

El principio de fe pública registral (II)*

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Se concluye en esta segunda entrega el estudio dedicado al principio hipotecario de fe pública registral. Partiendo de la actuación protegible del tercero se analizan los requisitos exigidos para su protección destacando entre ellos el de la adquisición derivativa por acto inter vivos y el de la validez del acto adquisitivo indagando en este punto el sentido del artículo 33 LH y su relación con los artículos 32 y 34. A continuación se estudia el efecto protector del principio: la naturaleza de la adquisición jurídicamente protegida, el momento en que ésta se produce y el mecanismo reintegrador o indemnizatorio predispuesto por la ley en favor de quien la padece. Finalmente se procede a precisar el juego de la fe pública registral mediante la exposición de las determinaciones que perfilan su funcionamiento y la indicación de las excepciones a que lo somete la ley.

SUMARIO: ... II. ... 3. La actuación protegida del tercero y los requisitos objetivos legalmente exigidos para su protección: A) Adquisición de algún derecho o garantía real. B) Adquisición de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir. C) Adquisición derivativa por acto *inter vivos*. D) A título oneroso. E) La validez de la adquisición: el artículo 33 y su encaje en el sistema de la LH. 1.º Razón de ser del precepto y justificación de su declaración normativa; 2.º Problemas exegéticos que plantea; 3.º La relación entre los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. 4. La inscripción del propio acto adquisitivo. III. *El efecto protector de la fe pública registral*: 1. El mantenimiento del tercero en su adquisición: hipótesis distinguibles de protegibilidad de la adquisición en función de la inexactitud registral desconocida por el tercero. 2. Naturaleza y momento de la adquisición en los ante-

* Este trabajo, perteneciente a una serie dedicada al estudio de los grandes temas de nuestro Derecho Inmobiliario-Registral, se integra en la investigación emprendida en el Proyecto SEJ2004-06995, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. El autor expresa su agradecimiento por la aprobación y financiación de dicho Proyecto.

riores supuestos: 1.º En la hipótesis de la adquisición plenamente *a non domino*: a) ¿Verdadera adquisición *a non domino*, o mera irreivindicabilidad? b) ¿Adquisición negocial o *ex lege*? c) ¿Originaria o derivativa? d) Momento de la adquisición. 2.º En las otras hipótesis adquisitivas. 3. Reintegración del titular sacrificado a la protección del tercero adquirente. IV. *Determinaciones sobre el principio de fe pública registral y excepciones legales a su aplicación*. 1. Determinaciones ulteriores acerca del principio de fe pública: a) Actúa sobre el soporte del íntegro folio abierto a la finca, no sólo desde la última inscripción concerniente a la misma. b) En beneficio del tercero, no en su perjuicio; c) Limitada a suplir exclusivamente el defecto o deficiencias de titularidad o poder dispositivo del transmitente; d) Atemperada por la ostensibilidad natural de los derechos reales patentes. e) Subordinada a la configuración legal objetiva del dominio inmobiliario en sus distintas modalidades. 2. Excepciones: a) La suspensión temporal de la fe pública (arts. 28 y 207 LH). b) La doble inmatriculación. c) Las hipotecas tácitas. d) ¿La retroacción de la quiebra, antes; y la acción rescisoria del artículo 71.1 de la Ley Concursal, hoy?

.....

II.

3. LA ACTUACIÓN PROTEGIDA DEL TERCERO Y LOS REQUISITOS OBJETIVOS LEGALMENTE EXIGIDOS PARA SU PROTECCIÓN

La buena fe del tercero, según hemos venido viendo, es condición indispensable de protegibilidad registral; requisito siempre necesario, pero no por ello único o suficiente. «El tercero que de buena fe *adquiera...*» dice el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La buena fe es, por tanto, el estado psicológico en que se desenvuelve la iniciativa, desarrollo y culminación de una operación del tercero que objetivamente tiene que consistir en una actuación adquisitiva cualificada por las notas y condiciones que para su protección exige la ley. De esta actuación adquisitiva, o, lo que es lo mismo, de los requisitos objetivos necesarios para el juego de la fe pública registral, pasamos seguidamente a ocuparnos.

A) ADQUISICIÓN DE ALGÚN DERECHO O GARANTÍA REAL

Es perfectamente comprensible que, por la finalidad aseguradora del tráfico inmobiliario que para sí asume el Registro de la Pro-

piedad, la protección registral se dirija a quienes en dicho tráfico intervienen en condición de adquirentes de algún derecho o garantía real¹, asegurándoles respectivamente la adquisición de tal derecho de acuerdo con lo que sobre su titularidad y contenido publicaba el Registro, o la validez de la garantía hipotecaria y la efectividad correspondiente a la misma en razón de su rango². De entrada, el tercero a quien protege la fe pública registral es un tercero que *adquire algún derecho*.

A pesar de su vaguedad, esta tan somera indicación de la Ley es ya de por sí suficiente para excluir de la protección del Registro a quien de su consulta se sirve con el exclusivo propósito de informarse sobre la solvencia del que, eventualmente, podría ser su deudor³; pero esto sólo es muy poco. ¿A cualquier adquirente de un derecho, sea cual fuere la naturaleza de éste, le es dado acogerse a la protección registral? Con razón puede afirmarse que el propio contexto del artículo 34 LH permite concretar la dicción inicial del mismo añadiendo a la indicación del *algún derecho* en ella referida la nota de su carácter real: sólo acerca de los derechos de naturaleza real da noticia el Registro, y sólo derechos reales son los que en él puede inscribir como efectivamente adquiridos el tercero prote-

¹ Hay, naturalmente, otras formas de referirse al tercero que, en cuanto adquirente, es el beneficiario de la fe pública registral. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, p. 600 –e. c. – lo describe como «un adquirente precisamente de derechos reales o situaciones jurídico-reales»; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* III, 4.ª ed. Madrid, 1995, p. 452, como «un adquirente del dominio de un inmueble o de un derecho real limitativo del dominio (v. gr. de una hipoteca)». Nosotros hemos utilizado la expresión que aparece en el texto para hacer alusión a la hipoteca soslayando el problema de su naturaleza jurídica. Sobre él, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona, 1998.

² Esta indicación de los principales destinatarios de la protección registral puede verse en las palabras de la Exposición de Motivos de 1861 –p. 228– destinadas a perfilar el sentido atribuido al término «publicidad»: «Mas como es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas, debe decir la Comisión cómo entiende la publicidad. Consiste ésta en que [...] el Registro de la Propiedad, en que el Registro de las hipotecas, se franqueen a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y, para decirlo de una vez, al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes».

³ Cfr. LACRUZ-SANCHO, «Derecho Inmobiliario Registral», *Elementos de Derecho Civil* III bis. Barcelona, 1984, p. 180: «Y como el Registro protege, en principio, adquirentes (de propiedad o de derecho real limitado), no puede ser *tercero* un simple acreedor. Si *Secundus* ve en el Registro los asientos que declaran ser propiedad de *Primus* valiosas fincas y, confiado en esa aparatoso solvencia, le presta una cantidad de dinero, no podrá invocar la protección registral cuando resulte que *Primus* es un insolvente, que había vendido esas fincas hace largo tiempo y no puede restituirle». Roza esta opinión, en sentido contrario, BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *RCDI*, 2003, p. 2642: «El presupuesto material u objetivo –que es el primer requisito, según se indicó más arriba, de la doctrina [de la apariencia jurídica]– concurre, en mi criterio, con toda nitidez: el acreedor consulta el Registro para embargar al deudor; es más, acaso, lo consultó antes de convertirse en acreedor, cuando, por ejemplo, estaba pensando en concederle el préstamo, y lo concedió fiado en la solvencia económica que se infería de la información registral».

gido por la fe pública registral⁴. Con ser esto sustancialmente cierto, hay que reconocer y admitir que, por esta vía, sólo tendencialmente y muy *grosso modo* puede determinarse cuál es el objeto de la adquisición necesaria para que el tercero pueda lucrar los efectos protectores de la fe pública registral; y que sobre la base de esta genérica indicación del objeto jurídico-real de la adquisición protegible siempre podrían plantearse las zonas de duda que en la doctrina se suscitan acerca de la naturaleza de determinados derechos y situaciones jurídicas con posible acceso al Registro. De todas formas y a nuestro juicio, la integración de la referencia del artículo 34 a la adquisición de *algún derecho* mediante la nota de la naturaleza real de éste, permite dar por bien expresada, tendencialmente al menos, cuál es la primera condición exigida por la ley para que el principio de fe pública registral pueda entrar a jugar en beneficio del tercero adquirente.

No podría, en efecto, argüirse eficazmente contra ella objetando el apriorismo que lleva a integrar la dicción del artículo 34 añadiendo al *algún derecho* en él indicado la nota de su naturaleza real, en lugar de completarlo con la nota de su posible inscripción. ¿Por qué sólo en la adquisición de derechos reales va a darse el juego de la fe pública registral, siendo así que la Ley Hipotecaria llama también y admite al Registro derechos de naturaleza personal? Limitando nuestra atención en este momento al caso más característico de los arrendamientos inmobiliarios (art. 2.5.º LH), y con independencia de la polémica acerca de si su admisión a inscripción los transmuta en derechos reales o se limita a asimilarlos registralmente a los mismos, es lo cierto que la inclusión de estos derechos en el elenco legal de los que tienen acceso al Registro podría invitar a pensar que también a ellos debería extenderse en su total amplitud la protección que de la publicidad obtienen los derechos inscritos; concretamente, que también su adquisición debería poder acogerse al efecto sanante de la fe pública registral⁵. En la

⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 600: «Así resulta de la exigencia de que, para la protección, el derecho ha de haberse inscrito, es decir, ha de tratarse de derechos susceptibles de inscripción (los derechos reales)».

⁵ Así, principalmente, PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, 1995, pp. 115-116: «La LAU (art. 13.1.2.º) ha venido a confirmar la protección del arrendatario por el principio de fe pública registral»; y GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Madrid, 1993, p. 409: «La seguridad del tráfico exige que el arrendatario y el optante que cumplen los requisitos del artículo 34 LH sean protegidos como cualquier subadquirente en base a dicho precepto»; posteriormente, ID, comentando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, v. 4, Madrid, 1999, pp. 452-453: «Por lo que se refiere a los *derechos personales susceptibles de inscripción*, ninguna diferencia debería existir en relación con los derechos reales, una vez que la legislación hipotecaria reconoce su inscribibilidad. Así, la adquisición del derecho de arrendamiento por el arrendatario en base a la titularidad registral del arrendador, y con los demás

legislación actual es palmariamente claro y cierto que las cosas no son así: la excepcional y muy peculiar adquisición *a non domino* del arrendamiento inmobiliario no discurre por el cauce general del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino, en condiciones y con alcance distinto, por el específico del artículo 13.3 de la LAU⁶. ¿Cómo, entonces, podrá justificarse la traída de los arrendamientos al Registro, y cómo habrán de entenderse las palabras con las que la Exposición de Motivos de 1861, después de justificar y razonar la posibilidad de su inscripción, concluía afirmando: *La Comisión no debe ocultarlo: en ellos ha establecido implícitamente un verdadero derecho real?*⁷. En realidad, ni la inscripción trasmuta la naturaleza del arrendamiento, ni la posibilidad de su inscripción tiene que atraer hacia el acto de su adquisición el efecto protector de la fe pública registral. En nuestra opinión, lo que las palabras de la Exposición de Motivos revelan es la confusión existente en los momentos fundacionales del sistema acerca de los distintos aspectos implicados en el entonces llamado principio de publicidad, y, consiguientemente, acerca de la doble forma de protección que de su acceso al Registro pueden obtener los derechos en nuestro peculiar y mixto ordenamiento hipotecario. A través de su publicidad registral los arrendamientos con acceso al Registro pueden perjudicar a tercero (originario art. 23, en relación con el 2.5.º LH; y 1549 y 1571 CC); sin tal publicidad, no le serán oponibles. Lo que de su publicidad, en cambio, no debe ni puede esperarse es la posibilidad de un arrendamiento *a non domino*, que ni pasó por la mente de los autores de la Ley Hipotecaria ni por ninguna parte aparece en el Código Civil⁸. El que posteriormente ha venido a admitir la LAU,

requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en nada obstan para la aplicación de este precepto, por más que la *Sentencia de 28 de octubre de 1996* declare lo contrario, pues no señala ninguna argumentación, siendo, además, aislada» (cvas. del a.).

⁶ Así, Pantaleón, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. por el mismo, Madrid, 1995, pp. 30-31: «[...] su derecho [el del arrendatario] no es un derecho real que pueda adquirirse *a non domino*. Lo demuestra patentemente el apartado 3 del mismo artículo 13: no hay otra adquisición *a non domino* de derecho arrendaticio que la del arrendamiento de vivienda por el plazo de cinco años. La necesidad de una norma como la contenida en el artículo 13.3 LAU surge precisamente de que el principio de fe pública registral no sirve para adquirir *a non domino* derechos arrendaticios. Y es obvio que la nueva Ley de Arrendamientos no ha pretendido cambiar eso».

⁷ E.M., p. 244.

⁸ Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, Barcelona, 1971, p. 281: «La protección de la fe pública registral no alcanza en nuestro Derecho a ningún negocio de contenido meramente obligacional. En nuestro Derecho cabe sostener lo mismo que en este particular afirma el texto: el arrendamiento de una finca otorgado por quien consta inscrito como propietario, sin serlo, no surte efecto contra el verdadero dueño, aunque se haya dado al arrendatario la posesión del inmueble»: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 471: «A nosotros nos parece que el tercero del artículo 32 debe ser, como el del artículo 34, un tercero hipotecario, es decir, un adquirente del dominio o una persona a cuyo favor se constituye un derecho real *in re aliena*. Esta idea encuentra su fundamento en la finalidad misma del Registro, puesto que el Registro sirve precisa-

amén de su peculiaridad y según ya dijimos, discurre por cauce distinto al del artículo 34 LH⁹. Como en nuestro estudio sobre el principio de inoponibilidad dejamos ya razonado¹⁰, con la admisión a inscripción del arrendamiento no se trata de asegurar al arrendatario la adquisición de su derecho; se pretende tan sólo permitirle que lo pueda oponer sin sorpresa al tercero que adquiera la propiedad de la finca dentro del tiempo de duración del arrendamiento. Es la misma finalidad de publicidad sólo *ad opponibilitatem* que para el derecho de retorno arrendaticio resplandece en el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

Tampoco –por no ser adquirente de un derecho real– podrá ser tercero del artículo 34 LH el acreedor quirografario que insta el embargo y obtiene su anotación en el Registro de la Propiedad. Esto es algo que, como veremos, quedó expresamente establecido y diáfamanamente explicado y razonado en la Exposición de Motivos de 1861 y en los comentarios de Gómez de la Serna. Es, además, lo congruente con la naturaleza y razón de ser de la anotación preventiva, «complemento del sistema alemán», decía Luzuriaga¹¹, en tanto que asiento encaminado, no a provocar el juego de la fe pública registral en favor del anotante, sino a impedirlo en cuanto al dato anotado y respecto al tercero adquirente de los bienes inmuebles o derechos reales afectados por la anotación (art. 71 LH). Con tan sólidos fundamentos era, pues, natural que la doctrina viniera unánimemente excluyendo del círculo de los terceros del artículo 34 LH al acreedor embargante¹². Pero esta unanimidad se ha roto en los últimos años

mente para eso: para proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. El Registro no protege a los acreedores o a los titulares de derechos personales más que en el momento en que se han transformado en titulares de una situación jurídico-real protegida por él. Un acreedor que pretenda embargar no puede considerarse tercero, como tampoco lo es un arrendatario para negar o desconocer la titularidad dominical del sucesor del arrendador, aun cuando el título de éste no haya llegado a inscribirse».

⁹ Nos remitimos en este punto a lo que respecto al mismo sostuvimos en nuestro comentario al artículo 13 LAU, en *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Ley 29/1994, de 24 de noviembre*, Coord. Carlos Lasarte Álvarez, Madrid, 1996, pp. 360-373.

¹⁰ Vid. «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004, pp. 501-513; concretamente, para la afirmación contenida en el texto, p. 505.

¹¹ En las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, de GARCÍA GOYENA, Madrid, 1852, IV, p. 230.

¹² Exponentes autorizados de la común doctrina, HERNÁNDEZ ARIZA, José, *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, pp. 52-55; GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, I, 2.ª ed. Madrid, 1890, II, pp. esp. 639-642; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, XII, 3.ª ed. Madrid, 1920, p. 738; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 8.ª ed., cit. VI, pp. 413-470; COSSÍO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed. Barcelona, 1956 (hay ed. revisada y puesta al día por COSSÍO y MARTÍNEZ, Manuel de, Madrid, 1986), pp. 265-269; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 224-229, GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), XXIV, Madrid, 1984, pp. 742-744 y 783-788; Díez-PICAZO, *Fundamentos ...*, cit., pp. 494-497; MIQUEL, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP*

por obra de los «tres pronunciamientos o sublevaciones»¹³ capitaneados por Álvarez Caperochipi, Franco Arias y García García¹⁴, y después secundados por algunos otros autores¹⁵. Contra lo anteriormente sostenido por todos, se viene ahora a entender que el embargo constituiría una forma de garantía real similar a la hipoteca¹⁶, que el acreedor embargante sería, por ello, un adquirente de derecho real, y que la anotación preventiva podría ser considerada como un asiento capaz de provocar en su favor el mismo efecto que a la inscripción atribuye el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁷.

En nuestra opinión, ni las cosas son como «los sublevados» proponen, ni –si lo fueran– sus resultados serían siempre los deseables¹⁸. Buen cuidado tuvieron los autores de la Ley Hipotecaria en dejar declarado que el embargo y su anotación no alteran la naturaleza del crédito. Por ello decidieron sustituir la antigua noción de la hipoteca judicial por la nueva de la anotación preventiva. Había que evitar el equívoco: el crédito a cuyo servicio se pone el embargo, por más que el embargo se anote, lejos de convertirse en hipotecario o real, continúa siendo un crédito personal:

(Aranzadi), 1998, núm. 1, p. 49. Monográficamente, OSSORIO SERRANO, *La anotación preventiva de embargo*, Granada 1986 y REY PORTOLÉS, «Prelación de créditos con embargo anotado (arts. 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª CC)», en *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil (Ciclo de conferencias)*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, pp. 343-398.

¹³ La expresión es de REY PORTOLÉS, *op. cit.*, p. 347.

¹⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp., esp., 155-163; FRANCO ARIAS, Just, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pp. esp., 360 ss.; y GARCÍA GARCÍA, «El tópic de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral*, Madrid, 1988, después matizado en *Derecho Inmobiliario ...*, II, cit., pp. 749-776. Posteriormente, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI ha vuelto sobre el tema en *El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias*, Granada, 1995.

¹⁵ Así, MERINO GUTIÉRREZ, «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», *ADC*, 1994, pp. 91 ss., con la peculiaridad de acoger al acreedor anotante a la protección dispensada por el artículo 32, no por el 34, de la Ley Hipotecaria, y BUSTOS PUECHE, *El sujeto beneficiario...*, cit., pp. 2632-2642, aplicando al mismo acreedor la doctrina de la protección de la apariencia jurídica.

