiempo entre la primera y la segunda venta, si la primera no se consumó desembocando en una adquisición del dominio por parte del primer comprador, la segunda venta no lo será de cosa ajena.

Por otro lado, inexplicablemente esta línea jurisprudencial excluye del ámbito de aplicación del art. 1.473 Cc la hipótesis de la venta de cosa ajena, como si doble venta y venta de cosa ajena fueran conceptos o hipótesis enfrentadas, cuando en realidad, como señalaré en su momento, ambos supuestos juegan como si de círculos concéntricos se tratara.

Consecuencia del planteamiento de esta línea jurisprudencial es la falta de conexión del art. 1.473 Cc y los arts. 32 y 34 LH que pueden desencadenar una adquisición *a non domino*. Si la primera venta se consumó por la tradición a favor del primer comprador, la segunda venta es de cosa ajena y, por lo tanto, ya no es de aplicación el art. 1.473 Cc, debiéndose mantener en su adquisición al primer adquirente (pues, además en muchos casos se entiende que la segunda venta es nula por falta de objeto). Siendo esto así, el art. 34 LH no sería de aplicación a los casos en los que el adquirente adquiere de titular registral que ha dejado de serlo por haber enajenado antes a otro. A este resultado lleva la doctrina jurisprudencial citada que, sin base legal alguna, añade un requisito al art. 1.473 Cc y se extrae del art. 34 LH una hipótesis que en ningún caso cabe entender excluida de su tenor literal. Así las cosas, la solución es distinta aunque la patología sea la misma: la falta de poder de disposición del transmitente. Si el *tradens* nunca fue dueño y, no obstante, aparece como titular registral, puede provocar una adquisición *a non domino* cuando enajena a título oneroso y el adquirente inscribe su adquisición. Por el contrario, la hipótesis del *tradens* que en su momento fue dueño, pero dejó de serlo por haber transmitido antes a otro, tal supuesto no puede desembocar en una adquisición *a non domino*.

Pues bien, la sentencia objeto del presente comentario, recuerda la doctrina sentada en la sentencia de 5 de marzo de 2007 (también comentada por mi en la presente obra) sobre el alcance del art. 34 LH como norma que viene a subsanar la falta de poder de disposición del transmitente como consecuencia de una venta de cosa ajena que hay que considerarla válida, no siendo por ello aplicable el art. 33 LH. Así mismo en dicha sentencia ya se anuncia que no cabe excluir la aplicación del art. 1.473 Cc a los casos de venta de cosa ajena. Este último extremo fue apuntado en dicha sentencia, si bien, el TS no pudo unificar doctrina respecto al mismo puesto que no se citó como precepto infringido en el recurso de casación. Por el contrario, aprovecha el TS la ocasión que le brinda la presente sentencia para aclarar que “la aplicación del art. 1.473 Cc no exige necesariamente el requisito de una “cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas

en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor mediante tradición material (art. 1.462.1 Cc), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido plasmado en escritura pública (art. 1.462.2 Cc) e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del art. 1.473 Cc tanto con los arts. 606 y 608 Cc como con la Ley Hipotecaria: con su art. 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su art. 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el art. 207 LH” (fundamento de derecho segundo). En definitiva, el TS no excluye la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del art. 1.473 Cc que, por ello, puede desembocar en una adquisición *a non domino* a favor del segundo comprador (arts. 32 y 34 LH).

Son muchos los temas que suscita la sentencia, algunos de los cuales ya han sido tratados en el comentario a la sentencia de 5 de marzo de 2007, en particular el de la validez de la venta de cosa ajena y su conexión con los arts. 33 y 34 LH. Por el contrario, es este el lugar de tratar la delimitación conceptual entre venta de cosa ajena y doble venta, señalando la tesis que la sentencia que comentario viene a establecer sobre el alcance del art. 1.473 Cc.

2. La doble venta y las adquisiciones *a non domino*

Se ha entendido por un sector doctrinal, al que, como he señalado, acompaña cierta jurisprudencia, que las varias ventas que prevé el art.1.473 han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida por un comprador, pues, a lo que se tiende es a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende y alguien la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la venta de cosa ajena y no por la de la venta múltiple [ALBALADEJO (1989), p. 89, y (1978), p.20; GARCÍA CANTERO (1991), p. 25; FERNÁNDEZ ARROYO, (1994), p. 665; MOLINA GARCÍA (1975), p. 75; PETIT SEGURA (1990), p. 13; PAU PEDRÓN (2001), p. 570]. Es decir, las diversas compraventas deben tener lugar antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación. Estas posiciones conectan el régimen de la doble venta con la teoría del título y el modo y parten de la hipótesis de que el art. 1.473 Cc determina quién de los dos compradores *adquiere*, y no quién de los adquirentes es *preferido*. Hay que reconocer que el tenor literal de la norma favorece esta interpretación. Sin embargo, como es bien sabido, la letra de la norma no es el único criterio que debe valorar el intérprete (art. 3 Cc).

Si el art. 1.473 no resulta aplicable cuando la primera venta ha sido consumada ¿cómo se explica que venza el que inscribe frente al poseedor que no llevó su título al Registro? ¿Acaso es que la primera venta no se consumó por no haber tenido lugar la inscripción? ¿Es la inscripción un requisito de la transmisión *erga omnes*? Al respecto se han dado varias explicaciones.

2.1. La categoría de la inoponibilidad como fundamento de la preferencia del comprador que inscribe

No son pocos los autores que, por influencias del Derecho italiano o el francés han creído ver reflejado en el art. 1.473 Cc. la categoría de la inoponibilidad [RAGEL SÁNCHEZ (1994), p. 127]. De esta forma, el primer comprador que recibe la tradición real o fingida, habría adquirido. Sin embargo, cuando el segundo comprador recibe la posesión real o inscribe, el derecho del primer comprador resulta inoponible al segundo, el cual adquiere de un vendedor *dominus*, pues para el segundo comprador es como si la primera enajenación no se hubiera realizado, es decir, la primera enajenación es *ineficaz* respecto del segundo comprador.

Si es así se dirá que el primer comprador que no inscribió, a pesar de haber recibido la posesión del dueño de la cosa, *no adquirió* y, por tanto la adquisición que hace el segundo comprador es *a domino*, puesto que el primer comprador no completó el *iter* adquisitivo que este precepto prolonga hasta el momento de la inscripción. En este sentido se pronuncia GARCÍA GARCÍA (1993, p. 82), para quien «la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida, y deriva del dueño (adquisición *a domino*), a diferencia de los supuestos de venta de cosa ajena y de venta sin objeto o sin legitimación (...). La segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos *erga omnes*, mientras que la primera no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación de cantidad contra el vendedor y a las acciones contra otros terceros que no inscribieron». En el mismo sentido, CANO TELLO (1965, p. 276), RAMOS FOLQUES (1951, p. 406), CLEMENTE MEORO (2000, p. 155), MIQUEL GONZÁLEZ (1998, p.55). Para el último autor citado la inscripción suple a la tradición en bienes inmuebles. La tradición no es precisa cuando el adquirente inscribe y adquiere *a domino* y también cuando adquiere *a non domino*. También LALAGUNA DOMÍNGUEZ (2002, p. 833) considera que la regulación de la doble venta en el Código Civil constituye «una *modificación* de la doctrina del título y el modo» (la cursiva es del autor).