¹⁶ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Comentarios al Código Civil...*, cit., p. 452: «[...] pues el anotante no deja de ser titular de un derecho real de constitución procesal y registral similar a cualquier otro derecho real en este aspecto»; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 110: «[...] la anotación preventiva de un crédito le otorga rango similar al hipotecario (art. 44 LH), que debe poder hacerse efectivo no sólo frente a las cargas o enajenaciones posteriores, sino también por la inoponibilidad de títulos no inscritos, frente a las anteriores no inscritas».

¹⁷ Vid. GARCÍA GARCÍA, *El tópic de los efectos limitados de las anotaciones de embargo...*, cit., pp. 274-275: «Sería incluso aplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se trataría de un adquirente de un derecho real por vía onerosa y basándose en los datos del Registro que “anota”, estando comprendido en la frase amplia “una vez que haya inscrito su derecho”, pues la forma de “inscribir el derecho” es en este caso la anotación preventiva de embargo».

¹⁸ Cfr. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, p. 391: «... no se quiera, tergiversando y forzando la interpretación de preceptos centenarios, hacer de mejor condición a los «subasteros» que al modesto comprador de un piso», y la posterior matización que GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., pp. 768-769, se ve forzado a introducir en su inicial visión del problema.

*... Por esto la Comisión, dando a la nomenclatura una importancia que no debe parecer excesiva cuando se trata de materias tan técnicas, ha creído que a la denominación antigua de hipoteca judicial, debía sustituir la de anotación preventiva, para indicar aquellas prohibiciones de enajenar cuyo objeto es que en su día las sentencias tengan ejecución cumplida ...*¹⁹

Constituidas en nuestro estado actual las hipotecas judiciales, que en adelante, según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, solamente para asegurar las consecuencias de un juicio, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real [cva. de la E. M.] el que no tenía antes semejante carácter [...]: no modifican el carácter de las obligaciones, cambiando las simples en hipotecarias, ni hacen al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantías que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido. La hipoteca judicial [...] nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una acción hipotecaria [...] el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter [...]. Por eso, en un concurso de acreedores o en una quiebra, los que han obtenido a su favor hipotecas judiciales de la clase de las a que aquí nos referimos, no han tenido nunca, no tienen ahora por esta consideración un título de preferencia sobre los demás acreedores de su especie, ni son calificados entre los hipotecarios.

*Adoptando el proyecto estos mismos principios, da nueva vida a nuestro Derecho antiguo, proclamando otra vez que el acreedor que obtiene a su favor una anotación preventiva, cuyo objeto sea garantizar las consecuencias de un fallo, sólo gozará de preferencia sobre los que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación. Ni podía ser de otra manera sin violar los principios de justicia. El que contrata y no exige hipoteca, se contenta con la garantía que le da el crédito personal del deudor, y no debe tener preferencia alguna sobre los que se hallan en el mismo caso. Si el deudor deja de cumplir lo pactado al tiempo convenido, podrá el acreedor compelerlo al pago acudiendo a la vía judicial; pero esta demanda no cambia ni la naturaleza del crédito ni la fuerza del título [...]*²⁰.

En coherencia con esta idea, y tal como lo exponía Gómez de la Serna²¹, el acreedor embargante, aunque el embargo se anote, no podrá ser contado entre los «terceros» hipotecarios o terceros «para los efectos de esta Ley», según decía el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria:

¿Se considerarán como terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada? o lo que es lo mismo, ¿podrán los acreedores quirografarios, por ejemplo, y garantidos de cualquier manera que no sea con hipote-

¹⁹ E. M. 1861, p. 233.

²⁰ E. M. pp. 234-235.

²¹ SERNA, *op. cit.*, p. 589.

ca, pretender que la enajenación o gravamen que no está inscrito no pueda perjudicarles, y que deben ser reputados como terceros para los efectos de la Ley? Nuestra opinión es que no deben ser considerados terceros. Verdad es que no han intervenido en el acto o contrato; pero no debe perderse de vista que todo lo que se establece en la Ley respecto al conflicto de derechos que puede haber entre varios, se refiere sólo a los derechos reales. La omisión en inscribir un derecho de esta clase en que incurre el adquirente, no induce a error a los acreedores que no han creído que debían exigir hipotecas, o que no han sido bastante previsores para buscar su seguridad y completa garantía en²² las cosas en lugar de confiar en las personas. No pueden, pues, convertir la omisión en su provecho, ni pretender que no se anteponga a ellos el acreedor hipotecario que dejó de inscribir, si realmente puede probar la autenticidad de su crédito real. Por la misma razón no podrá el que entabla un juicio ejecutivo en virtud de alguna deuda simple, y obtiene embargo de una finca que había sido vendida por su acreedor a otro, aunque no haya inscrito su dominio, pretender que el derecho de éste legítimamente probado sea pospuesto al suyo que no tiene el carácter de crédito real, sino el de personal.

Efectivamente, y como resulta de los textos ahora transcritos, ni la anotación inmuniza al acreedor embargante respecto de los derechos anteriores a la anotación y no inscritos, al modo propio de la protección registral característica del sistema latino²³, ni le atribuye derecho alguno *a non domino* sobre la finca embargada cuando ésta no pertenezca realmente al deudor, aunque se encuentre inscrita a su nombre. La virtualidad de la anotación del embargo se limita, como en general y de suyo la de la anotación preventiva, a evitar el juego de la fe pública registral impidiendo el desconocimiento inculpable –la buena fe– de su eventual

²² La cva. es del texto reproducido.

²³ En sentido contrario, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario...*, cit., p. 149: «Por otra parte, la publicidad garantiza derechos pero la inoponibilidad de títulos no inscritos sirve para garantizar también los créditos anotados o inscritos (pues no reconoce eficacia a las ventas, aun anteriores, no inscritas); MERINO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 115: «En definitiva, la inoponibilidad no requiere como presupuesto que se trate de un tercer adquirente de un derecho real (como sí hemos visto es normal que se exija para la protección de la fe pública registral». Para la exclusión, como criterio general, del acreedor quirografario respecto a los efectos de la protección registral en el sistema latino, y para la posterior atenuación de ese criterio en el Derecho francés, *vid.* MAZEAUD (Henri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil III*, 2.^a ed., París, 1963, pp. 587: «Avoir un droit sur l'immeuble objet de l'acte non publié, ce qui exclut les créanciers chirographaires», y 596-598, núm. 740: «Comment les créanciers chirographaires peuvent devenir des tiers du décret du 4 janvier 1995». Sobre ello, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, p. 770: «En principio, pues, los *simples acreedores* no están protegidos. Sin embargo, en ciertos casos obtienen también protección los acreedores quirografarios: [...] Y, además, en ciertos casos en que el acreedor originariamente quirografario deja de ser un simple acreedor: 1.º Por haber inscrito el embargo que hubiere obtenido frente al deudor (art. 686, C. proc. Civ.). En consecuencia, las transmisiones anteriores no inscritas no prevalecen frente al embargo, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho español.»

beneficiario acerca del derecho anotado²⁴. Dicho de otro modo: la anotación del embargo actúa en el ámbito de la inoponibilidad embebida en la fe pública registral como su aspecto o dimensión negativa; distinta, por tanto, a la inoponibilidad exclusiva y autónoma que en el sistema latino constituye el efecto protector ordinario y más propio de la publicidad registral²⁵. En los Registros acogidos al modelo germánico, la anotación preventiva, moviéndose en la órbita del principio de fe pública registral, impide la buena fe de eventuales terceros adquirentes y permite al titular del derecho anotado oponer a éstos, sin transmutarlo, ese mismo derecho (art. 71 LH); esto es: sin reforzarlo haciéndolo prevalecer sobre otros anteriores no inscritos, y sin mantenerlo en él cuando la finca o derecho sujeto a la anotación no pertenezca al deudor (arts. 593-204 LEC). En definitiva, pues: que, de acuerdo con lo dicho y según lo ya expuesto con mayor amplitud y detalle en otro lugar²⁶, la anotación de embargo no convierte al acreedor ordinario en tercero hipotecario, ni por la vía del artículo 32 ni por la del 34 de la Ley Hipotecaria: le falta la nota –necesaria en todo sistema de publicidad²⁷– de ser un tercero adquirente de algún derecho real. Diferente es la cuestión consistente en determinar si una vez consumado el procedimiento de embargo e inscrita la adquisición en él producida en favor del rematante o adjudicatario, podrá éste, de ser necesario y cumplirse los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, acogerse al efecto sanante de la fe pública registral. Nos ocuparemos de ello en su lugar oportuno²⁸.

Aquí, como último punto en la exposición del primer requisito exigido por el artículo 34 LH al acto adquisitivo del tercero, baste indicar que debe consistir éste en la realización completa o culminada del proceso que lleva a la adquisición y que en ella se consuma. El tercero a quien protege el artículo 34 es un tercero que *adquire*, no, solamente, un tercero con título suficiente para poder adquirir²⁹. El artículo 34 es

²⁴ DÍEZ PICAZO, «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, p. 25: «Esta eficacia, la eficacia esencial de las anotaciones preventivas, es puramente negativa. Consiste en enervar el posible juego de la fe pública del Registro por el adquirente de buena fe. La anotación preventiva impide que el tercero de buena fe alegue a su favor la eficacia de la fe pública. La anotación preventiva se presenta así como una circunstancia impeditiva u obstativa de la fe pública registral».

²⁵ Nos hemos referido a esa diferencia entre una y otra forma de inoponibilidad, en «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 538-539.

²⁶ De nuevo tenemos que remitirnos a *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 513-536.

²⁷ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 180: «El protegido por el Registro es, por definición, un adquirente; el Registro sirve esencialmente para eso: para proteger a los adquirentes y evitar que sean defraudados. Todos los restantes efectos del Registro (presunciones en favor del titular inscrito, medios procesales específicos de defensa, etc.) son contingentes: faltan en unos tipos y se dan en otros con diversa intensidad, pero éste de hacer eficaces las adquisiciones *a non domino* tiene lugar siempre».

²⁸ *Infra*, en el apartado c) de este mismo acápite.

²⁹ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, pp. 430-431: «Determinado el título en que ha de apoyar su adquisición el tercero para ser protegido por la fe pública, queda por determinar otra cuestión: en los casos en que la exige

perfectamente coherente en esta exigencia con el peculiar significado de la palabra *título* en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria³⁰, con la necesidad impuesta en el mismo artículo 34 de que el tercero inscriba su derecho³¹, y, más generalmente, con la articulación del sistema adquisitivo del título y el modo con el mecanismo de la publicidad y con la función sólo publicadora asignada a la inscripción³².

B) ADQUISICIÓN DE QUIEN EN EL REGISTRO APARECE CON FACULTADES PARA TRANSMITIR

No basta al tercero adquirir un derecho real previamente inscrito. La *ratio* del principio de fe pública registral exige que lo adquiera –como literalmente impone el artículo 34 LH– de *persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*. En la

el artículo 609 del Código Civil, ¿deberá concurrir también la tradición para la adquisición del derecho real, o bastará simplemente el título y la inscripción? [...] Siendo la finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición *a non domino* [...] el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño, es indudable que fuera de esto han de aplicarse en todo lo demás los requisitos de una adquisición perfecta: título y tradición. Por esto, el artículo 34 se refiere a los que *hayan adquirido* el derecho del titular inscrito, y no solamente a los que *hayan contratado*, redacciones de alcance muy diferente».

³⁰ Sobre él, GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 250: aquí, a diferencia de lo que ocurre cuando se habla del sistema adquisitivo del título y el modo, por «título» se entiende *la escritura en la que se hace constar el acto o contrato en virtud del cual se acredita el derecho que se tiene «en» alguna cosa inmueble*. Cfr., también, ID, p. 255: «No deben confundirse los títulos a que la Ley llama aquí *traslativos de dominio*, porque son el documento que acredita la adquisición de la propiedad o del derecho real sobre la cosa inmueble, con las obligaciones en que sin hacer ninguna declaración de transferir de presente un derecho, sólo se ofrece hacerlo» (cvas. del a.).

³¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., pp. 600-601: «Tiene que ser un adquirente, es decir, adquirente por un título, en principio, *válido*, seguido de *tradición* [...] Y seguido de tradición porque sólo es posible la inscripción –necesaria para invocar el art. 34 L. H.– cuando el título es *traslativo*, es decir, cuando el contrato ha sido seguido de tradición» (cvas. del a.).

³² Debemos remitirnos de nuevo para estas materias a otros trabajos nuestros anteriores: «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», ADC, 1998, pp. esp. 521-544, y «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)», ADC, 2001, pp. esp. 132-180. Para la distinción entre el pacto de exclusión del efecto jurídico-real traditorio de la escritura pública de venta (art. 1452 CC) y el de suspensión del cumplimiento de la obligación personal de entrega, *vid.* las Resoluciones de 16 de mayo de 1996, 25 de enero y 31 de marzo de 2001, y 8 de septiembre de 2005. De acuerdo con esta última: «[...] cuando el párrafo segundo del artículo 1462 del Código Civil exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio, pues la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio, de modo que, a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar al comprador una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo segundo del art. 1462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura».

Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 se expresará esta misma idea advirtiendo que «a los efectos de la *fides publica*, no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral...»³³. El artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, tanto en su redacción actual como en la originaria de 1861³⁴, es en este punto mucho más preciso y explícito que el § 892 BGB³⁵ y que el artículo 973 del Código Civil suizo, aunque en la redacción de este último se saque expresamente a flote la razón exigitiva del requisito y consiguientemente, en fuerza de ella misma, la concreción de su contenido material y el fundamento de su insoslayable necesidad³⁶. Es que lo que el principio de fe pública registral se propone no es otra cosa que la protección de la confianza puesta por el tercero en el Registro cuando para adquirir con seguridad y conforme a Derecho se deja guiar por lo que el mismo Registro publica. Núñez Lagos lo destacó certera y admirablemente al explicar la génesis del artículo 34 de nuestra originaria Ley Hipotecaria³⁷.

En la interpretación moderadamente dualista que venimos manteniendo, el requisito ahora indicado –diversamente denominado por los autores³⁸– es el que permite distinguir a los dos terceros protegidos por nuestro peculiar y mixto sistema de publicidad

³³ *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, III, p. 246.

³⁴ «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero...» decía el originario artículo 34 LH.

³⁵ Dice el precepto: «Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig ... Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist».

³⁶ Dice el precepto suizo: Wer sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat, ist in diesem Erwerbe zu schützen.

³⁷ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 241-243: «[...] si quien adquiere su derecho, confiando en que el Registro le dice quién es el verdadero dueño, pudiera perder lo adquirido, no obstante su fe en el Registro, por nulidad o resolución del derecho del transmitente, se puede decir que la ley del Registro no protege la propiedad. No se trata de proteger al tercero civil que inscribe frente a acciones extrarregistrales. Se trata de amparar a quien confió en una declaración positiva del Registro. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente, determinado por una relación jurídica previamente inscrita [...]. Los autores de la Ley, por este camino sin precedentes, pero con una intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes términos: *Inter partes* el problema de título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho Civil [...]. No obstante, si el título inválido e inscrito, o mejor dicho, si el asiento claudicante que encierra un acto o contrato nulo ha inducido a error a un adquirente posterior, respecto de éste no se hace efectiva la nulidad o resolución del derecho de su causante o trasmittente [...]. Así lo consagra el artículo 34».

³⁸ «Legitimación registral del acto de adquisición», lo enuncian LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 182; «haber adquirido en función de Registro inexacto», en la formulación de ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 733; requisito de la «doble inscripción», en la exposición de NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, cit., p. 603.

registral³⁹; el que impide considerar tercero del artículo 34 al inmatriculante, incluso transcurrido el plazo de los dos años señalado por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria⁴⁰; y, finalmente –si no se quiere incurrir en la confusión de la inoponibilidad relativa y latina operada por el artículo 32 con la absoluta y germánica implícita en la fe pública registral como su aspecto o dimensión negativa–, el que autoriza a excluir del artículo 32 al tercero que trae causa de titular registral⁴¹.

Como legalmente formulado e íntimamente adentrado en la *ratio* del principio de fe pública, el requisito de que la adquisición por él protegida proceda de titular inscrito obtiene en nuestro Derecho el carácter de indiscutiblemente cierto. En torno a él, con todo, se plantean algunas cuestiones doctrinalmente controvertidas. La primera se refiere al modo de su explicación, o más concretamente si se quiere, a la indicación de la vía por la que llega la Ley al resultado consistente en la protección del tercero que adquiere confianza en el Registro. Como es bien sabido, por algunos se ha sostenido que si el tercero, no obstante haber adquirido de no dueño es mantenido en su adquisición, es porque la previa inscripción en favor del *causam dans* legitima a éste para disponer como si fuera efectivo y legítimo dueño⁴². Nosotros no compartimos esta explicación⁴³: el poder dispositivo va anejo a la propiedad, y la legiti-

³⁹ Contra poniéndolos entre sí, también en este punto NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 603-605, dejó brillantemente expresadas las diferencias que separan al tercero del artículo 32 frente al del 34: «Sin previa inscripción no entra para nada en juego el artículo 34. La previa inscripción genera y concibe al tercero específico del artículo 34; la siguiente inscripción lo alumbra y lo cobija. Ambas inscripciones tienen un inevitable aspecto constitutivo para ese tercero específico, que sólo existe *por* y *desde* el Registro... En el artículo 32 no hay previa inscripción: no integra el concepto de tercero ni forma parte de su aparato defensivo. El tercero del artículo 32 vive autónomo y aislado en su asiento registral, sin derivarse ni apoyarse para nada en el asiento precedente. El tercero del artículo 32 es un tercero civil... ni en la concepción ni en el alumbramiento tiene arte ni parte el Registro...».

⁴⁰ Hemos desarrollado este punto en *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 422-424.

⁴¹ A nuestro juicio, habiendo previa inscripción no puede ya hablarse de *tercero* del artículo 32. Lo contrario puede verse en NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude...*, cit., p. 603: «La previa inscripción que nos ocupa para el tercero del artículo 34 es un requisito *esencial*, un elemento constitutivo, el inicial; la misma previa inscripción para el tercero del artículo 32 es un elemento *accidental*: no hace falta ninguna, pero cuando existe produce sus efectos *positivos* (perjudica al tercero que después inscribe), pero no efectos *negativos* o excluyentes, que quedan circunscritos a la subsiguiente inscripción del propio tercero o última inscripción» (cvas. del a.).

⁴² Vid. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382: «Este requisito [el de la inscripción en favor del transferente] deriva de la fuerza legitimadora de la inscripción, que, como vimos, atribuye al titular inscrito facultad para disponer válidamente del derecho, cualquiera que sea la realidad jurídica, concordante o no, con el Registro»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 259 y 260: «Este requisito responde al *fundamento* que ya hemos desarrollado anteriormente: a la *legitimación de disponer* por parte de quien figura como titular registral, que provoca la adquisición *a non domino* a favor del tercero que adquiere apoyado en esa legitimación de disponer que publica el Registro».

⁴³ En el mismo sentido, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 722: «De la redacción del artículo 34.1 de la ley se aprovechan aquellos autores que pretenden ver en este requisito un

mación registral aparente, lejos de ser una forma anómala de legitimación real, es sólo un supuesto de mera y en sí inconsistente apariencia de legitimación⁴⁴. Si el artículo 34 protege a quien adquiere de titular inscrito es porque la inscripción de tal titularidad le permite confiar en ella de buena fe. La previa inscripción no pasa, por tanto, de ser una *fattispecie* justificadora de la buena fe protegible del tercero adquirente.

Atendiendo a esta misma razón puede resolverse la segunda cuestión doctrinalmente a veces propuesta. Se ha planteado y sostenido, en efecto, que no sería necesario que la inscripción del derecho del *tradens* sea anterior a la realización del acto adquisitivo del tercero, sino que bastaría con que se la hubiera practicado antes de que este mismo tercero y causahabiente lleve al Registro su adquisición⁴⁵. Tampoco podemos compartir este criterio⁴⁶.

supuesto de legitimación registral para disponer, concedida por la ley al titular de la situación registrada, y que según LADARIA culmina en la posibilidad de enajenar un derecho por quien no le pertenece. Pero nosotros sostenemos que esta pretendida utilidad no existe».

⁴⁴ Hemos desarrollado este punto desde una perspectiva más general en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla 1978, pp. 350-356.

⁴⁵ Así, principalmente, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 382: «Ahora bien: no debe ser interpretado [el requisito de la inscripción a favor del transferente] en el sentido de que el transferente del derecho ha de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el artículo 34. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el artículo 20, y que, remontando el título en virtud del cual tiene el derecho el transferente, se llegue a un titular inscrito [...]. Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente». Indeciso en este punto, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 463 y 464: «Literalmente el artículo 34 parece exigir que la inscripción a favor del disponente o transmitente exista en el momento en que el tercero protegido contrata con él y perfecciona con él su negocio jurídico adquisitivo. Y ésta es, por ejemplo, la opinión de ROCA SASTRE. En cambio, otros autores, y entre ellos A. SANZ, opinan que para alcanzar la protección del artículo 34 basta con que el tercero protegido haya visto inscrito el derecho del transferente en el momento en que él inscribe su propia adquisición [...]. La deducción lógica del principio de fe pública—contratar o celebrar negocios jurídicos adquisitivos fundándose en la confianza y en la fe que el Registro inspira— parece colocarse en favor de la primera tesis. Sin embargo, hay que admitir que, partiendo de una inscripción registral vigente y pudiendo derivar de ella el derecho del disponente, hay también razones o argumentos de protección del tráfico jurídico que favorecen claramente la segunda tesis». En *obiter dictum* se refiere al problema, presentándolo como *quaestio controversa*, la STS de 11 de julio de 2005.

⁴⁶ En este sentido, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 182 y 183: «[...] De modo que dicho transmitente, al parecer, ha de ser ya titular registral en el momento de contratar con el adquirente, y ha de serlo *todavía*: de lo contrario, al tercero adquirente le faltaría un requisito para ser tercero *hipotecario*»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 603: «¿En qué momento ha de constar ya inscrito el derecho del transferente con facultades para transmitirlo? ¿En el de la transmisión? ¿En el de la inscripción que de la adquisición haga el tercero? Si al tiempo de la transmisión el transferente no tenía la inscripción a su favor, no puede invocarse, para la protección del tercer adquirente, la fuerza legitimadora del Registro. Así, pues, en el momento del contrato traslativo debe constar ya inscrito el derecho del transferente (SS de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962, 12 de noviembre de 1970 y 23 de enero de 1974)».

Entendemos que, además de no reparar en las diferencias que separan el principio organizador y adjetivo del tracto sucesivo respecto al principio sustantivo y material de fe pública registral⁴⁷, está en oposición con la *ratio* de este último: la previa inscripción es necesaria en tanto que sobre ella debe apoyarse la buena fe animadora y cualificadora del acto adquisitivo que el principio de fe pública registral va a proteger.

Y queda todavía una tercera cuestión: ¿es necesario que la titularidad del *tradens* esté efectivamente ya inscrita cuando adquiere el tercero, o basta con que se encuentre sólo presentada a inscripción? Se ha sostenido a veces que lo segundo es bastante⁴⁸. Nosotros no lo entendemos así. El asiento de presentación puede poner en guardia a los terceros y provocar la pérdida de su buena fe⁴⁹, pero no basta para fundamentar o servir de base y sustento a la buena fe. Sin pasar por el control de la calificación registral y llegar a constituir verdadera inscripción, la noticia registral, provisional todavía y no contrastada, no puede valer al tercero el efecto sanante de la fe pública registral⁵⁰.

⁴⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 724-727, especialmente, p. 725: «Este criterio [el sustentado por SANZ FERNÁNDEZ y otros] lo consideramos equivocado, por partir de la idea de que la previa inscripción del artículo 34.1 de la ley se identifica con la previa inscripción del artículo 20 de la misma. Para comprobar lo erróneo de tal idea basta tener presente que el principio de tracto sucesivo, por su carácter de *requisito formal*, admite el juego de la llamada doctrina de la *convalecencia* o *confirmación* que hace posible [...] que el título adquisitivo posteriormente inscrito tenga más antigüedad que el título adquisitivo del transferente. Pero nada de esto ocurre con la fe pública registral, en la cual la previa inscripción del transferente es verdadero *requisito material* para la actuación de aquélla» (cvas. del a.). Para una más amplia exposición y delimitación del principio de tracto sucesivo, y para la argumentación de su carácter adjetivo u organizador, tenemos que remitirnos a nuestro trabajo: «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 676-685.

⁴⁸ Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 724: «El artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria exige para la protección que establece, que *el tercero adquiera del titular según el Registro*, lo que presupone que al tiempo de la adquisición por el tercero ya ha de aparecer del Registro como titular del derecho enajenado, aunque no conste practicada la inscripción a su favor pero sí presentado su título adquisitivo y que éste llegue a inscribirse. El artículo 34.1 de la ley impone esta circunstancia, porque lo esencial es que el tercer adquirente confía en el Registro. Y como según el artículo 24 de la Ley Hipotecaria se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha de la presentación, ha de reputarse que el transferente ya devino titular registral al presentarse su título adquisitivo al libro Diario» (cva. del a.); GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 260: «En este supuesto [que el título intermedio esté ya presentado en el Registro cuando el tercero adquiere], si el título intermedio presentado llega a inscribirse, no hay problema a efectos del artículo 34 LH, pues el que adquiere ha partido de un asiento de presentación cuya fecha se integra en la inscripción previa a la del tercero».

⁴⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 597: «La Ley cumplió con su propósito: para su sistema bastaba que constara en las oficinas del Registro la presentación del título: ésta era la voz de alarma que daba a los terceros adquirentes». De nuevo, y más ampliamente sobre este punto, nuestro *Bases del Derecho de Cosas...*, cit., pp. 604-606.

⁵⁰ En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse, 1983, p. 620: «En revanche, il n'existe pas de garantie que la réquisition formée aboutira à une inscription; le journal ne juit donc pas de la foi publique sous son aspect positif».

C) ADQUISICIÓN DERIVATIVA POR ACTO *INTER VIVOS*

No se encuentra expresamente formulado este requisito en la redacción del artículo 34 LH, pero viene indudablemente exigido por su *ratio* y fundamento. El tercero protegido por la norma debe adquirir de buena fe y de quien en el Registro aparece como dueño. Es tanto como decir que su adquisición ha de seguirse de un acto consciente y reflejamente puesto en obra como medio directamente ordenado al efecto pretendido de la adquisición⁵¹, y que esta adquisición debe obtenerse por transmisión de quien, por ser titular o dueño, puede proporcionarla en Derecho. La doctrina alemana se refiere a este requisito indicando que el tercero ha de adquirir por negocio jurídico o negocio del tráfico⁵²; entre nosotros, desaparecida en la actual redacción del artículo 34 la referencia al contrato como instrumento de la adquisición⁵³, se le hace valer entendiéndolo implícito en el requisito –éste sí subsistente– de la onerosidad de la adquisición⁵⁴; o simplemente, y distinguiendo este requisito del de la onerosidad, se le hace consistir en el carácter derivativo de la adquisición⁵⁵. En todo caso, quedan en nuestro Derecho claramente fuera de la protección dispensada por el principio de fe pública registral las adquisiciones

⁵¹ En la doctrina alemana, cfr. STAUDINGER-GURSKY, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12, neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989, ad § 892 Rz 64: «Hier sind nämlich nur Rechtsgeschäfte gemeint, die unmittelbar die Übertragung oder Einräumung eines Liegenschaftsrechtes zum Gegenstand haben, bei denen sich der Parteiwille also exakt gerade auf die Verschaffung eines solchen Rechtes richtet».

⁵² WOLFF, en ENNECERUS-KIPP-WOLFF, cit., p. 271: «La fe pública del Registro inmobiliario sólo garantiza la validez de las disposiciones hechas por *negocio jurídico*» (cva. del a.); WEIRICH, H-A, *Grundstücksrecht*, 2. Auf., München, 1996, 192: «b) Über das Eigentum oder ein eingetragenes dingliches recht ist durch (wirksames) Rechtsgeschäft verfügt worden» y 193: «d) Die rechtsgeschäftliche Verfügung hat den Charakter eines Verkehrsgeschäfts».

⁵³ Se incluía, como es sabido en la originaria: «... los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello...».

⁵⁴ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., p. 256: «Actualmente, el artículo 34 no emplea esas palabras, pero indudablemente, al referirse *al que adquiera a título oneroso*, no sólo comprende el requisito de la onerosidad, sino también la necesidad de una *adquisición derivativa o por negocio jurídico* [...] (cvas. del a.).

⁵⁵ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 425 y 426: «B) *Adquisición derivativa del derecho*.—II. Conforme a la base esencial de nuestro sistema, la adquisición del tercero, para estar protegida por la fe pública, debe tener lugar en virtud de negocio jurídico [...]. Así lo exige la finalidad de fortalecer el comercio de inmuebles y asegurar el tráfico a que responde la fe pública. El artículo 34 de la Ley, en su redacción anterior a 1944, establecía este requisito hablando de los que *hubieren contratado* (cva. del a.) con el titular inscrito. La expresión, no muy exacta y tal vez excesivamente restrictiva, ha sido eliminada en el actual para hacer referencia directa a la adquisición por el tercero y correlativa transmisión por el titular inscrito anterior, esto es, a la adquisición derivativa del derecho real».

por sucesión *mortis causa*⁵⁶ y las que se obtienen por ocupación⁵⁷, accesión y usucapión⁵⁸.

El acotamiento al modo indicado del ámbito protector en que opera la fe pública registral no basta por sí mismo para resolver con seguridad si queda dentro del mismo un concreto supuesto respecto del cual se ha llegado finalmente en nuestro Derecho a una solución distinta –contraria habría que decir– a la que pacíficamente se sostiene para el suyo por la doctrina alemana. Nos referimos al de las adquisiciones producidas en subasta pública judicial⁵⁹.

En Alemania se la excluye porque se la considera como una forma de adquisición no negocial, extraña, por ello, al campo de las adquisiciones por negocio jurídico que, en cuanto instrumento de

⁵⁶ Las a título universal, además de por no consistir en actos del tráfico, por su característico modo de producirse: no fundamentando un título nuevo y autónomo en el adquirente, sino haciendo entrar a éste en la situación de titularidad del causante. En palabras de DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 632: «car un successeur à titre universel n'a pas la qualité de tiers», en la doctrina alemana, se excluyen estas adquisiciones por su carácter legal, incluso cuando el llamamiento sucesorio es testamentario: cfr. STAUDINGER-GURSKY: *op. cit.*, Rz 64: «Dies gilt insbesondere für den Erwerb durch Erbfolge [...]. Auch soweit in diesen Fällen dem Erwerb ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt (wie Testament, Erbvertrag, Ehevertrag), kommt der Erwerb hier nicht "durch" Rechtsgeschäft iS des § 892 zustande». Las a título particular –además de por su gratuidad– por ser ajenas a la idea de acto del tráfico que sitúa y circunscribe los actos registralmente protegidos en el ámbito cuya seguridad se propone garantizar el Registro.

⁵⁷ Aparte la exclusión de la ocupación inmobiliaria en nuestro Derecho, por ser este modo de adquirir el prototipo de la adquisición originaria. Llama por ello la atención que para el Derecho suizo se admita su protección registral: cfr. DESCHENAUX, *op. et loc. ant. cit.*: «Mais l'art. 973 s'applique aussi à des acquisitions qui s'opèrent sans inscription au registre foncier: [...] par occupation». Al respecto, en nuestra doctrina, SERRANO Y SERRANO, L., «El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo», *Anales de la Universidad de Valladolid* 1933-1934, núm. 17, p. 37: «La adquisición por ocupación debe ser protegida, pues se funda en una inscripción que diga que la cosa carece de propietario». El mismo criterio favorable a la protección registral de la adquisición por ocupación se mantiene en la doctrina alemana por entenderse negocial este modo de adquirir. Cfr. STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 77: «Vom Wortlaut des § 892 Abs 1 S 1 gedeckt ist an sich der Fall der Aneignung eines herrenlos gewordenen Grundstück nach § 928 BGB, denn diese stellt im Gegensatz zur Okkupation beweglicher Sachen [...] ein einseitiges Rechtsgeschäft dar».

⁵⁸ Por el carácter originario y no negocial de estos modos de adquirir, respecto de los cuales debe además añadirse que aunque en el resultado adquisitivo de la accesión y de la usucapación ordinaria también interviene la buena fe, es muy claro que en ellas lo hace de modo distinto al propio de su intervención en la adquisición protegida por la fe pública registral. En ésta la buena fe se refiere a la titularidad del *tradens* que permite la eficacia de la adquisición consciente y directamente pretendida, la cual, por ello, se califica como adquisición de buena fe; en la accesión, por el contrario, la buena fe interviene animando un comportamiento cuyo resultado adquisitivo ni se conoce ni se pretende al tiempo de realizarse. En la usucapación ordinaria, aunque la buena fe arranque, en lo sustancial, del mismo supuesto en que la hace consistir el artículo 34 LH –creer que la persona de quien se va a adquirir es dueño y puede transmitir su derecho– su objeto actual e inmediato no es el acto pretendidamente adquisitivo y su motivación, sino la situación posesoria resultante del mismo y que finalmente desembocará en la adquisición. A diferencia de lo que ocurre en el artículo 34 LH, el 1950 CC no se refiere a la buena fe del adquirente, sino a la «buena fe del poseedor».

⁵⁹ Hemos adelantado nuestro juicio al respecto en «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», AC 2007, núm. 6, pp. 597-608.

la seguridad del tráfico, el Registro de la Propiedad se propone asegurar y proteger⁶⁰. Que no sea ésta una solución a la que necesariamente aboque la naturaleza de esta adquisición ni, sobre todo, la delimitación del ámbito de la protección registral, se comprueba con la sola observación de que en el Derecho suizo se entiende establecida justamente la contraria: el adquirente en subasta ejecutiva queda amparado por la fe pública registral⁶¹. ¿Qué hay sobre ello en nuestro Derecho?

La pura indicación del requisito de la adquisición onerosa —menos cuando se hablaba de adquisición por contrato oneroso— no depara criterio seguro, expreso y preciso de solución: se interponía entre ésta y la expresión literal de la Ley el problema de la naturaleza de la adquisición en subasta judicial. En tales condiciones, nuestra doctrina hipotecaria, haciendo gala una vez más de su inspiración y obediencia germánica, se vino manifestando contraria a la protección registral de estas adquisiciones⁶². La jurisprudencia, a su vez, —y desacertadamente, a nuestro juicio— llamaría en auxilio

⁶⁰ Cfr. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Trad. W. ROCES, Madrid, 1929, p. 45: «Quedan al margen de la fe pública todas las adquisiciones realizadas por la vía ejecutiva, puesto que aquélla se contrae a velar por la seguridad del tráfico *voluntario*» (cva. del a.); WOLFF, en ENNECCERUS, cit., pp. 271 y 272: «La fe pública del registro inmobiliario sólo garantiza la validez de las disposiciones hechas por *negocio jurídico*. No se protege: a) Al que adquiere un derecho en base a una *ejecución forzosa* o por *remate de un embargo*» (cvas. del a.); STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 63: «Nur der rechtsgeschäftliche Erwerb von Liegenschaftsrechten wird durch § 892 geschützt. Eine Ausdehnung des öffentlichen Glaubens auf kraft Gesetzes eintretende Rechtsänderungen haben die Verfasser des BGB nachdrücklich abgelehnt [...]. In der Tat wäre eine solche Ausdehnung durch den Gedanken des Verkehrsschutzes nicht mehr zu rechtfertigen, da bei kraft Gesetzes eintretenden Rechtsänderungen ein Vertrauen des Erwerbers auf die Richtigkeit des Grundbuchinhaltes gar nicht mitspielen kann», y Rz 74: «Ausgeschlossen ist der Schutz des § 892 auch beim Erwerb durch Zwangsversteigerung [...]. Dem Ersteher hilft deshalb sein guter Glaube nichts, wenn das gepfändete Recht überhaupt nicht wirksam begründet worden war oder jedenfalls dem Schuldner nicht zustand». En nuestra doctrina, sobre la delimitación alemana del principio de fe pública, *vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Sistemas hipotecarios. Derecho Inmobiliario alemán», *Estudios...*, I, pp. 106 y 107: «En cambio, no se ha considerado necesario proteger de tal manera a las adquisiciones a título universal (sucesiones hereditarias) ni a las que se realizan por virtud de la ley (casos de subrogación legal, usufructos familiares, adquisición de la parte de bienes gananciales por un cónyuge frente al otro), ni a las declaraciones contenidas en la sentencia pronunciada contra el *no-titular*, ni a las adquisiciones de inmuebles en procedimiento ejecutivo».

⁶¹ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 632: «Mais l'art. 973 s'applique aussi à des acquisitions qui s'opèrent sans inscription au registre foncier: par [...] adjudication dans des enchères forcées».

⁶² GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 163: «Quedan fuera también los adquirentes a título lucrativo y aún los que lo fueron por ministerio de la Ley o sentencia judicial, porque el sistema tiende primordialmente a favorecer la negociación inmobiliaria»; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las anotaciones a WOLFF, *op. cit.*, p. 282: «El artículo 34 de la LH y los que son mero corolario de la regla que establece (por ejemplo, el art. 37), sólo afectan a los que contratan a título oneroso con el titular inscrito. Ha de tratarse en todo caso de actos de negociación o de tráfico jurídico. Así, de la misma manera que, según el texto correlativo, no se protege al adquirente de un derecho que sea consecuencia de una ejecución forzosa o que resulte por remate de un embargo, igualmente sucede en Derecho español [...]».

de este criterio el artículo 33 LH: el procedimiento ejecutivo sería nulo si la cosa embargada no es propiedad del deudor. De acuerdo con ello, la adquisición de él derivada sería una adquisición aquejada de una nulidad que su inscripción no podría sanar⁶³: el adjudicatario que la inscribiera seguiría expuesto e inerme frente a la reivindicación del dueño, aunque éste no hubiera interpuesto oportunamente la correspondiente tercería de dominio⁶⁴.