Es decir, si se parte de la posición de que el art. 1.473, en los bienes inmuebles, ha prolongado el *iter* adquisitivo, añadiendo la inscripción como requisito

de la transmisión *erga omnes* del derecho real, no tendrán cabida en el ámbito de aplicación de este precepto las adquisiciones *a non domino*, ya que se prefiere al que *ha adquirido* (título, modo e inscripción) en detrimento de quien no adquirió por no haber inscrito, sin que en el supuesto aparezca técnicamente una venta de cosa ajena.

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito, entendido como una nueva forma de ineficacia de los actos jurídicos frente a tercero, sería un artificio legislativo tendente a preservar a toda costa la máxima *nemo dat quod non habet* y a convertir *de facto*, en determinados supuestos la inscripción en constitutiva del efecto real [así lo entienden expresamente GARCÍA GARCÍA (cit., p 31) y PAU PEDRÓN (1990, p. 3368)], bien alterando el sistema transmisivo al negar que el primer comprador haya adquirido en virtud de título válido y tradición derivada de un *dominus*, o bien, admitiéndolo, pero considerando resuelta *ex lege* la primera adquisición por el hecho de que el segundo comprador inscribe. Para CANO TELLO (1965, p. 276) cuando es el segundo comprador el que inscribe, «dicha inscripción tiene carácter convalidante, constitutivo, *resolutorio de la adquisición anterior* en su caso y que surte plenos efectos entre las partes y frente a terceros». La cursiva es mía. También en este sentido BADENES GASSET (1969, p. 57).

Con este planteamiento que considera ineficaz esta primera adquisición frente al segundo comprador que de buena fe inscribe, se consigue mantener en favor de este último la facultad de disposición del vendedor sin que quepa hablar de adquisición *a non domino*. Esta forma de pensar procede de la doctrina francesa e italiana que recurrió al principio de inoponibilidad para explicar el régimen de la doble venta con el objetivo de evitar que un Registro de transcripciones legitimara adquisiciones *a non domino* [MENGONI (1968), p.11]. Se trata de preservar las consecuencias que se derivan de un sistema de transmisión consensual y coordinarlo con un pobre sistema registral de transcripción. La primera venta ha resultado ineficaz por aplicación del principio de inoponibilidad, y la adquisición del segundo comprador, por el mero hecho de haber acudido al Registro implica una adquisición *a domino*, pues «respecto a terceros es como si la primera transmisión no se hubiera efectuado, el enajenante es considerado siempre como propietario» [COLIN y CAPITANT (1984), p. 760.] No se trata de una venta de cosa ajena que resultaría nula en virtud del art. 1.599 *Code* y que, por tanto, permitiría al primer comprador impugnar el asiento. La primera venta genera una propiedad relativa, *inter partes*, inoponible al segundo comprador que transcribe su título. La adquisición de la propiedad no transcrita no tiene eficacia absoluta ya que puede prevalecer la adquisición de otro comprador que adquiera esa misma cosa y transcriba su título [FUNAIOLI (1951), p. 386]. Respecto al tratamiento de la doble venta en el Derecho francés e italiano y su incardinación con el sistema de transmisión *solo consensu*, cfr. CUENA CASAS (1996), pp.349 y ss.

Como señalaré posteriormente, no creo que para explicar el juego de la doble venta en el derecho español sea preciso acudir a la categoría de la inoponibilidad para *de facto*, excepcionar el sistema de transmisión de la propiedad consagrado en el art. 609 Cc al considerar que el segundo comprador adquiere *a domino* por no haber completado el primer comprador que recibe la entrega el *iter* transmisivo. Cuando el vendedor es titular registral, el supuesto encaja en el art. 34 LH, pudiéndose llegar al resultado de su aplicación aunque no estuviera regulado en nuestro derecho la doble venta consolidándose una adquisición *a non domino*. Aunque el resultado sea el mismo (protección del segundo comprador), no es lo mismo decir que lo es porque la primera adquisición le es inoponible por no estar inscrita y porque el primer comprador sólo adquirió una propiedad *inter partes*, que decir que el primero adquirió una propiedad *erga omnes* ex art. 609 Cc y que el segundo comprador preferido lo es por adquirir *a non domino*. No creo que sea preciso para explicar la regla del art. 1.473.2 Cc acudir a la discutible noción de la adquisición de la propiedad relativa, tesis, que de facto excepcionaría el sistema de transmisión de los derechos reales consagrado en el art. 609 Cc. En este sentido, VELA SÁNCHEZ, (2007, p. 90) también critica el planteamiento que construye una propiedad *inter partes*.

Cosa distinta es cuando el doble vendedor no es titular registral y el segundo comprador procede a inmatricular la finca o a reanudar el tracto sucesivo. En esta hipótesis, el segundo comprador no reúne los requisitos del art. 34 LH por no adquirir de titular registral y, sin embargo, el TS entiende que en este caso sería de aplicación el art. 32 LH, norma de corte francés que establece la inoponibilidad de lo no inscrito. El segundo comprador consolidaría una adquisición inatacable por la vía del art. 32 LH, lo que supone que la sentencia que comento parece adscribirse (*obiter dictum*) a la teoría dualista respecto de los terceros que resultan protegidos en nuestro sistema registral. [Sobre esta polémica vid. el reciente trabajo de JIMÉNEZ PARÍS (2007).

Transcribe en este punto el TS la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 que en referencia al art. 23 LH (hoy art. 32 LH) cuando se refiere al comprador que no inscribe la venta: “aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción”. A pesar del tenor literal de la Exposición de Motivos, entiende el TS que no puede interpretarse en el sentido de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que prevaleciera la seguridad jurídica fomentando la inscripción (Fundamento de Derecho segundo). El TS aclara pues, que la preferencia de la inscripción en el art. 1.473 Cc no altera el sistema de transmisión ni supone que el primer comprador que consumó la adquisición no hubiera adquirido, sino que la adquisición del segundo comprador puede serlo *a non domino* bien sea *ex art. 32* o *ex art. 34 LH*.

Aunque *obiter dictum*, la sentencia que comento parece terciar sobre uno de los temas más complejos de nuestro Derecho hipotecario. Se aleja de la teoría

monista de ROCA SASTRE (1954), p. 534 o de PAU PEDRÓN (2001), p. 583 (entre otros muchos autores), que contempla como única hipótesis la protección del tercero que reúna los requisitos del art. 34 LH, dejando huérfano de protección al segundo comprador que no adquiere de titular registral y, por el contrario, procede a hacer pública su adquisición inmatriculando la finca en el Registro de la Propiedad o reanudando el tracto sucesivo, en contra del tenor del art. 1.473 Cc. Como señala GORDILLO CAÑAS (2001, p. 196), “cualquier inscripción, tanto la primera como la causalmente engarzada en otra anterior, es, frente a la posesión y al título, causa de preferencia del comprador que inscribe”. Esta parece la idea acogida por el TS cuando reconoce que el segundo comprador del art. 1.473 Cc puede consolidar su adquisición ex art. 32 LH cuando no ha adquirido de titular registral, adquiriendo *a non domino* [LA-CRUZ-SANCHO (1984), p. 175; GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., p. 199, VELA SÁNCHEZ (2007, p. 92)].