Las cosas no son tan claras en nuestro Derecho como para que esta solución pudiera imponerse como una verdad axiomática. Contra ella militaba, en el terreno de su redundancia final, el desprestigio que arroja sobre las adquisiciones consumadas bajo la garantía del procedimiento judicial⁶⁵; y en el terreno de lo literalmente legal –al menos en la redacción actual del art. 34 LH– el hecho de que en el adquirente en pública subasta que inscribe su adquisición se cumplen todos los requisitos que la ley exige para el desencadenamiento del efecto protector del principio de fe pública registral⁶⁶. Se entiende, por ello, que Roca Sastre, propugnando el carácter contractual de esta adquisición⁶⁷, y posteriormente Díez-Picazo, calificándola como legal⁶⁸, hayan defendido y afirmado su

⁶³ Cfr., e. c., SSTS de 8 de marzo de 1993 y 31 de mayo de 1999; la primera, comentada por nosotros en *CCJC*, núm. 31, pp. 265-275.

⁶⁴ Por todos, y sobre la base del artículo 1533.II de la anterior LEC, *vid.* MORENO CATENA, en Valentín CORTÉS, *et alii: Derecho Procesal*, t. I, (vol. 2), Valencia 1987, p. 500.

⁶⁵ DE LA RICA Y ARENAL, «Meditaciones hipotecarias. El principio de prioridad y las inscripciones atrasadas», *RCDI*, 1958, p. 785: «Sucediendo así las cosas ocurrirá que el rematante o el adjudicatario perderán la propiedad de la finca inscrita a nombre del tercer adquirente y el precio pagado bajo la garantía del poder judicial. Y resultará que un tercero de buena fe que haya pujado y comprado una finca en una subasta judicial, dentro de un procedimiento legítimo tutelado por el juez [...] se verá despojado de su adquisición y, seguramente, privado del dinero del precio, acaso pagado al mismo juez dentro del procedimiento [...]».

⁶⁶ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, cit., p. 256: «[...] no se pueden excluir de la fe pública aquellos supuestos en que el Juez dicta el correspondiente auto de adjudicación derivado de una subasta judicial, pues el acto de la subasta determina la adquisición derivativa que requiere el artículo 34 LH, limitándose el auto judicial a constituir un acto formal de autoridad dentro de la vía de apremio o del proceso correspondiente para consumir la adquisición procedente de subasta. Por tanto, cumplen los requisitos para la aplicación del artículo 34 LH las adquisiciones en virtud de auto judicial de adjudicación en el procedimiento judicial sumario, en la vía de apremio o proceso de ejecución, sea por causa civil, laboral o penal o de la clase que sea, incluso la adjudicación notarial en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, que responde a la misma idea de consumación de la subasta pública».

⁶⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 593: «Respecto a los *adquirentes por resolución judicial* no cabe duda que si lo son a consecuencia de una realización ejecutiva de bienes, y lo mismo si la resolución es administrativa por ejecución fiscal, estamos ante una adquisición por negocio jurídico, pues el Juez, en unas, y el Agente Ejecutivo, en otras, enajenan a nombre del ejecutado».

⁶⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 461: «En la hipótesis del artículo 34 el tercero protegido lleva a cabo una adquisición del dominio o de otro derecho real, en virtud de un acto o negocio jurídico que lo relaciona con el titular registral. Puede tratarse –y será lo normal– de un negocio jurídico *inter partes*, pero puede tratarse también de un acto

inclusión en el ámbito protector del artículo 34. En todo caso, la adquisición del adjudicatario es una adquisición derivativa *inter vivos* y onerosa; y eso es lo que en nuestro Derecho basta para su protección registral. Esta tesis, secundada además por varios otros autores⁶⁹, es la que entre nosotros ha abierto el camino a la redacción del artículo 594 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil⁷⁰. A partir de él es ya legalmente cierto que el mismo adjudicatario –no sólo el subadquirente que de él traiga causa– es un tercero adquirente alcanzado por el efecto protector del artículo 34 LH.

Se infravalora, a nuestro juicio, el artículo 594 LEC cuando se le presenta como una norma que no hace por sí misma irreivindicables los bienes adquiridos en pública subasta, sino que se limita a enunciar, tautológicamente, una irreivindicabilidad producida

jurídico no negocial, en virtud del cual derive su derecho el tercero. Por ejemplo: la finca que aparece inscrita a nombre de Ticio, como titular registral, es adquirida en subasta pública judicial por Cayo».

⁶⁹ Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., p. 602: «La transmisión puede ser voluntaria (por ejemplo, por compra) o forzosa (por ejemplo, en subasta pública por ejecución judicial»); REY PORTOLÉS, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, pp. esp. 532-536, aunque con la peculiaridad de fundamentar la protección del tercero en el artículo 32, no en el 34 LH (cfr. p. 534: «[...] el propio rematante o adjudicatario, una vez solos en el folio, pueden considerarse terceros latinos protegidos por los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 CC (trasuntos ambos del criterio que inspira el art. 1473 CC) frente al verdadero propietario que quisiera volver a la carga». Posteriormente, contando ya con el dato legal suministrado por la nueva LEC, TALMA CHARLES, JAVIER, *La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, p. 564: «Si el tercer adquirente en la subasta judicial cumple con los requisitos exigidos por el artículo 34 LH (en especial habrá que fijarse en su buena fe), entonces tal titular inscrito habrá adquirido una posición inatacable configurándose como un verdadero tercer hipotecario»; BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, «El sujeto beneficiario de la protección registral», *RCDI*, 2003, p. 2639: «¿Por qué [...] se mantiene en su adquisición al adjudicatario de la subasta? Porque confió en un presupuesto material u objetivo, conformed por la información registral y la misma actuación judicial, apto para ser creído por el postor. Y como, además, concurrían los otros requisitos [...] que exige la doctrina de la apariencia jurídica para su aplicación, el rematante podrá perfectamente invocar esta institución, cuya eficacia consiste en provocar los mismos efectos sustanciales [...] que si la situación jurídica aparente hubiera sido real: si el embargo realmente hubiera recaído sobre cosa propiedad del ejecutado»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿adquisición de la propiedad por el rematante? Comentario a la STS de 11 de junio de 2004» *RdP*, 15, 2005, p. 330: «Parece más lógico entender, con la doctrina de esta Sentencia, que la adquisición del adjudicatario en el procedimiento de apremio puede reunir los requisitos propios de la protección del Registro: adquiere de quien aparece en él como titular, mediante una contraprestación, sin que en el Registro figuren las causas que permitan dudar de la titularidad del transmitente y sin conocerlas de otro modo, y, finalmente, inscribe su derecho»; ID., anteriormente, *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2005, pp. 239-246.

⁷⁰ Como es sabido, su tenor literal es como sigue: «*Posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado*.–II. El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercera de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación».

—cuando efectivamente deba producirse— *alio capite* y al margen de ella en razón de causas, principios y normas ajenas a aquél⁷¹. Es cierto que la irreivindicabilidad sancionada en este precepto no es una irreivindicabilidad absolutamente necesaria; pero el hecho de que así sea no resta un ápice de valor al mandato que la enuncia: es la simple y necesaria manifestación de que en la protección de la adquisición *a non domino* no es suficiente haber adquirido de quien no es dueño, sino que tal adquisición debe producirse siempre encuadrada en un conjunto de circunstancias sin las cuales no se justificaría su protección. Ello supuesto, el solo dato de que el precepto legal cuente con la posibilidad de que el adquirente de bienes embargados pueda adquirir irreivindicablemente —mucho más cuando expresamente se afirma que esa irreivindicabilidad puede venir de la mano del artículo 34 de la Ley Hipotecaria⁷²— basta para que se reconozca al artículo 594 LEC la importancia que corresponde a una norma que viene a declarar y sancionar ahora lo que hasta este momento sólo constituía una opinión discutible: que la adquisición en pública subasta entra en el campo al que alcanza el efecto sanante del principio de fe pública registral. El derecho que con carácter general dejaba a salvo el artículo 1533.II de la LEC de 1881 al dueño que no hubiera interpuesto oportunamente la tercería de dominio, queda hoy relegado ordinariamente a las acciones resarcitorias y de nulidad previstas en el segundo párrafo del vigente artículo 594. Se entiende, por ello, que la doctrina procesalista haya sostenido la novedad que hoy supone esta norma⁷³,

⁷¹ Así, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Barcelona, 2000, pp. 2866 y 2867: «A pesar de lo que parece decir el inciso segundo del artículo 594.1, la LEC [¿no?] se ha atrevido a hacer irreivindicables los bienes adquiridos en pública subasta (y por el solo hecho de que han sido adquiridos en pública subasta). [...] lo único que dice es lo que ya sucede y no puede dejar de suceder: que si el rematante o adjudicatario hubiera adquirido de modo irreivindicable bienes enajenados conforme a lo establecido en la legislación sustantiva, serán mantenidos en su adquisición. Lo que es tan evidente que cae en la tautología [...]».

⁷² Cfr. el mismo FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 2867: «Los bienes pueden haber sido adquiridos de forma irreivindicable si se adquirieron en las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; también, SALINAS MOLINA, F., en *El proceso civil. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, vol. VI, BARONA VILAR, *et alii*, Valencia, 2001, p. 5141: «Cuando se trate de bienes inmuebles, los criterios generales de los que se ha de partir para determinar si la transmisión es o no irreivindicable, son los previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, teniendo en cuenta, en su caso, la posible aplicación de la presunción de buena fe que establece dicho precepto».

⁷³ Cfr., e. c., CORDÓN MORENO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, ed. Aranzadi, 2001, p. 290: «En cambio, bajo la normativa anterior, en la que no existía una norma semejante a la que comentamos [...]»; VEGA TORRES, en DE LA OLIVA SANTOS, *et alii: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, ed. Civitas, 2001, p. 1035: «Desde esta perspectiva, la LEC supone una clara reacción frente a cierta jurisprudencia (de dudosa corrección, incluso en relación con la legislación anterior) que venía permitiendo, sin limitación alguna, que el verdadero dueño impugnara en juicio declarativo las enajenaciones forzosas basadas en embargos de bienes no pertenecientes al ejecutado».

y que a partir de ella la jurisprudencia, rectificando el rumbo marcado por sus anteriores pronunciamientos, venga ahora cobijando en el ámbito protector del artículo 34 LH a las adquisiciones efectuadas en pública subasta⁷⁴.

Nada de incorrecto y censurable hay, a nuestro juicio, en la novedad legalmente introducida en nuestro Ordenamiento por el artículo 594 LEC. La *venta* pública no deja, por ser pública, de ser venta. Venta *forzosa*, con lo que ello implica de violenta incrustación en su configuración de un elemento extraño a la noción pura del contrato. Pero la doctrina civilista tiene ya plenamente asimilada la figura del contrato forzoso. Podrá decirse que la venta en pública subasta no entra en el contenido nuclear de la inconcreta categoría de los «actos del tráfico»; pero lo que nunca podrá negarse es que en ella se produce una transmisión derivativa y onerosa cuya protección no repugna a la finalidad aseguradora y protectora del Registro de la Propiedad.

Por otra parte, es verdad que el procedimiento de embargo no puede supeditarse a la previa comprobación cierta y definitiva de que los bienes trabados pertenecen al deudor (de ahí, obviamente, la tercería de dominio), y que, en tales condiciones, dicho procedimiento no podría garantizar por sí mismo al adjudicatario la inmovible firmeza de su adquisición. Pero en el caso de que aquí se trata –aunque no sólo a él se refiera el art. 594 LEC– la situación producida no es pura y simplemente esa. Nuestra hipótesis implica que el bien subastado está registralmente inscrito a nombre del deudor. El conflicto de derechos que en ella se produce es, pues, el mismo que genéricamente la Ley Hipotecaria resuelve en favor del derecho inscrito frente al que dejó de inscribirse, y, más específicamente, el que se plantea entre el titular del derecho no inscrito y quien onerosamente y de buena fe lo adquiere de su titular registral. Nada de extraño, en consecuencia, que su solución se acoja al principio de fe pública registral.

Admitida, pues, en abstracto la posibilidad de que la adquisición en venta judicial entre en el ámbito de la protegibilidad registral, el obstáculo que concretamente podría alzarse contra la aplicación a ella del principio de fe pública registral es, obviamente,

⁷⁴ «... sin perjuicio de que si se realiza el embargo y, sin haberse inscrito una transmisión anterior, el adjudicatario inscribe su adquisición, éste sí estará protegido por la fe pública registral», encontramos *obiter dictum* en la STS de 19 de mayo de 1997. La misma tesis se expone en la de 22 de junio de 2001. En ella se fundan, a modo de *ratio decidendi*, los fallos de las de 13 de abril de 1993, 14 de junio de 2000 y 6 de mayo de 2004. La corriente contraria rebrota, de nuevo, en las de 10 y 16 de junio de 2003, 11 de junio de 2004, 30 de diciembre de 2005 y 25 de mayo de 2006. De interés, en su propósito de unificar y fijar doctrina y decidiéndolo en el sentido indicado en el texto, la STS de 5 de marzo de 2007 (P. Marín Castán).

el que a la validez del embargo –y al de la adjudicación subsiguiente– opondría la ajenidad de la cosa trabada respecto del deudor ejecutado. Es éste un problema que, naturalmente, no se produce en la ejecución hipotecaria: inherente la hipoteca a la cosa gravada (arts. 1876 CC y 104 LH), es del todo indiferente quién sea el titular de la misma⁷⁵; en el embargo, en cambio, es exigencia natural del procedimiento y de su desarrollo y consecuencia, que la cosa embargada pertenezca al deudor (art. 1911 CC). Pero es justamente en este punto donde el artículo 594 LEC se manifiesta tajante: *el embargo trabado sobre bienes que no pertenecan al ejecutado será, no obstante, eficaz*, y el rematante o adjudicatario puede adquirir irreivindicablemente los bienes así subastados. Supone esta norma la equiparación de esta transmisión con la que se produce en la enajenación voluntaria ordinaria: la ajenidad de la cosa transmitida no implica la invalidez del título de su adquisición (art. 1953 CC), aunque sí provoque el vicio en el modo de adquirir (*traditio* o elemento que en el procedimiento de ejecución hace sus veces) cuyo efecto invalidante (art. 433 CC) vienen a impedir las correspondientes figuras de aseguramiento de los derechos (usucapión ordinaria) o de protección del tráfico y de las adquisiciones de buena fe (adquisición *a non domino* y, más específicamente, principio de fe pública registral) genéricamente previstas en el Ordenamiento.

La transposición de este criterio desde el mecanismo de la transmisión voluntaria al propio de la forzosa resulta justificado, adecuado y legítimo⁷⁶. El procedimiento de ejecución, al igual que el contrato, tiene sus propios requisitos intrínsecos, y es la inobservancia de éstos lo que podrá provocar su nulidad. La titularidad de

⁷⁵ El problema que sí puede generarse, provocando entonces la misma cuestión, es el de la constitución de la hipoteca *a non domino*, por no serlo en la realidad quien como titular del bien hipotecado aparece en el Registro. En tal caso, la STS de 14 de junio de 2000 declara protegido por el artículo 34 LH al adjudicatario adquirente en el procedimiento de ejecución hipotecaria: «En estos límites se encuadra perfectamente la adquisición de aquella finca que en ejecución hipotecaria hizo don [...] y el mecanismo de atribución preferencial que para esta última adquisición, con respecto a la realizada por el recurrente, establece el artículo 1473 del Código, obra plenamente a falta de actuación maliciosa en el logro de aquellos presupuestos, tacha que aquí no se señala para dicho adquirente al que, en cambio, se niega la condición de tercero protegido por aquel artículo 34 cuando, en palmario contrasentido, se le está reconociendo la de adquirente, posterior a quien recurre y así invoca, mediante auto firme de adjudicación en subasta judicial con origen en lo que el Registro de la Propiedad pública, y en esa adquisición tiene que ser mantenido, desestimando los reseñados motivos del recurso».

⁷⁶ VEGA TORRES, *op. cit.*, pp. 1035 y 10036: «En el fondo, la LEC no hace otra cosa que confirmar que quien adquiere bienes de quien no es su dueño merece idéntica protección tanto si los adquiere en una ejecución como al margen de ella [...]. La diferencia de tratamiento entre uno y otro caso no tenía, en realidad, justificación, puesto que las razones por las que el Derecho protege a los adquirentes que confían en la apariencia de titularidad del transmitente se presentan en la misma medida en las enajenaciones fuera de la ejecución y en las que tienen lugar dentro de ella».

la cosa vendida o embargada y enajenada, más bien que requisito del mismo contrato o procedimiento, es presupuesto extrínseco de uno y otro, que, suplible en ambos, no desencadena su nulidad⁷⁷. Lo único que podrá impedir es la eficacia de la enajenación seguida de ellos cuando en el comprador o adjudicatario no se cumplan las condiciones necesarias para la protección de los terceros adquirentes de buena fe. Así se entiende que el artículo 594.2 LEC deje a salvo –aparte las indemnizatorias correspondientes– la acción de nulidad de la enajenación. Es una nulidad, ésta, que, en razón de lo establecido en el mismo precepto, no puede deber su causa a la ajenidad de la cosa respecto al deudor ejecutado, sino que tendrá que venir arrastrada de la nulidad del procedimiento de ejecución por haberse incumplido en él las normas y cautelas a que la Ley lo somete⁷⁸. Aquí es donde, en términos estrictamente hipotecarios, el artículo 33 LH habrá de impedir la protección del adjudicatario, y donde habrá de esperarse hasta la aparición del subadquirente para que el principio de fe pública registral pueda entrar en acción poniendo en movimiento la particular energía de su mecanismo protector.

Recapitulando, pues, teniendo a la vista todo lo anteriormente dicho, y pretendiendo reunir y sintetizar cuanto en nuestro Ordenamiento se dispone sobre el embargo y ejecución de bienes en su derivación hipotecaria, podemos terminar formulando las conclusiones siguientes:

1. El embargo no proporciona al acreedor embargante, ni por sí mismo ni por su anotación en el Registro, la protección que la publicidad registral depara a los terceros adquirentes. La razón nos es ya conocida: el embargo no muda la naturaleza personal del cré-

⁷⁷ Con anterioridad a la vigente LEC, CORDÓN MORENO, F., «Embargo (D.º Proce-sal)»: *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, 1995, p. 2694: «Pero el embargo trabado sobre el bien de un tercero no es nulo [...]»; tras ella, ID.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, ed. Aranzadi, 2001, p. 289: «[...] el embargo como del ejecutado de un bien que no forma parte de su patrimonio no afecta a la eficacia de la afección del bien a la ejecución». Cfr., también, VEGA TORRES, *op. cit.*, p. 1033.

⁷⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 2867: «La nulidad de la enajenación será posible conforme a las reglas generales, pero no porque el bien no sea de la propiedad del ejecutado, pues que el embargo trabado sobre bienes que no son del ejecutado es eficaz es lo primero que el propio artículo dice»; VEGA TORRES, *op. cit.*, p. 1036: «En cuanto a la nulidad de la enajenación, ha de entenderse, por coherencia con lo dispuesto en el apartado anterior, que sólo será viable esta acción cuando se base en causas distintas a la mera ausencia del requisito de pertenencia al ejecutado en el momento de la traba. La ausencia de este requisito no produce la nulidad de pleno derecho del embargo y, por tanto, no puede fundamentar una pretensión de nulidad de la enajenación. Esto no significa que la mención de la nulidad de la enajenación en el artículo 594.2 quede vacía de contenido: la acción de nulidad puede basarse, por ejemplo, en que los bienes trabados y posteriormente enajenados, con independencia de quién fuera su titular, eran inembargables o en que, habiéndose admitido a trámite una demanda de tercería de dominio, fueran enajenados, en contra de lo dispuesto en el artículo 598.1».

dito, y su anotación no puede, por tanto, conceder al acreedor anotante la protección registral que mediante la inscripción de su derecho obtiene el acreedor hipotecario ⁷⁹.