Añade el TS que tal adquisición prevalecerá “si finalmente acaba transcurriendo el plazo establecido en el art. 207 LH”. Tal precepto establece que “*las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los artículos anteriores no surtirán efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha*”. Se entiende así, que durante los dos años que dura la suspensión de efectos, el adquirente *a non domino* queda a merced de que aparezca un verdadero dueño que venza al inmatriculante no propietario. Sin embargo, no han faltado quienes entienden que la limitación de efectos que establece el art. 207 LH no tiene lugar en el ámbito de la doble venta en el marco del art. 32 LH. En este sentido, ha dicho GORDILLO CAÑAS (2001., p. 201): “los efectos que en cuanto a terceros que por obra del art. 207 LH quedan en suspenso son, desde luego, lo que, *ex fides publica*, la inscripción podría provocar a favor de los causahabientes del inmatriculante, y del inmatriculante mismo frente al *verus dominus* para suplir el defecto de titularidad o poder positivo de su *causam dans*, anterior y por causa distinta a los actos desencadenantes de la hipótesis de la doble venta; no, en cambio, los que, en aplicación de los principios de prioridad o inoponibilidad, se sustanciarían en hacer prevalecer frente a cualquier otra, la adquisición que primero llega al Registro; precisa y solamente por la razón de haber llegado el primero”. Y es que de poco vale la preferencia lograda por el segundo comprador que inscribe que concede el art. 1.473 Cc y la inoponibilidad del art. 32 LH, si durante dos años tal adquisición puede ser impugnada por el primer comprador que no tuvo la diligencia de hacer pública su adquisición. Con todo, el TS alude al art. 207 LH en esta hipótesis, por lo que no parece restringir la aplicación de dicha norma al principio de fe pública registral.

En definitiva, el TS parece, pues, como he dicho, partir de la tesis dualista respecto al problema de la unidad o dualidad del concepto de tercero en nuestra Ley Hipotecaria.

2.2. *La necesidad de que la primera venta no haya sido consumada como requisito de aplicación del art. 1.473 Cc*

La teoría de la inoponibilidad en el sentido de que el segundo comprador adquiere *a domino* porque la primera transmisión le es inoponible es una de las interpretaciones que ha recibido la regulación de la doble venta inmobiliaria, pero no es la seguida en la sentencia recurrida. Por el contrario, en ella, siguiendo a otras muchas del TS, se entiende que el art. 1.473.2 Cc no resulta aplicable cuando la primera venta haya sido consumada, pues entonces ya no se trata de una doble venta, sino de una venta de cosa ajena estando este último supuesto excluido de su ámbito de aplicación.

Esta doctrina jurisprudencial se refería a la necesidad de que la primera venta no hubiera sido consumada por la entrega de la cosa por parte del vendedor al primer comprador. Sin embargo, la sentencia recurrida y también la de primera instancia distorsionan aún más si cabe esta discutible doctrina, al considerar que caso planteado constituye un supuesto de doble venta y no de venta de cosa ajena por no haberse consumado el contrato con el primer comprador, pero considerando que no se consumó desde el punto de vista de las obligaciones del comprador. Así, la sentencia de primera instancia y la de apelación entienden que la primera venta no fue consumada porque la parte compradora no abonó la totalidad del precio pactado ni se subrogó en la hipoteca que pesaba sobre el inmueble. Tremendo error el que se comete en las sentencias recurridas por entender que la primera compradora no adquirió la propiedad por falta de pago del precio. Con acierto corrige el TS semejante doctrina al señalar que “la falta de pago del resto del precio por la primera compradora no podía impedir que ésta adquiriera la propiedad de la finca, pues amén de haber comprado mediante escritura pública de la que no resultaba ni se deducía nada contrario a su equivalencia a la entrega de la cosa (art. 1.462.2 Cc), las propias peticiones de la demanda revelan que esa primera compradora estaba en poder y posesión de la finca litigiosa” (Fundamento de Derecho segundo).

Efectivamente, a los efectos de la transmisión de la propiedad es preciso contrato y tradición, siendo irrelevante desde el punto de vista jurídico real la falta de pago del precio, “salvo que se haya pactado una reserva de dominio a favor del vendedor bien se haya pactado una condición resolutoria, cuya respectiva constancia registral sí afectará tercero del art. 34 LH” (Fundamento de Derecho segundo). Tal circunstancia tiene consecuencias desde el punto de vista obligacional, a saber, podrá provocar la resolución del contrato a instancias del vendedor, resolución que sí tendrá impacto en la transmisión de la propiedad en la medida en que deja inoperante el título. Como acertadamente señala el TS la primera compraventa, aún no habiendo cumplido la parte compradora sus obligaciones, es absolutamente válida mientras no se proceda a su resolución (Fundamento de Derecho segundo).

Aunque la sentencia recurrida plantea mal la doctrina que supedita la aplicación del art. 1.473 Cc a la falta de consumación de la primera venta, ya que lo hace, como he dicho, teniendo en cuenta el cumplimiento de las obligaciones de la compradora y no la del vendedor de entregar la cosa, el TS aprovecha la ocasión para descartar esa doctrina que entiende que el art. 1.473 Cc no resulta aplicable cuando el vendedor ya ha entregado la cosa al primer comprador consumando las adquisiciones a favor de éste y generando una venta de cosa ajena con el segundo comprador.

Según la doctrina citada que requiere la falta de consumación del primer contrato, la preferencia que dicho precepto establece para el segundo comprador que inscribe, sólo tiene lugar cuando adquiere *a domino*, de manera que el primero no haya recibido ninguna forma de tradición ni real ni fingida teniendo sólo un derecho de crédito frente al vendedor. En este caso el segundo comprador adquiere de un dueño y en virtud de tradición (la instrumental del art. 1.462.2º Cc.) derivada de la escritura pública necesaria para acceder al Registro. Pues bien, para llegar a esta solución no es necesario el art. 1.473 Cc, sino que basta el art. 609 Cc, ya que el segundo comprador adquiere en virtud de tradición procedente de un *dominus* y basada en un contrato válido. Por lo tanto, la tesis que excluye del ámbito de aplicación del art. 1.473 Cc a la venta de cosa ajena, tal y como hace la sentencia recurrida, lo hace por considerar que el art. 1.473 Cc fundamenta sus reglas de preferencia sobre la base de la teoría del título y el modo, es decir, el art. 1.473 Cc sería un *reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales* y excluye de su ámbito de aplicación las adquisiciones *a non domino*. El segundo comprador que inscribe es preferido por haber adquirido *a domino* y no porque, como se señala en la interpretación antes descrita, la inscripción se añada como requisito para adquirir la propiedad *erga omnes*.

Esta es la idea que subyace en la sentencia recurrida que casa el TS, idea que el alto tribunal pretende descartar en la sentencia que comento. Sólo con este planteamiento cabe entender que se excluya la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del art. 1.473 Cc, norma que se reservaría para resolver un conflicto entre un comprador (el primero que no recibe la tradición por no haberse consumado la venta) y el adquirente (segundo comprador que adquiere *a domino* por ser dueño todavía el vendedor que no transmitió). Pues bien, esta interpretación deja vacío de contenido el art. 1.473 Cc, que no añadiría nada al sistema pues en materia de bienes inmuebles, aunque nada dijera el precepto, el segundo comprador sería preferido por ser primero en la tradición (art. 609.2 Cc).

La cuestión se plantea, asimismo, en materia de bienes muebles respecto de la interpretación que merece la expresión legal del art. 1.473.1º «*que primero haya tomado posesión de ella con buena fe*». Nuestro Código civil no ha especificado qué tipo de posesión debe haber adquirido el *accipiens* para ser preferido por el art. 1.473.1º, a diferencia del art. 1.141 del Código Civil francés, que en este punto ha sido más explícito refiriéndose a la «posesión real». Como señala RUBIO GARRIDO (1994, p. 83) «si se entiende que que-

dan incluidos todos los modos de adquirir la posesión derivativamente, descritos en los arts 1462 y ss Cc., la regla no sería, en sustancia más que una materialización *sub specie facti* del título y modo: será legalmente preferido el comprador que primero haya conseguido el *modus acquirendi*, es decir, la entrega con valor traditorio en cualquiera de sus formas. Por el contrario, si se estima que tan sólo abarca a los compradores *que hayan recibido a título derivativo la posesión inmediata, corporal o de hecho*, la regla no sería necesariamente una secuela de la teoría del título y el modo, ya que en no pocas ocasiones consagraría la preeminencia de un comprador, *luego que el otro había consumado ya su adquisición mediante la recepción de una traditio ficta*».

En definitiva, el problema de fondo que subyace en la tesis que mantiene la sentencia recurrida es el de determinar si el art. 1.473 forma parte del sistema transmisivo de los derechos reales, en el sentido de que completa al art. 609 o si, por el contrario, se limita a dirimir un conflicto entre *adquirentes*, de manera que juega con independencia del mismo: si, en suma, no lo altera ni lo excepciona, sino que simplemente lo ignora, eligiendo al comprador que ha sido más diligente a la hora de hacer pública su adquisición. Sólo si se interpreta el art. 1.473 como un reflejo de la teoría del título y el modo cabe hacer las afirmaciones que se contienen en la sentencia recurrida, en el sentido de excluir la aplicación de la norma cuando se ha consumado la adquisición del primer comprador. Se entiende que en ese caso es clara la adquisición del primer comprador primero en la tradición y no hay que dirimir ningún conflicto. Por el contrario, si tal venta no se consumó, la propiedad corresponderá al que inscriba y que, además, dada la eficacia traditoria del instrumento público, será un adquirente *a domino*. Se excluye la venta de cosa ajena de la hipótesis regulada en el art. 1.473 Cc.

Pues bien, el TS en la sentencia objeto del presente comentario descarta dicha interpretación: doble venta y venta de cosa ajena no son conceptos excluyentes. El art. 1.473 Cc no debe ser interpretado como un reflejo de la teoría del título y el modo. En ocasiones, la solución que cabe deducir de la aplicación de la norma coincide con la que resultaría de aplicar la teoría del título y el modo. Así, por ejemplo, cuando el primer comprador no recibe la posesión y el segundo inscribe. Sin embargo, cuando el primero recibió la posesión y se prefiere al segundo que inscribe, salvo que se violente flagrantemente el tenor literal de la norma, así como su espíritu y finalidad, necesariamente, se generará una adquisición *a non domino*, lo que resultará no sólo del art. 1.473 Cc, sino también de los arts. 32 y 34 LH. Y es que no cabe olvidar que si el doble vendedor es titular registral, el segundo comprador que inscribe, reúne los requisitos del art. 34 LH, y ello cualquiera que fuera la interpretación que quiera darse al art. 1.473 Cc. [GORDILLO CAÑAS (2008), p. 1441]. Cosa distinta es que como consecuencia se añada la nulidad de la venta de cosa ajena que excluiría la aplicación del art. 34 LH, al insertar el supuesto en el art. 33 LH, idea que ya ha sido tratada en el comentario a la sentencia 5 de marzo de 2007. Por el contrario, la

coordinación del art. 1.473 Cc con las normas que establecen adquisiciones *a non domino* es, en definitiva, la tesis que mantiene el TS y que, a mi juicio, se fundamenta en la circunstancia de que la regulación de la doble venta no es un reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales, tal y como expongo a continuación.

3. La regulación de la doble venta no constituye un reflejo de la teoría del título y el modo: la doble venta y la venta de cosa ajena

La interpretación del art. 1.473 Cc que el TS descarta en la sentencia que comento vincula claramente la operatividad de las reglas en dicho precepto incluidas con la teoría del título y el modo. Si se entiende que el art. 1.473 Cc pretende determinar “quien adquiere”, lo cual –dicho sea de paso– parece deducirse de su tenor literal, si el primer comprador recibió la posesión de la cosa del *dominus*, el segundo comprador que inscribe no puede ser preferido pues el primero ya ha adquirido y la segunda venta ya es de cosa ajena. Esta es la tesis de la sentencia recurrida. Si a ello le unimos la idea –a mi juicio, equivocada– de que la venta de cosa ajena es nula, reconduciéndose el supuesto al art. 33 LH, es claro que el principio de fe pública registral no podría aplicarse nunca a los casos de doble venta, restricción del ámbito de aplicación de dicho precepto, a mi juicio, absolutamente injustificada, tal y como he señalado en el comentario a la sentencia de 5 de marzo de 2007.