2. Los vicios intrínsecos del procedimiento ejecutivo impiden la protección registral de quien, por consecuencia de él, adquiere como adjudicatario; y en tesis reiterada de nuestra jurisprudencia no escapa a la condición de tal el cesionario del remate ⁸⁰. Habrá, pues, que esperar en tal caso a la aparición del subadquirente para que su adquisición pueda acogerse al efecto sanante de la fe pública registral ⁸¹.

3. Cuando el bien embargado no pertenece al deudor, puede su titular liberarlo de la traba haciendo valer su derecho mediante la tercería de dominio; pero ésta deberá ser interpuesta necesariamente antes de que se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta (art. 596.2 LEC) ⁸².

4. Si tal transmisión llega a producirse, el adjudicatario que en ella adquiere onerosamente y de buena fe de quien en el Registro aparece como dueño, al reunir los requisitos exigidos por el artículo 34 LH al tercero amparado por la fe pública registral, será mantenido en su adquisición; esto es: adquirirá irreivindicablemente ⁸³. Al

⁷⁹ Hemos desarrollado este punto en nuestro estudio «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004 (t. LVIII, fasc. II), pp. 513-536.

⁸⁰ Cfr. SSTS de 24 de junio de 2003 y 5 de mayo de 2005.

⁸¹ *Vid.*, en la reciente jurisprudencia, STS de 17 de julio de 2003.

⁸² SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000, p. 85: «[...] para alzar el embargo habrá que acudir a la *tercería de dominio*, ya que, de no formularse, el rematante o adjudicatario de buena fe adquirirá el bien de forma irreivindicable, sin perjuicio de las acciones de enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación»; VEGA TORRES, *op. cit.*, p. 1034: «Una vez enajenados los bienes, la circunstancia de que éstos no pertenecieran al ejecutado en el momento de la traba no puede ser invocada por el verdadero dueño para impugnar la enajenación».

⁸³ Errónea e inoportunamente, en nuestra opinión, niega al adquirente en subasta judicial la condición de tercero hipotecario la STS de 11 de mayo de 2006. Erróneamente, decimos, por cuanto hasta ahora se ha argumentado en el texto; e inoportunamente, porque se trataba en el caso de una adquisición *a vero domino* de finca hipotecada en la que el adquirente pasaba a ocupar la posición del tercero poseedor de finca así gravada: «Es de aceptar dicho motivo –dice la sentencia– pues el “tercero” adquirente en pública subasta no es el “tercero hipotecario” a que se refiere el artículo 34 LH, sino que es el de buena fe que participa en ella, del artículo 114 LH como traducción del principio de publicidad, y de “no oponibilidad”, del artículo 32, por lo que el mismo sólo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor, no garantizadas, sin alcance a tales terceros, ya que, según el indicado artículo 114, sus obligaciones se limitan, además de responder por el principal adeudado, sólo al pago también de los intereses, en principio de los dos últimos años y de la parte vencida de la anualidad corriente [...]». En el sentido del texto, y tratando de unificar y fijar doctrina («El panorama jurisprudencial que se acaba de describir –dice en su FD sexto– aconseja que para resolver el presente recurso, fundado en infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de la jurisprudencia al respecto, se fije definitivamente la doctrina de esta Sala sobre si dicho precepto ampara o no las adquisiciones a *non domino*, especialmente cuando éstas se producen a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes

verus dominus sólo quedarán las acciones resarcitorias o de enriquecimiento injusto que le reserva el artículo 594.2 LEC.

D) A TÍTULO ONEROSO

La onerosidad de la adquisición es requisito indudable en nuestro Derecho para la aplicación del principio de fe pública registral⁸⁴. Lo exige literalmente el artículo 34 LH⁸⁵, cuya redacción en 1944 vino a mantener, considerándolo como tradicional⁸⁶, el criterio expresado por primera vez en la reforma de 1877⁸⁷. ¿Vigente sólo a partir de entonces? Nosotros, apartándonos de la opinión más extendida⁸⁸ y haciendo nuestra la de Roca Sastre⁸⁹, creemos que no: el requisito de la onerosidad estaba ya implícitamente presente en la Ley de 1861. Lo sugieren así tanto el dato de que no fuera ajeno a la originaria Ley Hipotecaria el principio *qui certat de damno vitando anteponendus est*

embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral»), como ya se ha indicado, la STS de 5 de marzo de 2007.

⁸⁴ En cuanto a su necesidad para el juego de esa otra forma de protección registral consistente en la pura inoponibilidad de lo inscribible no inscrito (art. 32 LH), nos remitimos aquí a lo ya dicho en «El principio de inoponibilidad...», ADC, cit., pp. 469-483. Lo allí desarrollado, y en cuanto trasciende el peculiar principio de que en cada caso se trate, sirva de fondo a cuanto ahora se va a razonar específicamente para la justificación de su exigencia en la aplicación del principio de fe pública registral.

⁸⁵ Con él concuerdan el 37.4.º a) y el 40, i. f., LH.

⁸⁶ Cfr. EM de la Ley de 30 de diciembre de 1944: «Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que el orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter *juris et de jure* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes [...] por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de lo que sus propios títulos exigieren».

⁸⁷ En ella el artículo 34 se redacta como sigue: «No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos que se ejecuten o contratos que se otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado *por título oneroso*, aunque después se anule o resuelva...».

⁸⁸ Cfr., e. c., GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 492, viendo en el cambio redaccional del artículo 34 en 1877 una «gravísima innovación»; NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., p. 609: «Las Leyes fundamentales del sistema de 1861 y 1869 no lo exigieron [el título oneroso]. Aparece por primera vez en la Ley de 17 de julio de 1877»; SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones...*, I, cit., p. 399: «La Ley de 17 de julio de 1877 limitó la protección registral a los adquirentes a título oneroso, sin que sea muy claro el fundamento de la innovación»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 233: «Esto [que la protección del Registro sólo se concede a las adquisiciones por título oneroso] no era así hasta la Ley de 21 de julio de 1877 [...]»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales...*, VII, 4, cit., p. 464: «En la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no se exigía el requisito de la onerosidad [...]. En la reforma hipotecaria de 1869 tampoco se añadió nada acerca de la onerosidad [...]. Fue en la reforma hipotecaria de 1877 cuando se implantó este requisito, pero únicamente en relación con el tercero del artículo 34, y no en relación con el artículo 32 [...]».

⁸⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 717: «En la Ley Hipotecaria de 1861, así como en la de 1869, el artículo 34 no distinguía entre terceros adquirentes a *título oneroso* y a título *lucrativo*, pero en el fondo en dichas dos primeras Leyes Hipotecarias, el carácter oneroso de la adquisición por el tercero protegido por el artículo 34 estaba implícito en ellas».

*ei qui certat de lucro captando*⁹⁰, como el de la finalidad sólo aclaratoria y redaccional de la reforma del artículo 34 en 1877⁹¹.

Lo que sí resulta hoy cierto es que la limitación de la protección registral sólo al adquirente por título oneroso singulariza a nuestro Derecho frente a los modelos comparados más significativos y próximos⁹². La inoponibilidad latina se brinda por igual a todo adquirente, sin reparar en la onerosidad o gratuidad del título de su adquisición, en Francia, a partir de la reforma de 1935⁹³, y, aunque

⁹⁰ Puede verse en las palabras de PERMANYER contestando a MARICHALAR en la discusión de la Ley ante el Congreso (cfr. *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I, ICN de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, cit., p. 218: «El heredero que lo es por título gratuito es ciertamente digno de respeto; pero bajo el aspecto moral, por no decir económico, bajo el aspecto moral, de acuerdo en esta parte con el económico, el derecho del heredero adquirente por título gratuito no es tan recomendable como el del adquirente por título oneroso. Si, pues, un poseedor que lo es con justo título, que lo es a título oneroso, como lo será, si no en todos los casos, en la mayor parte de aquellos a que se refería la impugnación del Sr. Marichalar; si ese adquirente con justo título, a título oneroso y de buena fe se presenta delante de la ley enfrente de otro adquirente que lo fuera a título gratuito, por más sagrado que sea su derecho adquirido como heredero testamentario [...] yo apelo a los sentimientos no sólo de los jurisconsultos, sino de los que no lo son, para que me ayuden a dar solución lógica y equitativa a ese problema, ¿puede hacer más la ley que optar por el que más se recomienda en el terreno de la moralidad y de la verdadera justicia?». Lo mismo, en las siguientes líneas de GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, pp. 650 y 651: «4. Cuando la segunda enajenación haya sido hecha por título lucrativo. [...] Fúndase la Ley en que en tal caso resultaría perjuicio considerable al que no teniendo ningún motivo para imaginar que la donación se hubiera hecho en fraude de acreedores adquiera la finca donada en una segunda enajenación por la que hubiese hecho un desembolso equivalente a su valor. No sucede lo mismo con el segundo donatario que recibe la finca que se le dio al primero: ningún sacrificio hizo éste por su parte; y constituida la ley en la necesidad de optar entre uno de los dos medios, a saber, que quede él privado de la finca, o que los acreedores pierdan lo que se les debe, se ha decidido con sobrada justicia a favor de éstos. Ni es infrecuente en el derecho dar preferencia al que va a sufrir un daño sobre el que sólo se propone un lucro».

⁹¹ Cfr. GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 492, aunque considerando desbordada tal finalidad por las Cortes al aprobar la propuesta de reforma: «Con posterioridad a la publicación de la LH de 1869, modificóse de nuevo el artículo 34. El Senador don Valerio Casanueva presentó en mayo de 1877 una proposición, con el objeto de aclarar algunas disposiciones de aquélla, completar otras y poner en armonía preceptos que se consideraban opuestos. Con relación al artículo 34, propuso que se substituyeran las palabras: *en cuanto a los que con aquella* (la persona que aparecía con derecho) *hubiesen contratado*; con lo cual indudablemente se conseguía disipar las dudas que, como dijimos en el § I.º de este Com., pudiesen surgir sobre quién era tercero para los efectos del mismo artículo.

No fue, pues, modificar, sino aclarar el 34, lo que se propuso el Sr. Casanueva; pero las Cortes no sólo aprobaron la propuesta, sino que introdujeron una verdadera e importante novedad [...]».

⁹² Lo destacan así, principalmente, CARRETERO, «Los principios hipotecarios...», cit., pp. 37 y 38, y GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 467: «En todo caso, como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es terminante acerca de la exigencia del requisito de la onerosidad, ha de estarse al mismo en la legislación vigente, aunque constituya un islote dentro del Derecho comparado».

⁹³ MAZEAUD, *op. cit.*, p. 596: «Le décret-loi du 30 octobre 1935 –dont les dispositions ont été précisées par le décret de 1955–, en faisant du légataire particulier un tiers au sens du droit común, a rapproché les effets de la publication des donations et les effets de la publication des autres actes. Avant 1935, le legs particulier n'était pas soumis à publicité [...]». Para la originaria Ley de Transcripción, cfr. TROPONG, *op. cit.*, p. 313: «[...] nous croyons que le donataire qui a transcrit est sans action contre l'acheteur qui n'a pas encore transcrit. Ceci s'établit, et par les principes du droit civil, et par les règles du Code

con alguna excepción, en Italia⁹⁴; y lo mismo puede decirse en los sistemas germánicos de Alemania (§ 892 BGB)⁹⁵ y Suiza (art. 973 ZGB)⁹⁶ en cuanto al efecto protector de la fe pública registral. Singularización, pues, de nuestro Derecho en este punto: ¿para bien o para mal? En nuestra opinión, para bien. Constituye una clara manifestación de que nuestro Derecho de la publicidad inmobiliaria no se construye desde bases de pura lógica conceptualista y formal, sino atendiendo para el trazado de sus soluciones a la ponderación realista de los intereses en pugna. ¿Cuáles son las razones que justifican la negación del beneficio de la fe pública registral al adquirente por título gratuito? Una, y la primera: el viejo y conocido principio *qui certat...*, antes indicado⁹⁷. Y otra: que las adquisi-

Napoleón, auxquelles la loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé, en matière de transcription de donation, el par l'esprit même de cette loi, qui a été de favoriser le crédit foncier et de protéger ceux qui ont traité à titre onéreux».

⁹⁴ Por todos, FERRI, Luigi, *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto, Bologna-Roma, 1960, pp. 156: «Non rileva poi la gratuità od onerosità dell'acquisto. Anche il donatario può eccepire il difetto di trascrizione di un acquisto a titolo oneroso», y 234: «Quanto alla natura onerosa dell'acquisto diremo che essa non è richiesta salvo il caso particolare della trascrizione della domanda di revoca o annullamento, come meglio vedremo fra breve».

⁹⁵ Cfr. ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, cit., p. 276: «El anterior derecho *prusiano* con razón sólo protegía al adquirente a título oneroso: el adquirente a título gratuito estaba en igual situación que el que obraba de mala fe. El CC ha rechazado este principio; la fe pública del registro ampara también al adquirente *gratuito*» (cvas. de los aa.).

⁹⁶ Cfr., por todos, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 632: «Il s'agit avant tout du transféré des immeubles ou de la constitution de droits réels limités sur un immeuble, moyennant inscription et sur la base d'un acte juridique. Peu importe la nature de cet acte, et si le titre d'acquisition est onéreux ou gratuit».

⁹⁷ Se invoca esta razón en la EM de 1944: «Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente». En la doctrina, a pesar de sus críticas o reservas respecto a la introducción del requisito de la onerosidad, admiten esta razón, GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 492 y 493: «Hay realmente una diferencia no pequeña entre el que adquiere por título lucrativo o gratuito una cosa, sin que nada dé en compensación, y el que adquiere por título oneroso, pagando el valor de lo adquirido, en otra cosa equivalente o en dinero, o en servicios, o sujetándose a cargas y condiciones que disminuyeron su patrimonio [...]», y SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 427, «La Ley vigente, al mantener la exclusión de los adquirentes a título gratuito, la justifica en el preámbulo no por razones de carácter técnico o jurídico, sino por un fundamento de equidad: la necesidad de evitar un quebranto económico a aquellos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten tener algún derecho sobre los bienes [...]. Esta razón de equidad justifica cumplidamente el sistema legal». Disiente en solitario GARCÍA GARCÍA, quien, criticando en general el «tópico» de la onerosidad y su aplicabilidad en el ámbito del artículo 32 LH (*Derecho Inmobiliario...*, II, cit., pp. 183-186), admite y fundamenta el requisito en el marco exclusivo del artículo 34 por razón distinta a la indicada en la EM. «Ahora bien, en relación con el tercero del artículo 34, que da lugar a una adquisición a non domino, estimamos justificado —dice (*op. cit.*, p. 286)— que el legislador exija el requisito de la onerosidad.

Pero ello no es por las razones que expresa la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 1944 [...].

Se trata de que el artículo 34 LH contempla el supuesto especial de las adquisiciones a non domino, que constituyen una excepción al principio general de nulidad en cadena de los actos nulos y al principio *nemo dat quod non habet*. Y ante una situación de adquisición a non domino excepcional, es lógico que el legislador exija un requisito más, el de la onero-

ciones gratuitas son ajenas a la idea del tráfico jurídico cuya seguridad y tutela asume como tarea suya propia el Registro de la Propiedad⁹⁸. Un indicio del peso de estas razones puede observarse en el régimen alemán. Los presupuestos del sistema (oscurecimiento de la causa por efecto del mecanismo abstracto de la transmisión) llevan al BGB a apartarse del precedente prusiano que excluía de la protección del Registro al adquirente gratuito; pero la admisión de éste entre los beneficiarios de la fe pública registral obligará a la alteración del instrumento normal de recomposición de intereses exigido por la adquisición *a non domino*: mientras que en el caso de la adquisición onerosa el *verus dominus* deberá dirigir su reclamación personal-resarcitoria contra el enajenante *non dominus*, en la gratuita deberá hacerlo contra el adquirente (§ 816 BGB⁹⁹). En definitiva, pues: que tampoco en el BGB el adquirente gratuito (*qui certat de lucro captando*) prevalece completa y definitivamente sobre el *verus dominus* (*qui certat de damno vitando*). Pues bien, esa preferencia subrogatoria y final del *verus dominus* es la que nuestro Derecho establece, *in natura*, inicialmente y *recta via*, negando al adquirente por título gratuito la protección autónoma del Registro.

La protección autónoma del Registro, hemos dicho. Y es que, como el artículo 34 se encarga de advertir¹⁰⁰, «... Los adquirentes

sidad, expresivo de ese sacrificio que ha otorgado el adquirente, para un supuesto que desvirtúa la regla general de las adquisiciones, y dado que estamos ante casos de nulidad, resolución o inexistencia de negocios, en que la inscripción no los convalida (art. 33 LH)».

⁹⁸ Hemos visto expresada ya esta idea por TROPLONG, *op. cit.*, p. 313, en cuanto a la francesa Ley de Transcripción; en nuestra doctrina y para nuestro Derecho Registral se la puede ver, e. c., en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 719: «[...] la protección del adquirente a título gratuito no la demandan propiamente las necesidades del tráfico jurídico, móvil fundamental de los sistemas inmobiliarios registrales»; COSSÍO, *op. cit.*, p. 222: «[...] si la finalidad del Registro es la seguridad del tráfico, la protección de las transmisiones gratuitas difícilmente podría justificarse a favor de quien nada ha dado y en daño de quien materialmente es verdadero titular del derecho, habiéndolo adquirido pagando el mismo una contraprestación»; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 461: «En rigor, la exigencia [de la onerosidad] se justifica por la falta de necesidad de protección especial para los adquirentes a título gratuito»; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)», *ADC*, 2005, p. 1384: «[...] pues la protección del adquirente a título gratuito no la demanda el tráfico».

⁹⁹ Dice así su primer párrafo: «Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt». Sobre las dudas interpretativas planteadas a la doctrina alemana por este precepto, *vid.* ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, III, 1, cit., p. 276, nota 31.

¹⁰⁰ Advertencia severamente juzgada por ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 718: «Este precepto hasta cierto punto es inútil, pues lo que dispone se sobrentendería sin él, y, además, es incompleto, ya que lo que expresa de los adquirentes a título gratuito es aplicable a los adquirentes a título oneroso que no reúnan la condición de tercero hipotecario».

a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente». El sentido de la norma es claro: el adquirente por título gratuito no es una especie de sujeto indeseable o de proscrito registral al que el sistema niegue las ventajas de la publicidad. Simplemente ocurre que la ponderación de su derecho frente al que habría de ser sacrificado por efecto del principio de fe pública registral lleva a la Ley a privarle del efecto sanante de éste, aunque aquel adquirente –excluido, por hipótesis, el de la onerosidad– reuniera los demás requisitos exigidos por el artículo 34 LH. En definitiva, pues, y desde el punto de vista de la por Lacruz-Sancho llamada eficacia ofensiva de la inscripción –principios de inoponibilidad y de fe pública registral (arts. 32 y 34, respectivamente, de la Ley Hipotecaria)–: que el adquirente por título lucrativo no podrá adquirir *a non domino* donde y como normalmente adquiere un adquirente a título oneroso; pero sí podrá beneficiarse de la adquisición así obtenida por su transmitente ¹⁰¹. Desde el punto de vista, en cambio, del principio de presunción de exactitud o de legitimación registral, la inscripción de la adquisición gratuita produce el mismo efecto legitimador que el de la onerosa. Concretamente, quien adquiera de donatario inscrito y con los requisitos exigidos en el artículo 34 gozará en las condiciones normales los efectos sanantes de la fe pública registral. La constancia registral de la gratuidad del título del transmitente no arrastra hasta su causahabiente la inestabilidad de aquélla, a no ser que su causa conste concretamente en el Registro (art. 37.2 LH) o que, una vez operante y ejercitada, se haya anotado la demanda en el Registro de la Propiedad (art. 649 CC) ¹⁰². La inscripción del donatario no es, pues, una inscripción sospechosa que, como la de los

¹⁰¹ Cfr. sobre ello, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 429; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 191; Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 462.