Sin embargo, entiendo (como ya expuse en 1996, cit., pp 329 y ss)–y así también parece admitirlo el TS en la sentencia que comento–, que la regulación de la doble venta contenida en el art. 1.473 Cc no constituye una aplicación de la teoría del título y el modo que excluya de su ámbito las adquisiciones *a non domino*. Esta forma de pensar nos lleva a que sólo sea preferido el segundo comprador que inscribe cuando el primer comprador nada ha recibido del vendedor y, si esto es así, el segundo comprador que inscribe, adquiere *a domino*, y el criterio de la inscripción nada le aportaría, pues ya sería preferido, según el art. 609 Cc. Interpretar el art. 1.473 Cc en clave del sistema de transmisión excluyendo de su ámbito la venta de cosa ajena, supone dejar prácticamente vacío de contenido el art. 1473, ya que nada aportaría al sistema [en este sentido, RUBIO GARRIDO (1994), p. 83]. Como ha señalado GORDILLO CAÑAS (2008, p. 1441), cuyas afirmaciones comparto plenamente, “doble venta y venta de cosa ajena son tópicos jurídicos que, como tales, mantienen siempre su identidad aunque a veces puedan venir a superponerse desde el punto de vista lógico o conceptual. La doble venta, en efecto, lleva a la venta de cosa ajena, aunque no toda venta de cosa ajena tenga que darse en el caso de la doble venta. Pero cuando la venta de cosa ajena se produce por efecto de la doble venta, su tratamiento es el correspondiente a esta específica hipó-

tesis (...)”. Efectivamente, una venta de cosa ajena puede proceder de una doble venta en la que el primer comprador adquirió la propiedad y la solución que deba darse a esta venta de cosa ajena no tiene que diferir de la que se produce cuando alguien compra de un vendedor que nunca lo fue. La patología en ambas hipótesis: la falta de poder de disposición del *tradens* y, por lo tanto, la solución debe centrarse en la aplicación de las normas que regulan las adquisiciones *a non domino*, normas que no tienen que excluirse cuando la hipótesis procede del art. 1.473 Cc [en este sentido, VELA SÁNCHEZ (2007), p. 83].

A mi juicio, y también parece que al del TS, el art. 1.473 Cc se limita a dirimir un conflicto entre *adquirentes*, de manera que juega con independencia del sistema de transmisión de la propiedad, el cual no es alterado ni excepcionado, sino que simplemente se ignora en una hipótesis especial, eligiendo al comprador que ha sido más diligente a la hora de *hacer pública* su adquisición.

El tenor literal del art. 1.473 Cc ya pone de relieve que los criterios de preferencia en materia de doble venta no guardan correlación alguna con el sistema de transmisión de los derechos reales contemplado en el art. 609 Cc.

En materia de *bienes muebles*, el art. 1.473 Cc. establece como criterio la posesión de buena fe; dado que nuestro sistema exige la tradición para la transmisión de los derechos reales, aparentemente el criterio utilizado coincide con el sistema transmisivo. Sin embargo, esta coincidencia no resulta tan clara ya que la preferencia se otorga al que obtuvo la posesión con buena fe. No parece que se atienda al sistema de transmisión del art. 609, pues, en ese caso, en principio, bastaría la transmisión de la posesión. Por otra parte, se habla de *posesión* y no, como en el art. 609 Cc., de *tradición*. El criterio de preferencia tan sólo coincide con una forma de tradición, la real del art. 1.462.1º Cc. Por tanto, ni en materia de bienes muebles es patente la correlación entre el art. 1.473 y el 609 Cc. En este sentido, PAU PEDRÓN, (2001, p. 577).

Más palmaria es la falta de correlación del art. 1.473.2º Cc. respecto del sistema transmisivo, en bienes inmuebles; el precepto establece como criterio de preferencia la inscripción en el Registro de la propiedad, lo que ha llevado a algún autor a ver en este precepto la sustitución de la tradición por la inscripción para la transmisión *erga omnes* de la propiedad y demás derechos reales [J.M MIQUEL (1998), p. 55 o GARCÍA GARCÍA (1988), p. 589].

El problema de si la regulación de la doble venta constituye o no un reflejo del sistema de transmisión de los derechos reales se planteó también en Francia con respecto a los bienes muebles, ya que en virtud de lo que dispone el art. 1.141 del *Code* equivalente a nuestro art. 1.473.1º, parecía haberse resucitado la tradición en el sistema de transmisión francés, excepcionándose el sistema de transmisión consensual. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha rechazado semejante interpretación del art. 1141; sostiene LAURENT (1893, p. 429, nº 363) que «dicho precepto no está contemplando un supuesto general. Si la finalidad del precepto hubiera sido determinar cuándo se transmite la propiedad res-

pecto de terceros, el legislador habría dicho simplemente que la propiedad de las cosas muebles no se adquiere frente a terceros más que por la tradición; el art. 1.141 no dice eso, ni se ocupa de un principio, éste está ya formulado en el art. 1.138: la propiedad de los bienes muebles se transmite tanto respecto a terceros como entre partes, por efecto del contrato, aunque la tradición no haya sido hecha. La cuestión que dilucida el art. 1.141 es la de quién adquiere cuando una cosa mueble ha sido vendida sucesivamente a dos personas y ha sido entregada a uno de los compradores. Y decide en favor del poseedor de buena fe. El art. 1.141 resuelve una dificultad especial, su efecto ha de ser limitado al caso contemplado en él y no convertirlo en principio general». En el mismo sentido, DE LA MORANDIÈRE (1964, n° 242) o PLANIOL y RIPERT (1943, n° 2898).

Y es que resulta cuanto menos llamativo el que si el art. 1.473 Cc debe resolverse en coherencia con el sistema de transmisión y, por lo tanto, excluyendo de su ámbito de aplicación los casos en que la primera venta haya sido consumada y, por tanto, la venta de cosa ajena, tal norma encuentre idéntico reflejo en otros ordenamientos como el italiano (art. 1155) y el francés (art. 1.141) que se rigen por el sistema de transmisión consensual y, por lo tanto, cuando la primera venta se ha celebrado, ya se ha transmitido la propiedad. Una de dos, o realmente la norma reguladora de la doble venta terminaba con el sistema de transmisión *solo consensu* instaurando de facto la tradición y la transcripción o, como reconoce la mejor doctrina gala e italiana, la regulación de la doble venta contempla una hipótesis especial dando una solución al margen de la que se habría logrado aplicando el sistema de transmisión de los derechos reales. [Sobre el tratamiento jurídico que la doctrina francesa e italiana dan a la doble venta, cfr. CUENA CASAS (1996), pp. 349 y ss].

Semejantes argumentos cabría aducir también con respecto al art. 1.473.2° en lo que se refiere a las relaciones entre tradición e inscripción. El art. 1.473 Cc. está resolviendo un conflicto de venta múltiple; un conflicto para cuya resolución nuestro legislador no ha estimado suficientes las normas generales del sistema de transmisión y ha introducido un criterio adicional: el de la publicidad. Con independencia de quién haya adquirido de acuerdo con las normas generales del sistema, será preferido el *adquirente* que de *buena fe* haya hecho patente respecto de los terceros su adquisición. En este sentido, no se habla de tradición sino de *posesión de buena fe* de los bienes muebles y de *inscripción* respecto a los bienes inmuebles. Ello no quiere decir que se haya alterado el sistema de transmisión. Como señala LAURENT, el art. 1.141 (nuestro art. 1.473) decide una dificultad *especial*, y por ello debe ser limitado al caso para el que está previsto sin convertirlo en un principio general.

En la actualidad, y así lo mantiene el TS en esta sentencia, el art. 1.473 debe ser puesto en conexión con las normas que establecen supuestos de adquisición *a non domino* ya que, conforme el criterio clásico de entender este precepto en conexión con el art. 609, aparecen supuestos de conflicto con dichas normas. Así, si se entiende que el art. 1.473 Cc. constituye una

aplicación del sistema transmisivo, cuando el primer comprador de un bien mueble que recibe la cosa por tradición fingida resulta preferido al segundo comprador que recibe de buena fe la posesión real del bien, se plantea el conflicto entre el art. 1.473 y el art. 464 Cc. (interpretado desde la tesis germanista). En este sentido, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C., (1994, p. 105): «una solución siempre acorde al *iter* transmisivo normal llevaría a consecuencias inadmisibles, tales como proteger, frente a quien actuó de buena fe y con la debida diligencia, al propietario negligente que, descuidando la publicidad de su adquisición, y permitiendo la prolongación de una falsa apariencia de titularidad en el vendedor ha hecho posible una posterior venta de éste. Tal solución supondría un atentado contra la seguridad del tráfico y entraría además en colisión directa con lo establecido en los arts. 464 Cc.y 32 y 34 L.H.».

A mi juicio, el criterio de preferencia del art. 1.473.1º Cc., en materia de bienes muebles, es el de la posesión *real* [en este sentido, PUIG BRUTAU (1982), p. 180, LACRUZ BERDEJO (1990), p. 256, GARCÍA CANTERO (1991), p. 254, GORDILLO CAÑAS (2001), p. 191] y ello no quiere decir que exista una gradación entre las clases de tradición que establece el Código civil, sino que una cosa es la posesión y otra la tradición. Como ya he señalado, la tradición instrumental tiene valor traditorio-dispositivo siempre y cuando el *tradens* sea dueño con poder de disposición, mas no puede proporcionar la posesión cuando el *tradens* no la tiene (art. 460.4º Cc.). Así, cuando el doble vendedor entrega la cosa por alguna de las formas ficticias que regula nuestro Código civil, hay tradición del art. 609 Cc. e incluso puede proporcionar una posesión mediata, pero no la posesión de hecho que genera la apariencia que el art. 1.473 requiere para proteger al comprador. Cuando un comprador ha recibido la tradición fingida del *dominus*, ha adquirido la propiedad en virtud de lo dispuesto en el art. 609 Cc, pero ello no hace inaplicable el art. 1.473 Cc. Y ello porque, a pesar de haber adquirido dicho comprador en virtud del art. 609, el Código prefiere a quien, aun adquiriendo de un *non domino* (o *ex domino* por haber transmitido previamente la cosa a otro comprador) hace patente su adquisición. El art. 1.473 no favorece con una protección especial a quien es primero en la tradición (pues eso ya lo establece el art. 609 Cc.), sino a quien, con independencia de haber adquirido o no conforme al sistema general, hace *pública* de hecho su adquisición. Por ello, en ocasiones, será preferido quien efectivamente adquirió primero (adquirente *a domino*), pero otras veces puede ser preferido un adquirente *a non domino*.

En este sentido manifiesta LACRUZ BERDEJO (1990) p. 255]: «el art. 1.473 no es, en su planteamiento, necesariamente de adquisición *a non domino*, porque cuando la ley atribuye la propiedad a un primer adquirente, en perjuicio del segundo, la adquisición del primero es *a domino*. El propio artículo no tiene una misión de protección incondicionada del adquirente de buena fe,

sino que, en principio, su cometido es otro, a saber, el de dar un criterio para elegir quién, de entre varios compradores, va a recibir la propiedad. Mas cuando la elección recae sobre el segundo, en perjuicio de otro anterior que era ya dueño, la adquisición del protegido por el art. 1.473 es *a non domino*. Por ello, coincido con él en no negar la virtualidad transmisiva de la tradición fingida realizada al primer comprador (razón por la cual estimo que la segunda venta la realiza un *non domino*), pero creo igualmente que dicha tradición fingida no crea la apariencia jurídica *erga omnes* que el art. 1.473.1º exige para atribuir la adquisición *definitiva* [GORDILLO CAÑAS, (1978), p. 407; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C., (1994), p. 105].

Pues bien, creo que la interpretación del art. 1.473 sobre la base de que resuelve una dificultad especial al margen del resultado al que se habría llegado de aplicar el sistema de transmisión de los derechos reales, atendiendo a criterios de publicidad, otorga el mismo fundamento a los dos párrafos del art. 1.473 Cc, ya se trate de bienes muebles o de inmuebles. En ambos supuestos, y al margen de quién hubiera recibido al tradición y si se hubiera o no consumado el contrato, se prefiere a quien hizo pública la adquisición, bien por la posesión en los bienes muebles o bien por la inscripción en los bienes inmuebles.

Es por ello por lo que no cabe delimitar el supuesto de hecho del art. 1.473 por cortes temporales: es decir, resultando aplicable tal precepto en el lapso de tiempo que media entre la perfección del contrato y su consumación, de manera que las ventas sucesivas deben haberse perfeccionado antes de la consumación de la primera, tal y como se mantiene en la sentencia recurrida. El art. 1.473 no determina quién *ha adquirido* sino quién es *preferido* aunque algún comprador haya consumado la adquisición por aplicación general del sistema establecido en el art. 609 Cc [en el mismo sentido, RUBIO GARRIDO (1994), p. 51; MARTÍNEZ SANCHIZ (1981) p. 105]. Y el criterio de preferencia tanto en materia de bienes muebles como inmuebles es el de la apariencia. Con independencia de quién haya adquirido, se prefiere al que haya hecho pública su adquisición, bien por la posesión, bien por la inscripción. [Ya expuse esta idea en CUENA (1996), p. 343. En el mismo sentido, VELA SÁNCHEZ (2007) p. 85]. Como señala GORDILLO CAÑAS (2001) p. 186] respecto del art. 1.473 Cc, “la norma en estudio no pretende hacer aplicación del mecanismo normal de la adquisición derivativa, sino adjuntar a éste el complemento exigido por lo que hoy llamamos seguridad del tráfico”. Ésta prevalece aunque sea a costa de generar una adquisición *a non domino*, lo cual puede suceder cuando la primera venta ha sido consumada. Y ello no porque la primera adquisición sea ineficaz o inoponible. Fue eficaz, el primer comprador adquirió y por eso el segundo lo hace *a non domino*. De ahí que la doble venta no sea incompatible con la venta de cosa ajena.

El TS claramente adopta esta idea en la sentencia objeto del presente comentario, señalando que el art. 1.473 Cc resulta aplicable aunque se haya consumado la primera venta debiendo concordarse dicho precepto con los arts.32 y 34 LH. Es la doctrina que unifica el TS en esta sentencia.

4. El requisito de la buena fe

En el caso que enjuicia la sentencia, después de admitir el TS que el supuesto objeto de la litis sí constituye un caso de doble venta y que no es obstáculo a ello el que se haya consumado la primera venta, al analizar la posición jurídica del segundo comprador que inscribe, el TS concluye que éste no merece la protección que le brinda el art. 34 LH por carecer de buena fe. Coincide en este punto con la sentencia de primera instancia que, efectivamente, estimó que la sociedad que fue segunda compradora carecía de buena fe dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y “debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*”.