¹⁰² En el sentido del texto, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 191: «La onerosidad es un requisito de la adquisición del tercero, pero no de las anteriores. Por tanto, el que compra a un donatario está a salvo de cualquier causa de resolución, salvo las señaladas en el artículo 37 LH». En sentido contrario se manifestaron GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 497 y 498: «Si puede asegurarse el dominio adquirido por título oneroso, de quien aparece dueño por título gratuito, notificándose a los anteriores poseedores. Hemos dicho que el que ha adquirido por título gratuito una porción de bienes, de quien aparecía en el Registro ser su dueño, no puede convalidar su derecho usando de la especie de liberación antedicha. Cuando la finca no pasa del primer adquirente, esto es llano; pero no pequeñas dificultades entraña cuando ha habido transmisiones posteriores. El sucesor o el donatario transfieren la propiedad a otro, y éste a un tercero, y el tercero a un cuarto, todos por título oneroso: ¿podrá cualquiera de ellos asegurar su derecho notificándose la inscripción hecha a nombre del transferente, a los que poseyeron en los anteriores veinte años? Aun cuando por las primeras palabras del artículo podría sostenerse la afirmativa, no es tal nuestra opinión, ya porque no reconociendo la LH validez en el título del que transfiere, no puede reconocerlo en el que procede de éste, salvo en los casos en que expresamente lo declare; ya porque la causa de la nulidad aparecía en el Registro, puesto que constaba haber recibido los bienes el otorgante por título gratuito; ya porque esta doctrina llevaría tras sí la anulación del precepto limitativo [...]. Por fin, siendo éste un recurso extraordinario, y no muy conforme a intrínseca justicia, ha de restringirse su interpretación en todo caso de duda».

derechos adquiridos por herencia o legado, provoque la suspensión por dos años de su efecto legitimador *quoad tertios* ¹⁰³.

Pues bien, justificada por la razón expuesta la exclusión de la adquisición gratuita respecto de la acción protectora de la publicidad registral en nuestro Derecho ¹⁰⁴, la introducción del requisito de la onerosidad ha sido a veces objeto de crítica en la doctrina ¹⁰⁵. Aparte esta crítica, podría plantearse si dicha introducción no deja algunas cuestiones abiertas a la controversia y, sobre todo, cuáles son los problemas que su aplicación viene a plantear. A cada uno de estos puntos debemos referirnos a continuación.

Por dos razones, sustancialmente, se niega justificación a la exigencia legal de la adquisición a título oneroso: porque en el plano de lo jurídico-real –el único que aquí interesaría– tan adquisición y tan legítima es la gratuita como la onerosa ¹⁰⁶; y porque

¹⁰³ Cfr. RDGRN de 14 de enero de 2006: «Alega el recurrente que el que compra una finca donada, cuando aún no se ha procedido a la partición de la herencia del donante, sabe que dicha donación puede estar sujeta a anulaciones o reducciones que se puedan derivar de la partición de la herencia. Sin embargo, no existe ningún precepto que (a diferencia del supuesto contemplado en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria para las adquisiciones hereditarias) suspenda la fe pública registral respecto de quienes adquieren por compra bienes donados, ni que exceptúe la regla general de que la reducción de donaciones no puede producir efectos frente a terceros adquirentes que hayan inscrito sus títulos no constando en el Registro anotación de demanda alguna (cfr. arts. 647, 649 y 654 CC en relación con el art. 37 de la Ley Hipotecaria)».

¹⁰⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 719: «La diferencia de trato entre el adquirente a título oneroso y el adquirente a título gratuito, a los efectos de la fe pública registral, *la consideramos fundada en nuestro sistema*» (cva. del a.).

¹⁰⁵ Vid. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 492 y 493, quienes califican la introducción del requisito en la reforma de 1877 como «gravísima innovación», pareciendo compartir las censuras de que fue objeto; NÚÑEZ LAGOS: «Tercero y fraude...», cit., p. 110: «La gratuidad por sí sola no es bastante motivo para negar una protección. La gratuidad elimina la protección únicamente cuando se obtiene provecho del fraude de que otro ha sido víctima»; CARRETERO: «Retornos...», II, cit., pp. 132 y 133, combatiendo la extensión del requisito de la onerosidad desde el artículo 34 al 32 LH, pero terminando por generalizar: «Se dirá que la Ley no puede darse en beneficio de los simuladores, pero cuando lo que hacemos es atacar una doctrina poco convincente, es lícito el argumento de que cuando hay tantas ventas hechas en escritura de donación y tantas donaciones hechas en forma de venta, una protección registral que no distinga, siempre será preferible»; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I, cit., p. 399: «La Ley de 17 de julio de 1877 limitó la protección registral a los adquirentes a título oneroso, sin que sea muy claro el fundamento de la innovación»; GARCÍA GARCÍA: *Comentarios...*, cit., pp. 465-467, donde expone sus razones contra el requisito de la onerosidad como exigencia de protegibilidad registral.

¹⁰⁶ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 493: «[...] suponiendo injusta esa distinción que deja en incierto los derechos de los adquirentes por título gratuito, que es al fin y al cabo tan respetable como el oneroso»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 399: «La Ley de 1861 no excluyó de la protección del artículo 34 los adquirentes a título gratuito [...] solución correcta conforme a los efectos del sistema, ya que en tal caso existe un acto dispositivo del titular inscrito, que por su naturaleza no exige la identificación de las situaciones jurídicas de transferente y adquirente»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 466: «2.º Que el sacrificio patrimonial que se realiza con motivo de la adquisición no es criterio adecuado para la adquisición o consolidación de los derechos reales, pues se trata de un aspecto meramente personal y no de carácter real, y, además, llevaría al absurdo de valorar la *cuantía de la contraprestación* para resolver conflictos entre titulares, lo que es absurdo y ningún sistema, ni siquiera el español, sigue tal criterio» (cva. del a.).

también el donatario puede resultar perjudicado por la pérdida, si la padece, de la que creyó su adquisición¹⁰⁷. Una y otra cosa pueden ser ciertas, pero ninguna de ellas justifica la crítica al requisito de la onerosidad. La primera, porque, sustituyendo el planteamiento realista de la Ley por el lógico-abstracto que absolutamente prescinde de la naturaleza o carácter que diferencia a la adquisición, parece desconocer el fundamento en que descansa el indicado requisito¹⁰⁸, y adopta en la crítica a la Ley una metodología ajena a la que sirvió de base a su inspiración. Y no sólo a la Ley Hipotecaria: el régimen general de la donación es el que permite diferenciar y destacar la peculiar debilidad de la causa gratuita¹⁰⁹. Y la segunda, porque el quebranto que pueda experimentar el frustrado adquirente a título gratuito, a diferencia de lo que ocurre en el que el artículo 34 LH trata de evitar a quien adquiere a título oneroso, es extrínseco al hecho mismo de la adquisición. Los compromisos o gastos que tras la adquisición, aunque contando con ella, puedan venir a pesar sobre el adquirente –gratuito u oneroso– quedan al margen de la adopción del criterio que aquí establece la Ley. Lo que cuenta desde el punto de vista de la delimitación del resultado protector del principio de fe pública registral es el daño que experimentaría el *verus dominus* por contrapartida necesaria –si se diera– de la adquisición del donatario. Es muy obvio que cuando esta diferencia no se advierte, la crítica al requisito de la onerosidad se construye sobre una confusión tan patente que abiertamente la descalifica.

Por otra parte: la fundamentación de la exigencia de la onerosidad en el principio *qui certat...*, según se razona en la Exposición de Motivos de 1944, ¿dejaría abierta la duda sobre su aplicabilidad cuando el *verus dominus* sacrificado por efecto de la protección del tercero hubiera a su vez adquirido gratuitamente?; ¿cuál podría ser

¹⁰⁷ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit., ibid.*: «[...] si bien el donatario o el heredero no desembolsaron cantidad alguna ni se privaron de nada al adquirir el inmueble, esta adquisición hizo variar su fortuna y contando con ella contrajeron acaso compromisos que no les sería fácil cumplir, originándoseles perjuicios incontestables, que no es justo sufran por la apatía del verdadero dueño»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 465 y 466: «1.º Que desde que una finca entra en el patrimonio de una persona, ello le sirve para realizar inversiones y operaciones crediticias, y podrán producirse grandes perjuicios tanto como daño emergente como lucro cesante».

¹⁰⁸ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 427: «La Ley vigente, al mantener la exclusión de los adquirentes a título gratuito, la justifica en el Preámbulo, no por razones de orden técnico o jurídico, sino por un fundamento de equidad [...]» y 428: «Partiendo de la razón de equidad en que se funda la exclusión de los adquirentes a título gratuito...».

¹⁰⁹ Cfr. CASTRO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 263, enumerando las manifestaciones más importantes de la importancia práctica de la distinción entre título lucrativo y título oneroso: «1. La fragilidad de la relación negocial, de los derechos y correlativamente de las obligaciones nacidas de los negocios de causa gratuita (*minor causa*). La que, a su vez, se revela: a) En su relativa debilidad respecto a los derechos por título oneroso [...]».

en tal caso la explicación del requisito de la onerosidad¹¹⁰? En nuestra opinión, el artículo 34 LH, al no ceñir su mandato a la razón aducida en la Exposición de Motivos, impide considerar ésta como una cuestión abierta, en tanto que legalmente irresuelta. De hecho, las dudas que al respecto se han suscitado en nuestra doctrina han sido referidas, desde la concepción dualista, a la aplicabilidad del requisito de la onerosidad en el artículo 32, no en el 34 LH¹¹¹. Este último precepto exige la onerosidad en términos absolutos, y el hecho de que cuando el conflicto se plantea entre dos adquirentes a título gratuito, sin ser de aplicación el principio *qui certat...*, no pueda resolverse a favor del primero que, habiendo adquirido de buena fe y de titular inscrito, inscribe su adquisición, no significa –ni siquiera en este caso– que la solución legal quede desprovista de fundamento, ni, mucho menos, que entre en colisión con algún otro principio jurídico o criterio legal. La razón es sencilla: porque tanto la inoponibilidad (prioridad sustantiva) –en mentalidad latina– como la protección de la apariencia jurídica –en mentalidad germánica– se supeditan de suyo y en nuestro Derecho a la onerosidad de la adquisición del tercero protegible¹¹². Una y otra son medidas de protección del tráfico que, implicando el sacrificio ajeno, no deben ponerse al servicio de la adquisición gratuita (*locupletari nemo debet cum alterius iactura*). Evitada respecto a ésta la adquisición *a non domino*, el conflicto entre donatarios deberá resolverse mediante la aplicación del originario principio *nemo plus iuris...*¹¹³. El donatario anterior, a pesar de no haber inscrito, prevalece sobre el posterior que pudiera adelantarse a inscribir porque, mientras aquél, por hipótesis, adquirió efectivamente por

¹¹⁰ Vid. GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 466, argumentando «frente» al requisito de la onerosidad: «3.º Que no hay que olvidar tampoco que en el ámbito inmobiliario pueden aparecer en situación de conflicto un *verus dominus* a título gratuito y un tercer adquirente que inscribió su título gratuito, y entonces no se daría ya la razón que expresa la Exposición de Motivos de la Ley de 1944 para mantener a todo trance el requisito».

¹¹¹ Tenemos que remitirnos de nuevo a lo dicho al respecto en «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 469-483.

¹¹² Para la inoponibilidad latina, *vid.*, de nuevo, TROPONG, *op. cit.*, pp. 313: «[...] nous croyons que le donataire qui a transcrit est sans action contre l'acheteur qui n'a pas encore transcrit. Ceci s'établit, et par les principes du droit civil, et par les règles du Code Napoléon, auxquelles la loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé, en matière de transcription de donation, et par l'esprit même de cette loi, qui a été de favoriser le crédit foncier et de protéger ceux qui ont traité à titre onéreux» y 539: «Une autre singularité de la matière des donations, c'est que le défaut de transcription ne peut être opposé par un donataire à un donataire [...]»; para la protección de la apariencia jurídica, nos remitimos a lo dicho en *La representación aparente...*, cit., pp. 454-459. Posteriormente, sobre este punto, BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, pp. 89-91.

¹¹³ TROPONG, *op. cit.*, p. 314: «[...] les donataires postérieurs ne sont pas reçus à se plaindre du défaut de transcription de la donation antérieure. On continue à suivre ici ces deux règles: 1.º *Potior tempore, potior jure*; 2.º Nul ne peut transmettre à autrui plus de droit qu'ils n'en a lui-même».

haberlo hecho *a domino*, éste no puede adquirir por no ser dueño quien, al parecer, le transmite. En definitiva, pues, que el principio *qui certat...* da razón del requisito de la onerosidad en la hipótesis más frecuente y ordinaria, pero que la exclusión de la adquisición gratuita en la delimitación del ámbito de la fe pública registral se justifica también fuera de aquél por el solo hecho de ser ajena a la protección del tráfico dicha adquisición, y de no justificar, por consiguiente, el sacrificio del verdadero dueño en beneficio de quien para adquirir necesitaría la taumatúrgica intervención sanadora de la adquisición registral *a non domino*.

En plano diferente, no cuestionándose el requisito en sí ni su justificación, la exigencia de onerosidad ha provocado cuestiones y dificultades específicas en su aplicación a determinados supuestos negociales. Nos referimos al caso de la hipoteca y al de las figuras que también son donación (art. 619 CC), pero donación *con causa onerosa*, en la expresión del artículo 624 CC. De ambos supuestos, aunque sea muy brevemente, debemos ocuparnos a continuación.

Más sencillo nos parece el de la hipoteca¹¹⁴, tanto en sí mismo como por haber sido objeto de especial y más atenta consideración por la ley, no en su aplicación *in recto* a la adquisición registral *a non domino*, sino en el del tratamiento de los actos realizados en fraude de acreedores. ¿Es el acreedor hipotecario un adquirente a título oneroso?

La entrada en esta cuestión exige una indicación preliminar: que su planteamiento en el estudio del principio de fe pública registral, y en el supuesto normal de su aplicación, supone que la hipoteca ha sido otorgada *a non domino*, y que, ello no obstante, es todavía posible pensar en la posibilidad de su efectiva constitución y adquisición en interés del acreedor hipotecario que la inscribe en el Registro de la Propiedad. Efectivamente así es, a pesar de que, según el artículo 1857.2.º CC, sea *requisito esencial* de los contratos de prenda e hipoteca *que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca*. Debe quedar fuera de duda que tal requisito esencial lo refiere la ley a la adquisición normal de la hipoteca: a la que se gobierna por el general y ordinario principio *nemo plus iuris...* Por cauces distintos, obviamente, discurre su adquisición *a non domino*, que, fuera del punto de mira del artículo 1857, entra, en cambio, de lleno en la previsión del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y en el mecanismo del principio de fe pública registral. Lo que vale para la adquisición de

¹¹⁴ No lo estima así Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 462: «La cuestión es todavía mucho más difícil de resolver en la constitución de derechos reales de garantía y en particular en la hipoteca».

la propiedad, vale igualmente para la de los derechos y garantías de naturaleza real. Dicho de otra forma: la protección de la confianza en la apariencia jurídica no se limita a la adquisición solamente del derecho de propiedad. Superado el engañoso obstáculo del artículo 1857.2.º CC, y en acertada aplicación de la ley, la jurisprudencia ha admitido el efecto sanante de la fe pública registral; concretamente, en la adquisición de la hipoteca, tanto en el caso, e. c., de su constitución por representante aparente¹¹⁵ como en el que ahora más específicamente nos ocupa: el de su otorgamiento por titular aparente: concretamente, por titular registral de finca que en la realidad extra-registral le es ajena¹¹⁶.

Allanado, pues, el camino a la adquisición *a non domino* de la hipoteca, ¿se cumplirá en ella el requisito de la onerosidad? La pregunta puede parecer desconcertante y ociosa. Quizá ello explica el apodíctico y enérgico tono adoptado por la jurisprudencia en su respuesta¹¹⁷: ¿Cómo dudar de la onerosidad en una garantía que, como tal, es accesoria al contrato oneroso de préstamo hipoteca-

¹¹⁵ Cfr. STS de 27 de septiembre de 1995: «En realidad, la falta de cualquier concesión de poder al Presidente para hipotecar bienes de la Cooperativa es de una evidencia cegadora, y en este sentido existe infracción del artículo 1713 CC, que acarreará la nulidad absoluta de las hipotecas que gravitan sobre aquellos bienes y su libertad de tales cargas que indebidamente soportan. Pero no combatida adecuadamente en este recurso la afirmación de la sentencia recurrida de que la Caja prestamista actuó con buena fe, y con esa misma buena fe confió en los poderes que decía el Presidente de la Cooperativa le había concedido la Junta General, las hipotecas que constituyó han de mantenerse por la necesaria protección de la seguridad jurídica y del comercio, principio éste que orienta siempre la doctrina de esta Sala al juzgar sobre inexistencia de poderes, abuso o extralimitación de los mismos (SS de 21 de junio de 1943, 5 de diciembre de 1958 y 22 de junio de 1989, entre otras)».

¹¹⁶ Cfr. STS de 29 de enero de 1997: «[...] el motivo se desestima porque olvida el artículo 34 que protege, en las circunstancias que indica, al que adquiere de quien en el Registro de la Propiedad figura con facultades para transmitir (o para constituir, desde luego, derechos reales menores), aunque “se anule o resuelva” el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro. Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil, siendo así que sólo lo era para el Registro de la Propiedad, porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral». También, la de 14 de junio de 2000.