La sentencia objeto del presente comentario conceptúa la buena fe que se exige en el art. 34 LH como la “creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si quiere con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa” (Fundamento de derecho tercero). Tal concepto viene a coincidir con el art. 1950 Cc ubicado en sede de usucapión ordinaria. La buena fe supone, pues, un desconocimiento de la falta de poder de disposición del transmitente, defecto que viene a subsanar precisamente el art. 34 LH [GORDILLO CAÑAS, (2006), p. 582]. Engloba el TS en un único concepto las dos vertientes positiva y negativa de la buena fe: la creencia de que el Registro es exacto o la ignorancia de que es inexacto.

Obsérvese que este concepto de buena fe que preconiza el TS y que viene a coincidir con el mantenido por la jurisprudencia anterior (Sentencias de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9046), de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8559), de 25 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7623), 8 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3975), 17 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1133), de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6693), se justifica por la admisión previa de la doble venta y la venta de cosa ajena en el marco del art. 1.473 Cc y su conexión con el art. 34 LH. Si se mantuviera la idea que postula la sentencia recurrida de que el art. 1.473 Cc no es aplicable cuando la primera venta ha sido consumada, la buena fe no podría consistir en la falta de poder de disposición del transmitente, sino en el desconocimiento de la primera venta, de manera que el segundo comprador que adquiere *a domino*, no consuma su adquisición si conoce la primera venta (tesis mantenida por PAU PEDRÓN (2001), p. 575). La sentencia recurrida incurrió en una importante contradicción, pues considerando aplicable la doble venta por entender que no hubo consumación (si bien lo entiende por falta de pago del precio) y no venta de cosa ajena, considera aplicable el art. 34 LH a favor de la segunda compradora, lo cual es un contrasentido, pues si la primera compradora no adquirió, el segundo comprador no debía ampararse en el art. 34 LH pues adquiriría *a domino* y la buena fe exigible no puede consistir en ignorar que el *tradens* no es dueño.

Pues bien, el TS entiende que es aplicable el art. 1.473 en conexión con el art. 34 LH, que la segunda venta lo es de cosa ajena y que el segundo compra-

dor no debe de ser protegido porque carece de la buena fe exigida en el art. 34 LH, que consiste en el desconocimiento acerca del poder de disposición del transmitente. Posición, pues, absolutamente coherente, ya que el concepto de buena fe en esta sede está estrechamente vinculado con la inteligencia que se profese del ámbito de aplicación del art. 1.473 Cc. Es así que este precepto es también aplicable a la venta de cosa ajena cuando la primera se ha consumado, y que ha de interpretarse en conexión con el art. 34 LH, la buena fe no es el simple desconocimiento de una venta no consumada, sino de la falta de poder de disposición del *tradens*.

Con todo, la afirmación más llamativa que hace el TS a este respecto es la negación de la buena fe de la sociedad que compra en segundo lugar por conocer que la finca vendida estaba siendo poseída a título de dueño por la primera compradora. El TS deduce de los hechos probados que la segunda compradora conocía la existencia de la posesión de la finca litigiosa por la primera compradora, lo que se demuestra entre otras razones por el hecho de que en la demanda interpuesta por la segunda compradora en la que ejercita una acción reivindicatoria, se solicitó que “se procediera al desalojo de la finca, que ocupa ilegalmente”. Pero además, estima el TS, que siendo tan pública la posesión de la finca por la primera compradora, “si fuera cierto que la demandante, segunda compradora, desconocía que la mayor parte de la finca había sido comprada varios años antes por otra persona al mismo vendedor y esa otra persona venía poseyendo lo que había comprado, sólo a su notoria negligencia podría deberse tal desconocimiento, y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa, al faltar la buena fe exigida tanto por la letra del art. 34 LH como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del art. 1.473 Cc” (fundamento de Derecho tercero).

Por lo tanto, aunque el primer comprador no haya inscrito en el Registro su adquisición, ello no significa necesariamente que el segundo comprador que inscribe tenga buena fe, pues puede haber conocido la existencia de la primera adquisición por medios ajenos al Registro de la propiedad y, a estos efectos, no cabe olvidar que la posesión sigue siendo una forma de publicidad. No basta con ir al Registro para verificar la titularidad de la finca, sino que el preciso ir a la finca y verificar el estado posesorio. Si tal posesión es pública, su desconocimiento por parte del segundo comprador se califica de actuación negligente.

Parece que el TS en este punto se adscribe a la tesis mantenida por algunos autores respecto de la buena fe registral, para los cuales no basta que el titular registral desconozca la inexactitud del Registro respecto del poder de disposición de transmitente, sino que le es exigible un grado mínimo de diligencia en la formación de su buena fe (concepción ética). Esta exigencia de diligencia previa se evidencia en el art. 36 LH regulador de la usucapión contra tabulas en la que tiene relevancia el que el titular registral conociera “o *tuviera medios racionales y motivos suficientes* para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que

la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente” [LACRUZ-SANCHO (1984), p. 185, VALLET DE GOYTISOLO, (1973), p. 439]. Como con claridad señala GORDILLO CAÑAS, (2006, p 588), “una buena fe sin diligencia tiene más de censurable ignorancia que de buena fe protegible”.

Por el contrario, no faltan autores que niegan que al tercero hipotecario se le pueda exigir, con carácter general, obligaciones derivadas de una especial diligencia, tales como visitar necesariamente el inmueble antes de adquirirlo a fin de conocer el estado posesorio. En este sentido se pronuncia JEREZ DELGADO (2005 p. 69), para quien “el funcionamiento de la institución registral, como moderna institución de seguridad jurídica, parece relegar de la exigencia de este tipo de obligaciones”. Niegan también que se requiera una diligencia al titular registral, bastando que ignore la inexactitud registral, PAU PEDRÓN, (1977, p. 66), SANZ FERNÁNDEZ, (1947, p. 459). A juicio del último autor citado, “la diligencia está cumplida con acudir únicamente al Registro para indagar el estado jurídico de la finca”. Esto es tanto como afirmar que si el tercero conoce la carga no inscrita, tiene buena fe por haber comprobado que la misma no está inscrita. Con esta concepción, el Registro de la propiedad se convierte en un instrumento que puede amparar actuaciones fraudulentas.

El TS, con acierto, a mi juicio, tiene en cuenta el conocimiento extrarregistral de las situaciones inmobiliarias inscribibles no inscritas. Se aparta así de una concepción rígida de la institución registral por virtud de la cual lo no inscrito no perjudicaría a tercero que adquiere amparado por lo que dice el Registro aunque verdaderamente conociera la realidad extrarregistral que, como en el caso que contempla la sentencia, viene evidenciada por el hecho posesorio. Tal concepción de la buena fe basada en la simple ignorancia que prescinde de la diligencia exigible al tercero que parece agotarse en la consulta del Registro, conduce de facto a un sistema de inscripción constitutiva, pues evidencia la irrelevancia del conocimiento extrarregistral de situaciones jurídico reales que con esta concepción carecerían de eficacia *erga omnes*. En este sentido se pronuncia GORDILLO CAÑAS (2006, p 590). En nuestro sistema, lo no inscrito perjudica a tercero si lo conocía y no basta para tener esta ignorancia el que no este inscrito, sino que es preciso que el tercero haya actuado con una mínima diligencia que no se agota con la consulta del Registro, sino que se extiende a la comprobación física de la finca.