¹¹⁷ De nuevo, STS de 29 de enero de 1997: «Es ostensible el olvido que se padece de los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primitiva Ley de 1861, que son el de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos. El motivo excluye a estos últimos de la protección registral; no se necesitan más palabras para rechazar idea tan fuera de la realidad normativa». También la de 28 de noviembre del mismo año, refiriéndose a la anterior: «[...] la Sentencia de 29 de enero de 1997, en supuesto en que se negaba la protección registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria al acreedor hipotecario por no ser adquirente a título oneroso, dice que “la doctrina de esta Sala es justamente la contraria (Sentencias de 15 de marzo de 1958 y 17 de octubre de 1989), como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoria. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos [...]».

rio ¹¹⁸? Esta forma de enfocar y resolver la cuestión, compartida a veces por la doctrina ¹¹⁹, llevará ordinariamente a conclusiones acertadas ¹²⁰; pero, en sí misma, no da la clave completa de solución al problema ni garantiza la exactitud de su tratamiento. Es muy claro, de una parte, que la hipoteca no siempre funciona al servicio del contrato de préstamo; y, de otra, que el carácter oneroso o gratuito del préstamo no tiene por qué extenderse necesariamente a la hipoteca constituida en garantía de su devolución ¹²¹: onerosa será la hipoteca prestada para la obtención de un préstamo, aun gratuito, mientras que puede concederse gratuitamente hipoteca en garantía de préstamo simple con interés ¹²². Es que el contrato de garantía –concretamente el de hipoteca, por lo que a nosotros ahora interesa–, distinguible en sí frente al generador de la obligación asegurada, es causalmente neutro, en el sentido, obviamente, de que, según los casos, puede revestir carácter tanto oneroso como gratuito ¹²³. ¿Cuándo será oneroso y cuándo gratuito? Y, comple-

¹¹⁸ Cfr. STS de 17 de octubre de 1989: «El contrato de creación de préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito. Así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado junto con otras compensaciones económicas (comisiones, etcétera.), constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial». La misma argumentación, en la de 28 de noviembre de 1997.

¹¹⁹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 721: «Acerca de si la hipoteca concedida por tercero, es decir, la constituida por débito ajeno o hipoteca de fianza, hay que entender que en relación al acreedor la concesión de hipoteca por el tercero será a título oneroso o lucrativo según sea onerosa o gratuita la obtención del crédito garantizado, por imponerlo el carácter accesorio de la hipoteca».

¹²⁰ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 470: «La hipoteca, en los supuestos normales de constitución, representa la adquisición de un derecho real con *causa onerosa*. Así lo pone de relieve la importante *Sentencia de 29 enero 1997*, que destaca el carácter oneroso de la constitución de hipoteca, “como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito [...]”» (cvas. del a.).

¹²¹ LACRUZ, «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, 1981, p. 743: «El argumento no es convincente: el carácter accesorio o auxiliar de la garantía hace depender a ésta del crédito en cuanto a su existencia, pero distinta cosa es si el negocio constitutivo de hipoteca debe asumir la misma naturaleza gratuita u onerosa que el constitutivo de la obligación; lo esencial en este caso es ver si a cambio de la garantía en cuanto tal se prestó algo»; comparten la misma opinión, e. c., AMORÓS GUARDIOLA, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, p. 221: «[...] el carácter oneroso o gratuito del contrato originador del crédito simple no condiciona la causa –onerosa o gratuita– de la garantía hipotecaria», y CAPILLA, «Acción revocatoria o pauliana...» (Com. a STS de 28 de marzo de 1988), *CCJC*, núm. 16 (enero/marzo 88), p. 280: «A mi entender [...] debe entenderse que la constitución de hipoteca (o, en general, de garantías reales) por el propio deudor debe ser calificable como onerosa o gratuita, atendiendo al acto de constitución y con independencia de la causa onerosa o gratuita predicable de la obligación garantizada».

¹²² LACRUZ, *op. cit.*, p. 745: «La onerosidad se produce en tal caso tanto si el crédito es a título oneroso como gratuito (por ejemplo, préstamo sin interés)»; AMORÓS, *op. cit.*, p. 221: «Como ha dicho LACRUZ, el negocio de garantía no siempre y necesariamente es oneroso o gratuito según lo sea el crédito dependiente de él»; CAPILLA, *op. et loc. ant. cit.*: «[...] la hipoteca puede tener causa gratuita, aunque la obligación garantizada se integre en un negocio con causa onerosa, cuando el deudor constituyente de la misma no obtiene ventaja alguna por el hecho de otorgarla».

¹²³ *Vid.*, de nuevo, LACRUZ, *op. cit.*, p. 743, adoptando la terminología de PUGLIATTI.

tando la perspectiva desde el punto de vista de la inclusión de la hipoteca en el ámbito del principio de fe pública registral, ¿desde dónde debe fijarse su onerosidad o gratuidad?

Comenzando por la segunda pregunta: La calificación de la hipoteca debe hacerse desde el punto de vista del acreedor garantizado: es él quien realiza la adquisición que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria impone que sea a título oneroso ¹²⁴. La indicación resulta de interés en el caso de que la hipoteca, exigida por el acreedor para la concesión del préstamo, haya sido otorgada por tercero en puro beneficio del deudor garantizado, sin nada deberle y sin nada recibir de él a cambio.

Y en cuanto a la primera: ¿Cuándo será onerosa la hipoteca, y cuándo gratuita? La respuesta se ofrece sin dificultad. Será onerosa cuando a ella se condicione como exigencia *sine qua non* la concesión del préstamo; cuando a cambio de ella algo se obtiene ¹²⁵. Por el contrario, será gratuita cuando no es ése el caso, como ocurre en los supuestos llamados de superposición de garantía. Lo expresaba sintética y exactamente el artículo 40.4 de la originaria Ley Hipotecaria: se entenderán gratuitas *las hipotecas voluntarias constituidas para la seguridad de deudas anteriormente contraídas sin esta garantía y no vencidas, siempre que no se agraven por ellas las condiciones de la obligación principal* ¹²⁶. Es muy claro: *certat de lucro captando* el acreedor que recibe hipoteca en garantía de crédito concedido sin ella y cuyas condiciones no se modifican en beneficio e interés del deudor ¹²⁷. Da igual, desde este punto de

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 462: «Sin embargo, entendemos [...] que la exclusión de la gratuidad hay que medirla no desde el punto de vista del constituyente, sino desde el punto de vista del adquirente, pues el título oneroso lo predica el artículo 34 de la adquisición»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 470: «Teniendo en cuenta que la onerosidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria ha de medirse en relación con el adquirente del derecho real [...]».

¹²⁵ LACRUZ, *op. cit.*, p. 743: «[...] lo esencial en este caso es ver si a cambio de la garantía en cuanto tal se prestó algo»; AMORÓS, *op. cit.*, p. 219: «En principio, la hipoteca será onerosa cuando el préstamo se conceda a cambio de la garantía que se ofrece, de manera que no hay préstamo si no nace la hipoteca. Ésta condiciona la concesión de aquél. La constitución de hipoteca actúa como contraprestación de la concesión del préstamo»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 423, nota 2: «La constitución de hipoteca es [...], ordinariamente, una transmisión con causa onerosa (se transmite la hipoteca al acreedor porque presta dinero) [...]»; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «El principio de fe pública registral y su aplicación a la hipoteca de constitución unilateral. Los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, sus requisitos y su posible aplicación a este caso (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2003)», *ADC*, 2005, t. LVIII, fasc. III, julio-septiembre 2005, p. 1348: «[...] cuando, como ocurre en el caso de la sentencia comentada, la hipoteca es elemento determinante de la concesión del crédito, en atención a la cual se otorga, no puede aquélla en modo alguno calificarse como gratuita».

¹²⁶ «Cuando estas condiciones se agravan –decía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 684–, ya no puede considerarse la hipoteca como resultado de un título gratuito, sino un acto oneroso».

¹²⁷ *Vid.* la antigua y tan citada STS de 14 de enero de 1935: «[...] los terceros favorecidos con la garantía hipotecaria, concedida graciosamente, actuaron *de lucro captando*,

vista, que la hipoteca sea otorgada por tercero garante o por el mismo deudor¹²⁸.

Bastan, a nuestro parecer, estas indicaciones para dejar establecido en términos generales cuándo en la hipoteca se cumple el requisito de la onerosidad exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la entrada en acción del efecto sanante de la fe pública registral, pero, ¿qué decir cuando de lo que se trata es de adquisiciones mixtas, ni enteramente gratuitas ni completa y propiamente onerosas?

Más difícil, a nuestro juicio, es dar un criterio cierto y seguro de solución al problema que plantean estas formas mixtas de donación. Quizá sea su infrecuencia lo que explique que ni la doctrina ni la jurisprudencia le hayan dedicado mayor atención. ¿Cuál debe ser, desde el punto de vista del principio de fe pública registral, el tratamiento de estas adquisiciones ni totalmente gratuitas ni enteramente onerosas?

Es bien conocido que como, criterio general, el artículo 622 CC ordena descomponer entre sus diferentes ingredientes estas formas de donación, someténdolas en su parte gratuita al régimen específico de la donación pura, y en su componente oneroso al general de los contratos. Es ésta la primera y más común forma doctrinalmente propuesta para la solución del problema aquí planteado¹²⁹; y si bien en su apoyo puede alegarse que es la que más directamente conecta con la ordenación de la ley, sin embargo inmediatamente se advierte que en su aplicación al tratamiento de la adquisición registral *a non domino* llevaría a soluciones indeseables en sí mismas y desde el mismo sistema legal. La descomposición de la donación y su sometimiento *pro parte* a regímenes diferentes se presta más al tratamiento de los aspectos divisibles del régimen obligacional de la donación que al efecto unitario de su resultado adquisitivo. ¿Es razonable pensar que, sin indicación alguna del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en tal sentido, y siendo nuestro ordenamiento tan poco proclive a las situaciones de copropiedad,

ya que sus créditos ganaron jerarquía al transformarse de ordinarios en privilegiados, sin contraprestación que beneficiase al deudor [...]».

¹²⁸ Para una exposición analítica y sistemática de los distintos casos atendiendo al tiempo de constitución y al sujeto otorgante de la hipoteca, *vid.* LACRUZ, *op. cit.*, pp. 744-750, y AMORÓS, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

¹²⁹ *Vid.*, e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 429 y 430: «En el supuesto de que concurren el título gratuito y el oneroso, como sucede, por ejemplo, en caso de donación onerosa, el fundamento del diverso trato de uno y otro obliga a mantener al adquirente en su adquisición en la parte adquirida con este último carácter y a ceder ante el verdadero dueño en el resto. Esta doctrina se desprende en el ejemplo citado del artículo 622 CC»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. de 1968), p. 234: «Tratándose de donaciones remuneratorias y, aún más, onerosas, puesto que de algún modo concurren en estos casos el título gratuito y el oneroso, habría de aplicarse la norma del artículo 622 CC [...]»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 720 y 721, remitiéndose a LACRUZ.

el principio de fe pública registral hubiera de llevar a una adquisición parcial, generadora de una comunidad indeseada en la que el donatario adquirente y el *verus dominus*, hasta entonces titular exclusivo, pasaran a ser copropietarios *pro parte*¹³⁰? Con razón, nos parece, se ha dicho que en este punto nos encontramos ante una laguna legal¹³¹; lo que significa admitir que el artículo 622 CC no es norma que directamente y por sí sola contenga el criterio de su solución.

¿Por dónde puede venir, entonces, tal solución? A veces se la ha apuntado desde la interpretación restrictiva y rigurosa de la gratuidad excluyente de la protección registral de la adquisición lucrativa: en la medida en que las donaciones remuneratorias u onerosas, aunque no sean propia y netamente onerosas tampoco son gratuitas, la adquisición que las mismas provocan debe entenderse registralmente protegible por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹³². Así, sin más, expresado el criterio, parece chocar tanto con la indicación del artículo 619 CC (las donaciones remuneratorias y onerosas son *también* donaciones), como con la letra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: «los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transmitente»; y, sobre todo, en lo que implica de concepción unitaria de estas donaciones, el indicado criterio entra en oposición con la visión separada que de las mismas reluce en el artículo 622 del mismo Código Civil.

¹³⁰ Cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., p. 289: «Lo que no parece posible, tratándose del artículo 34 LH, es dar lugar a una adquisición a *non domino* sobre una parte indivisa, manteniendo otra titularidad en otra porción, lo que daría lugar a situaciones antieconómicas y de gran conflictividad, poco deseables y no suficientemente fundadas».

¹³¹ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 468: «[...] lo cierto es que el párrafo último del artículo 34 de la Ley Hipotecaria demuestra que el legislador sólo ha pensado en la contraposición con la adquisición gratuita propiamente dicha, por lo que se produce una laguna legal que ha de cubrirse a través de los medios de interpretación».

¹³² COSSÍO, *op. cit.*, p. 222: «El problema pudiera, en cambio, suscitarse cuando se trate de un «negotium mixtum cum donatione». Estimamos que aun en este caso beneficiaría al tercero la fe pública registral»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 462: «La exigencia de onerosidad en el artículo 34 debe entenderse a nuestro juicio como exclusión de la protección especial derivada de su propia inscripción en favor de los adquirentes a título gratuito. Decimos esto porque puede haber adquisiciones que no sean genuinamente onerosas, pero que, en la medida en que no resultan gratuitas, debe considerarse que quedan protegidas. La onerosidad y la gratuidad no resultan difíciles de establecer en los actos traslativos del dominio, aunque pueden aparecer algunas hipótesis marginales, como son las llamadas donaciones onerosas o algunas transmisiones *mortis causa* no propiamente gratuitas». Para la interpretación de este párrafo, cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, cit., p. 291: «La frase subrayada «en la medida en que no resulten gratuitas», parece dar a entender que DÍEZ-PICAZO se inclina por la tesis de la diferenciación de partes del bien donado a efectos de la aplicación del artículo 34 LH. Pero también puede significar sencillamente que es íntegra la aplicación del citado precepto a estas donaciones, por no ser acto estricta y totalmente gratuito».

Quizás por ello la mejor solución sea la que, sin perder de vista la inspiración de dicho artículo 622, atiende decisivamente a lo establecido en el 821 CC para dar salida al problema de la reducción del legado consistente en una finca que no admita cómoda división¹³³. La preponderancia del elemento oneroso, o gratuito, decantaría el criterio de solución de la adquisición mixta. Si prepondera en ella lo gratuito, el adquirente no gozará autónomamente de la protección registral, y, al tener que padecer la evicción, podrá exigir del donante *non dominus* el saneamiento de la cosa donada hasta la concurrencia del gravamen (art. 638 CC). En caso distinto, esto es: si la donación es onerosa en su mayor parte, la adquisición del así donatario gozará de la protección registral, y el *verus dominus*, al perder lo que en realidad era suyo, podrá dirigirse en regreso contra el donante, aunque sólo en la parte a que alcanza el preponderante ingrediente oneroso de la donación; el resto deberá reclamarlo del adquirente *a non domino*, donatario en parte pero protegido en la totalidad de su adquisición. Un atisbo de este criterio cuantitativo, aunque referido no a la donación parcial sino a la hipoteca parcialmente gratuita, podía ya verse en Gómez de la Serna al puntualizar la regla por la que no se consideraba gratuita la hipoteca posterior a la obtención del crédito pero justificada por la agravación de la obligación garantizada: «Mas debe cuidarse –advertía¹³⁴– de que en esto no haya nuevo fraude, lo que sucedería, entre otros casos, cuando la agravación de la obligación fuera muy inferior a la importancia de la hipoteca que se constituye».

E) LA VALIDEZ DE LA ADQUISICIÓN: EL ARTÍCULO 33 Y SU ENCAJE EN EL SISTEMA DE LA LH. PRECISIONES ULTERIORES SOBRE EL TERCERO HIPOTECARIO

El tercero protegido por el principio de fe pública registral debe haber adquirido mediante acto o contrato válido. No está recogida esta exigencia en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero su declaración legal, expresa y autónomamente formulada en precep-

¹³³ Al menos como una posibilidad, la propone GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 469: «Pues bien, en ambos casos [donaciones remuneratorias y modales] caben (sic) seguir uno de los dos criterios siguientes: [...] b) O bien, para evitar la desarticulación de un negocio único en su causa y efectos, podría aplicarse por analogía lo dispuesto en los artículos 1446 y 821 CC, aplicando íntegramente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria cuando la parte del gravamen o de los servicios dé lugar a una valoración superior a la parte exclusivamente gratuita». Más decididamente, antes, en *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., pp. 289 y 290.

¹³⁴ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 684.

to diferente, constituye el objeto del artículo 33¹³⁵: *La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*¹³⁶.

Considerada en su sustancia y desde un planteamiento general y *a priori*¹³⁷, la norma debe resultarnos familiar y fácilmente comprensible y justificable. Desempeña en cuanto al título de la adquisición registral *a non domino* la misma función que el artículo 1953 CC en la usucapión ordinaria¹³⁸: *El título para la prescripción ha de ser verdadero y válido*. Se siguen de ahí dos consecuencias importantes. La primera: que, referida al título, la nulidad de que habla el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no puede ser –en el sentido tan amplio en que legal y doctrinalmente se emplea el término *nulidad*– la derivada del defecto de poder o libertad dispositiva del *tradens*¹³⁹: en la usucapión ordinaria se exige dicha validez no obstante faltar tal poder, por hipótesis, en el transmitente. Y, la segunda: Que, residenciada normalmente en el título aquella misma nulidad, el efecto no convalidante de la inscripción que la norma declara debe entenderse ordinariamente referido –a salvo lo que después distinguiremos con mayor detalle– a la relación instaurada entre quienes en el otorgamiento del contrato nulo intervinieron como

¹³⁵ Para el Registro Mercantil se la formula, en idénticos términos, en el artículo 20.2 del Código de Comercio: *La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes [...]*.

¹³⁶ Con redacción prácticamente igual, en la originaria Ley de 1861: *La inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes*. En la reforma hipotecaria de 1944-46, el Proyecto suprimió el precepto, pero su discusión en Las Cortes, lo recuperó, llevándolo al artículo 34 como su primer párrafo, y así apareció en la Ley; aunque, finalmente, el Texto Refundido volvió a separarlo devolviéndole su original autonomía.

¹³⁷ Valga en apoyo de la licitud de tal planteamiento la siguiente observación de GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 620, nota (a) en el comentario al precepto: «En nuestra legislación anterior a la Ley Hipotecaria, y en las legislaciones extranjeras no encontramos disposiciones expresas que se refieran a lo que especialmente se ordena en el artículo 33, si bien tanto en aquella como en éstas, prevalece la regla que en él se establece como consecuencia de los principios generales del derecho».

¹³⁸ También en SERNA, *op. cit.*, p. 634 puede verse el paralelo entre la norma del artículo 33 de la Ley Hipotecaria y lo establecido para el régimen de la usucapión ordinaria: «Que la Ley Hipotecaria en su artículo 33 clara y terminantemente establece que un título ilegítimo, como es el de B en el presente caso, por haber adquirido por una confabulación criminal la cosa del que sabía no era su dueño, y por lo tanto sin buena fe, ni justo título, requisitos indispensables para adquirir con el tiempo el dominio de las cosas que se nos transmiten, no convalida, a pesar de su inscripción en el Registro, los actos o contratos que como el de que se trata, son nulos con arreglo a las leyes».

¹³⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 182: «[...] el Registro no sirve para convalidar los contratos que a él acuden, sino para hacer adquirir, al que inscribe, una finca de la que no era dueño su transferente, pese a figurar como tal en los libros [...]. La validez del acto de adquisición se exige en el mismo sentido que la validez del título en la usucapión. No se pide, naturalmente, un acto eficaz, pero sí un acto celebrado con todos los requisitos materiales y formales exigidos por la Ley para su perfección»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 600 y 601: «Tiene que ser un adquirente, es decir, un adquirente por un título, en principio, *válido* seguido de *tradición*. Válido, porque el único defecto que purifica el Registro es la falta de facultades dispositivas en el transferente [...]» (cvas. del a.).

partes. El artículo 33 de la Ley Hipotecaria no es, pues, una «norma de tercero»¹⁴⁰. Desde este mismo planteamiento *a priori*, añadamos todavía, el criterio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos responde a una máxima que, trascendiendo los dos grandes modelos, viene a reconocerse doctrinalmente tanto en el sistema latino¹⁴¹ como en el germánico¹⁴².