Cosa distinta es si la posesión de la cosa por persona distinta del titular registral constituye un dato suficiente como para enervar la presunción de buena fe consagrada en el art. 34.2 LH. A juicio de VALLET DE GOYTISOLO (2003, p. 443), “el art. 448 Cc sienta una presunción de dominio a favor del poseedor en concepto de dueño, que, con efecto negativo, puede neutralizar la presunción legitimadora a favor del titular inscrito del art. 38 de la Ley Hipotecaria. Esta presunción del art. 448 Cc tiene la publicidad que le da la ley. Su ignorancia no se excusa. Por eso, no puede ser catalogada como diligencia normal la

del adquirente que no se preocupa de examinar la situación posesoria de la finca que va a adquirir”. A pesar de la institución registral, la posesión entiendo que sigue siendo una forma de publicidad. Lo decisivo no es tanto la posesión, que puede obedecer a múltiples relaciones jurídicas, sino la publicidad del concepto posesorio.

La jurisprudencia del TS no es uniforme en este punto. Hay sentencias que dan relevancia a la posesión en concepto de dueño por persona distinta del titular registral (Sentencia de 14 de febrero de 2000 (RJ 2000, 822), 8 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3975), de 9 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3892) de 7 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 7872), de 18 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1683). Se señala en esta última sentencia que “la buena fe del art. 34 LH comprende no sólo el desconocimiento de la inexactitud registral, sino también que no haya podido conocerse la situación real desplegando una mínima diligencia, sin que sea preciso desarrollar una especial labor investigadora, ni tabular ni extratabular (fundamento de derecho séptimo). Por el contrario, niega que tal conocimiento posesorio genere mala fe en el tercero la sentencia de 23 de enero de 1989 (RJ 1989/, 19) y 19 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8072).

La posesión es un indicio extrarregistral de la inexactitud del Registro y como tal debe ser tenida en cuenta. Es exigible de acuerdo con un nivel mínimo de diligencia el que el tercero acuda a comprobar el estado físico de la finca. La propia Ley Hipotecaria parece partir de esta premisa al considerar que no son inscribibles las servidumbres aparentes. Una vez comprobado tal deber, ni siquiera es necesario un nuevo paso adelante par tener que admitir la relevancia de la posesión en concepto de dueño como dato que, al manifestar una situación inmobiliaria contraria a la que el Registro publica, tendrá que alertar a quien pretende suceder en ella al titular inscrito [GORDILLO CAÑAS, (2006) p. 611]. El Registro de la propiedad es un instrumento poderoso de prueba de la titularidad de los bienes, necesario sin duda para la seguridad del tráfico jurídico, pero una concepción rígida del mismo no puede llevar a prescindir de otros medios de prueba que sean suficientes para destruir tal presunción de titularidad. La posesión en concepto de dueño sigue siendo una forma de publicidad que no cabe desdeñar de cara a la diligencia mínima para la buena fe del titular registral.

Este es, en definitiva, el criterio que sustenta la sentencia objeto del presente comentario que deduce la mala fe de la sociedad que compró en segundo lugar del probado conocimiento de la posesión en concepto de dueño de la primera compradora, de la celeridad con la que la segunda compradora procedió a la inscripción y la demanda contra la primera compradora, del hecho de que la finca litigiosa se encontraba segregada por un cierre metálico, formando una sola finca perfectamente diferenciada del resto de las fincas anejas, cierre que era un signo de posesión elocuente. Todos estos datos evidencian la mala fe del segundo comprador. Como en el resto de consideraciones que se hacen, hay que aplaudir la doctrina sentada en esta sentencia.

5. Bibliografía

- ALBALADEJO, *Derecho civil* t.II, vol.II, Barcelona, 1989.
- “Pluralidad de ventas de una misma cosa”, en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor BATLLE VAZQUEZ*, Madrid, 1978, PP. 19 y ss.
- CANO TELLO, “El artículo 1.473 Cc. y la inscripción registral”, *R.G.D.*, 1965, pp.276 y ss.
- CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000.
- COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traducción española por Redacción de la R.G.L.J. y anotado por De Buen, t.II, vol. II, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ ARROYO, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1994”, *C.C.J.C.* n.º 35, 1994, p. 647 y ss.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, M.C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994.
- FUNAIOLI, “La cosiddetta proprietâ relativa”, *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milán, 1951.
- GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t.II, Madrid, 1993.
- GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978.
- “La inscripción en el Registro de la Propiedad, su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica”, *A.D.C.* enero-marzo 2001, pp 1 y ss.
- “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007”, *C.C.J.C.*, n.º 75, 2008.
- “El principio de fe pública registral”, *A.D.C.* abril-junio 2006, pp. 509 y ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, “Nuevos aspectos del monismo hipotecario”, *La Ley*, n.º 6831, 29 de noviembre de 2007.
- LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil III, Propiedad y posesión*, vol. 1º, Barcelona, 1990.
- LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil III bis*, Derecho inmobiliario registral, Barcelona, 1984.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “La doble venta en el sistema de la transmisión de la propiedad del Código Civil”, *R.C.D.I.* n.º 671, mayo-junio 2002, pp. 831 y ss.
- JEREZ DELGADO, *La buena fe registral*, Madrid, 2005.
- LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XVI, Paris, 1893.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, *El «ius disponendi y la doble venta de inmuebles»*, La Notaría, Boletín informativo del Colegio de Notarios. Barcelona, 1981, pp. 91 y ss.
- MIQUEL GONZÁLEZ, JM., “El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º1, 1998, p. 45 y ss.
- DE LA MORANDIÈRE, *Précis de Droit civil*, t. II, Paris, 1964, n.º 242.
- MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975.
- PAU PEDRÓN, “La eficacia y publicidad de los derechos reales inmobiliarios”, *Boletín de información jurídica del Ministerio de Justicia*, 5 de junio de 1990, n.º 1604, pp. 3364 y ss.
- “Doble venta de inmuebles y publicidad registral”, en *La publicidad registral*, Madrid, 2001. pp. 567 y ss.

- *La teoría de los principios hipotecarios*, en *La evolución del Derecho registral inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, 1977.
- PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990.
- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II. vol. 2º Barcelona, 1982.
- RAMOS FOLQUES, *La tradición y el modo*, Información Jurídica, 1951, pp.385 y ss.
- RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, p. 83.
- SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. I Madrid, 1947.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre derecho de cosas*, t. I, Madrid, 1973.
- VELA SÁNCHEZ, “La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios”, *A.D.C* enero-marzo 2007, pp. 67 y ss.