Sin embargo, ese mismo criterio, una vez positiva y normativamente enunciado en el artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria, y en su aplicación a nuestro sistema, peculiar y mixto, de publicidad registral inmobiliaria, ha provocado los más dispares juicios, interpretaciones y problemas. Convendrá, por ello, que a continuación y separadamente nos ocupemos de ellos.

1.º *Razón de ser del precepto y justificación de su declaración normativa*

Comencemos por el de su fundamento: ¿cuál es la base y razón de ser del principio de que la inscripción no sana los actos y contra-

¹⁴⁰ CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 426-426: «[...] y de aquí que, si bien ese principio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos puede admitirse de una manera absoluta entre los otorgantes, no puede aplicarse más que en una forma relativa cuando se trata de terceros, pues entonces, como siempre, se anima el espíritu de la Ley Hipotecaria [...]»; NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 243: «Los autores de la Ley [...] formularon la doctrina en los siguientes términos: *Inter partes* el problema del título, válido o inválido, no interesa al Registro; queda en el Derecho Civil [...]»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 484-485: «Hay, pues, que distinguir dos cuestiones, que en nuestra legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el artículo 33, y que queda limitado a las relaciones *inter partes* [...]»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 177: «[...] la inscripción en el Registro no hace al negocio, *inter partes*, de mejor o peor condición de la que tenía»; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario...», *cit.*, p. 2598: «[...] el artículo 33 alude y se refiere a las partes del acto o contrato nulos».

¹⁴¹ Por todos, TROPLONG, *op. cit.*, pp. 354: «La transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité; elle le fait connaître; elle le promulgue, sans rien ajouter à sa validité», y 382: «La transcription fait connaître les actes, mais elle ne les garantit pas contre les vices intrinsèques qui peuvent les faire annuler».

¹⁴² Para la doctrina que explica el régimen alemán, STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, § 892, Rz. 104: «Das Verfügungsgeschäft selbst muß –von der fehlenden Existenz des Verfügungsobjektes oder der fehlenden Rechtsmacht des Verfügenden abgesehen– wirksam sein; es dürfen also keine sonstigen gesetzlichen Tatbestandsmerkmale oder Wirksamkeitsvoraussetzungen fehlen». Para la que comenta el suizo, entre nosotros, SERRANO SERRANO, *op. cit.* (AUV oct-dic 1933, núm. 17), p. 37: «El inscrito injustificadamente no se puede acoger al 973 sino sólo el tercero que adquiere del inscrito injustificadamente, pues la inscripción no suple el vicio del título jurídico, sino que proporciona a su titular la facultad de disponer con relación a los terceros de buena fe»; en Suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 591: «Mais qu'en est-il entre les parties directement impliquées dans une opération d'acquisition? - Il va de soi, pour le législateur, que l'inscription qui se fonde sur un titre inexistant ou nul ne procure pas le droit: il est encore moins question à cet égard de force créatrice du registre foncier»; ID., pp. 611: «L'inscription indue ne produit en principe pas d'effet, ni entre les parties ni à l'égard des tiers» y 634: «La protection du tiers acquéreur de bonne foi d'un droit réel suppose que l'acquisition visée par l'art. 973 [...] soit pour elle-même valable».

tos nulos? Nuestra doctrina –tampoco la extranjera– no se ha ocupado detenidamente de este punto. Se merodea generalmente sobre él, pero no se le hace objeto de una reflexión separada y a fondo. Se ha dicho en la doctrina que su fundamento consiste en el principio de legalidad material¹⁴³; pero, en nuestra opinión, no es ésta una explicación que pueda ser considerada suficiente. Es cierto, en efecto, que el sistema exige la validez del acto inscribible como presupuesto para su legítima inscripción; pero, ello supuesto y admitido, *iterum quaestio*: ¿por qué y cómo explicar que la inscripción del acto indebidamente registrado en nada afecte a la suerte y consecuencias del mismo? Queremos decir –y la aclaración seguramente resulte innecesaria– que una cosa es la validez del acto inscrito, y otra el problema de la incidencia que éste, tanto *inter partes* como frente a terceros, pueda tener por efecto de su irregular inscripción. Y el principio de legalidad material se limita a exigir aquella validez para poder proceder regularmente a la inscripción, pero no resuelve necesariamente cómo debe ser jurídicamente tratada ésta cuando de hecho se la ha obtenido siendo nulo el acto inscrito¹⁴⁴.

En nuestra doctrina, la norma del artículo 33 de la Ley Hipotecaria se hace descansar a veces, o al menos se la conecta, con el carácter no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho¹⁴⁵ y

¹⁴³ En la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 590 ss.; concretamente, en pp. 611 y 612: *Les conséquences du principe de la légalité matérielle*. Ces conséquences sont inscrites dans sa notion même. *L'inscription induit* ne produit en principe pas d'effet, ni entre les parties ni à l'égard des tiers [...]. Mais il faut réserver la protection des tiers de bonne foi [...]; en la nuestra, CAMPUZANO, *op. cit.*, pp. 622 y 623: «De aquí se infiere que en puridad de principios el haberse o no inscrito una determinada relación de derecho, no debe añadir ni quitar a la misma relación ninguna validez. Mucho más si se tiene en cuenta que una de las bases en que descansa nuestro sistema hipotecario es el principio de legalidad en virtud del cual es condición ineludible de los actos o contratos que se acogen a su régimen, la de que se hallen adornados de todas las formalidades, circunstancias y requisitos que las leyes exigen para su validez».

¹⁴⁴ De ahí la crítica de RÍOS MOSQUERA (cfr. CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 432, nota 1) al artículo 33: «[...] el artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria, “tal y como se halla redactado, constituye un absurdo en una ley que se refiere a la ordenación jurídica de la propiedad, por medio de asientos formalizados en libros oficiales, y como tal debiera desaparecer de la misma, porque decir que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos quiere decir que la inscripción no concede fuerza a lo que no la tiene, al título nulo; pero no que los asientos extendidos en el Registro, en virtud de un título nulo, carezcan de toda eficacia, porque después de publicada la edición oficial de 1909, de la ley, el artículo 24 no permite prescindir ni obrar como si no existieran esos asientos, y esa misma doctrina se deduce del estudio del artículo 34 de la ley. Decir eso el artículo 33 y no decir nada es lo mismo, y decir el 34, *no obstante* ese precepto [...] no equivale a decir que el título nulo produce efecto por sí, sino que la inscripción, con independencia del documento que la produjo, crea o establece relaciones que el legislador considera dignas de protección”».

¹⁴⁵ DE LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*. Madrid, 1945, pp. 91 y 92: «Tal principio es obligado en los sistemas que, como el nuestro, no conceden a la inscripción ni valor constitutivo ni eficacia *inter partes*, ni fuerza de cosa juzgada»; CASSO ROMERO, Ignacio de, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed. revisada, ampliada y actualizada. Madrid, 1951, p. 381, nota 2: «Es consecuencia del

con el mecanismo extra-registral de nacimiento de los derechos reales en nuestro ordenamiento mediante el sistema del título y el modo ¹⁴⁶; con el causalismo de nuestro sistema adquisitivo ¹⁴⁷, o con la valoración de la inscripción como *modo* alternativo de adquisición y transmisión de los derechos reales, necesitado, por ello, del complemento del título para que efectivamente pueda llevarse felizmente a término su propia función ¹⁴⁸.

Siendo así que el principio de que la inscripción no sana los contratos nulos trasciende los peculiares mecanismos adquisitivos y campea por igual en los contrapuestos modelos latino y germánico, es evidente que en ninguna de las razones ahora indicadas puede situarse su genuino y más propio fundamento. Su razón debe encontrarse en algo que es común a los sistemas actuales comparados: el rehúse del extremoso e injustificable recurso de la llamada inscripción sustantiva. Ni lo exige la seguridad del tráfico a cuyo servicio se instaura la publicidad registral, ni la padece la justicia por la que siempre debe velar la norma jurídica ¹⁴⁹. En nuestra doctrina y para nuestro sistema de inscripción sólo publicadora pero de eficacia aseguradora máxima, expresó muy bien Gómez de la Serna cuál es el fundamento y alcance del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. La inscripción no sana los actos ni contratos nulos —«ni aumenta ni disminuye el valor de los títulos»— porque su objeto no es dar

carácter *no constitutivo* de la inscripción en nuestro sistema, así como de la repudiación por el mismo del presupuesto «de consentimiento» y consecuente valor predominante del acto causal».

¹⁴⁶ GIMÉNEZ ARNAU, *Tratado de Legislación Hipotecaria*, I, Madrid, 1941, p. 170: «Como nuestro sistema hipotecario se apoyó, no en la teoría del consentimiento y de la inscripción constitutiva sino en la teoría del título y el modo, y no hizo la adecuada separación entre el acto causal de la inscripción y los efectos reales de la misma, hubo necesidad de establecer el precepto contenido en el artículo 33 de la Ley [...]».

¹⁴⁷ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 395: «La configuración causal y no abstracta del sistema inmobiliario español justifica también el precepto del artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Supone, en definitiva, destacar la necesidad de la *validez del acto o contrato inscribible*, dado que la inscripción no purifica los vicios intrínsecos de dicho acto o contrato. Y ello porque el acto o contrato constituye la *causa* de la inscripción [...]. Por tanto, el artículo 33 constituye un mentís al sistema abstracto».

¹⁴⁸ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 474: «La inscripción es modo de adquirir respecto de terceros, y no puede suplir la falta de título [...]»; VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», *RCDI*, 1949, p. 313: «La adquisición contractual requiere en nuestro régimen título y modo; dos elementos que tienen que ser válidos con arreglo a las leyes para que haya adquisición; la inscripción es el modo, y el título es el acto o contrato, y, naturalmente, si éste es nulo, aunque la inscripción sea válida no existen los dos elementos que son esenciales para que haya adquisición».

¹⁴⁹ *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley sobre la Reforma y Adición de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, aprobada por las Cortes el 3 de diciembre de 1896, ICN de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, I, Madrid, 1974, p. 481: «Para que esto no sucediera habría sido preciso conceder a la inscripción el efecto de convertir en ciertos o legítimos los actos o contratos que fueren falsos o nulos, y esto se halla fuera de los límites de la justicia y de la conveniencia pública. Por esto en el artículo 33 de la Ley de 1861 se declara que la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos con arreglo a las leyes».

fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen, sino publicarlos para que sobre ellos no pueda ser inducido a error quien no fue parte en su otorgamiento¹⁵⁰. He aquí la explicación del artículo 33 en su inevitable proyección a terrenos del 34. La inscripción ni añade ni quita al derecho inscrito en la relación *inter partes*, pero respecto a los terceros del artículo 34 viene a constituir, en todo caso, el fundamento de una confianza merecedora de ser jurídicamente protegida. La publicación, o la inscripción, diríamos hoy, no crea el derecho inscrito o publicado, pero constituye la apariencia jurídica de su existencia; y por lo mismo que la apariencia no cuenta *inter partes* sino para terceros, la inscripción deja inalterada *inter partes* la situación inscrita, pero crea y configura para los terceros una apariencia en la que legítimamente pueden confiar.

En los modelos latino y germánico, desechado igualmente el exceso de la inscripción sustantiva, se explica también el principio de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos; pero en ellos se hace patente, de una parte, el exceso germánico respecto a la vocación publicadora de la inscripción registral, a la que innecesaria y forzosamente se la involucra en el mecanismo de la adquisición negocial de los derechos reales; y, de otra, las carencias y la incoherencia latina. Carencias, porque en el sistema latino, como es sabido, la confianza en la inscripción no asegura al tercero la adquisición registral *a non domino*¹⁵¹; y la incoherencia, porque para evitar que la adquisición protegible en la hipótesis de la doble venta entre en colisión con el principio de que la inscripción no sana los actos nulos, tiene que recurrirse a la negación del valor transmisivo de la venta anterior no inscrita, a pesar del proclamado sistema de transmisión puramente consensual y del afirmado carác-

¹⁵⁰ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 619 y 620: «El objeto de la inscripción no es dar fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen, bien sea por defecto en su parte intrínseca, o en su forma, sino sólo hacerlos públicos para que no pueda ser inducido a error el que no ha sido parte en ellos. Consecuencia de esto es, que la inscripción ni aumenta ni disminuye el valor de los títulos».

¹⁵¹ *Vid.* TROPLONG, *op. cit.* p., entre otras, 205: «[...] il faut laisser aux parties le soin d'examiner la régularité des titres d'acquisition et la capacité des contractants. Elles le peuvent; et la loi ne doit pas substituer à la diligence des particuliers [...]»; 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi». En la doctrina posterior, RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil III*. París, 1958, p. 134: «La publicité d'un acte ou d'un jugement n'a pas pour conséquence d'établir à l'égard des tiers l'existence du droit créé ou transmis. Celui qui traite avec un vendeur, après avoir constaté que le vendeur a lui-même transcrit son acte d'acquisition, n'a pourtant pas la certitude que ce vendeur soit propriétaire. La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés». Al respecto, y comparando el sistema francés con el alemán, dirá hoy THERY, Ph., *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, p. 386: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière –telle qu'on la connaît en France– ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

ter declarativo de la inscripción¹⁵². El artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria, en su conexión con el 34, pone de manifiesto la peculiar coherencia y superioridad de nuestro sistema registral respecto a los modelos comparados en la concepción y desarrollo de un ordenamiento en el que la publicidad es plena y solamente lo que por su vocación aseguradora del tráfico de buena fe debe ser: la instancia publicadora de la realidad registrable, o configuradora, en su caso, de su apariencia jurídica protegible¹⁵³.

Entroncado, pues, el fundamento del artículo 33 en la misma razón de ser de la publicidad registral, pasamos a continuación a la cuestión siguiente que sobre él se ha suscitado en nuestra doctrina: ¿Se justifica su formulación normativa expresa y en precepto separado? La doctrina lo ha discutido, a veces con desproporcionada pasión¹⁵⁴. En tono más sereno y abierto se había pronunciado Gómez de la Serna al explicar la Ley Hipotecaria e inaugurar sus comentarios: sin paralelo en el Derecho Comparado, y como derivada de los Principio Generales del Derecho¹⁵⁵, la norma de que la inscripción no convalida los contratos nulos no necesita estrictamente ser objeto de expresa declaración normativa, pero para la evitación de posibles dudas e indeseables cavilaciones, resulta conveniente dejarlo expresamente declarado¹⁵⁶.

Seguramente es ésta una posición inobjetable en su doble afirmación, y, en su conjunto, la más acertada y razonable. En rigor, el

¹⁵² TROPLONG, *op. cit.*, pp. 354 y 355: «La transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité; elle le fait connaître; elle le promulgue, sans rien ajouter à sa validité. Il est vrai qu'elle protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur; et alors elle fait disparaître le moyen radical, autorisé par le Code Napoléon, contre celui qui a acheté *a non domino*. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi du 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*».

¹⁵³ Para el desarrollo de esta idea, nos remitimos a nuestro anterior trabajo: «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: la publicidad registral como apariencia jurídica». *ADC*, XLVII, II, abril-junio 1994, pp. 21-81.

¹⁵⁴ Una detallada relación de las opiniones al respecto, en ROCA SÁSTRE, *op. cit.*, pp. 829-832.

¹⁵⁵ Cfr. la nota, ya citada, de SERNA, *op. cit.*, p. 620, en el comentario al artículo 33: «En nuestra legislación anterior a la Ley Hipotecaria, y en las legislaciones extranjeras no encontramos disposiciones expresas que se refieran a lo que especialmente se ordena en el artículo 33, si bien tanto en aquella como en éstas, prevalece la regla que en él se establece como consecuencia de los principios generales del derecho».

¹⁵⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 620: «Tampoco puede ser dudoso el motivo por qué se ha consignado expresamente esta regla, que no faltará quien califique de innecesaria. Conveniente era escribirla para que saliese al encuentro de la cavilosidad y malas artes de los que, faltos de conciencia, quisieran sacar las leyes de quicio para hacerlas servir a sus torcidos fines [...]. Puede por lo tanto considerarse este artículo como escrito con el objeto exclusivo de evitar dudas infundadas». Repiten este juicio GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 475: «Por eso, aunque a algunos pareció innecesario el artículo 33, nosotros lo creemos en sumo grado oportuno, porque en materia de tal importancia como los efectos de la inscripción, es cuando menos conveniente, prevenir las dudas que pudieran suscitarse».

artículo 33 de la Ley Hipotecaria no sería imprescindible, pero su formulación expresa en el cuerpo de la Ley merece ser considerada como muy oportuna y conveniente; tanto, al menos, como la de la exigencia de título verdadero y válido para la usucapción ordinaria, proclamada en el artículo 1953 CC, cuya utilidad nadie ha puesto en duda, y en cuya interpretación y aplicación –¡ay!– se han deslizado con alguna frecuencia errores y tropiezos parecidos a los que se han generado en la aplicación del 33 de la Ley Hipotecaria ¹⁵⁷.

Y es que la función pedagógica pretendida por Gómez de la Serna con la formulación del precepto, quedó muy lejos de lograr el resultado perseguido. Pretendía con ella Serna conjurar de una vez por todas en nuestra doctrina el fantasma de la inscripción sustantiva ¹⁵⁸. Pero esa finalidad –motivo por el que Galindo y Escosura aplauden con entusiasmo al art. 33 ¹⁵⁹– no apuntaba certeramente al frente por donde habrían de venir la incompreensión, a veces, de nuestro sistema registral, las dudas en cuanto a la ubicación en él del artículo 33, y las confusiones, en fin, que empañarían la exacta captación de su significado. Los problemas que efectivamente van a producirse vendrán por otro camino: por el de la integración del artículo 33 con el 34 en la delimitación del juego del principio de fe pública registral. Es muy llamativo, en este sentido, que el Tribunal Supremo haya venido hablando de la existencia de una contradicción entre estos preceptos, no explicada por la doctrina ¹⁶⁰; o, lo que es más grave, que haya negado la protección de la fe pública registral a quien adquiere de titular inscrito y en las con-

¹⁵⁷ Permítasenos la remisión en este punto a nuestro comentario a la STS de 17 de julio de 1999: «Sobre el ámbito de la usucapción: ¿Usucapción *inter partes* frente a la pretensión de resolución por incumplimiento contractual? (Comentario a la STS de 17 de julio de 1999), ADC, 2000 (II), pp. 703-721.

¹⁵⁸ Cfr. SERNA, *op. et loc. ant. cit.*: «Conveniente era escribirla para que saliese al encuentro de la caviliosidad y malas artes de los que, faltos de conciencia, quisieran sacar las leyes de quicio para hacerlas servir a sus torcidos fines, y pretendiesen que actos nulos en sí mismos se considerasen purgados del vicio que entrañaban por el solo hecho de inscribirlos. Es verdad que ni aun remotamente puede presumirse que semejante artificio prosperara en los tribunales, aunque la Ley callara, pero esto no evitaría los inconvenientes y disgustos que causan los pleitos a aquel contra quien se promueven, por más que tenga la esperanza, y si se quiere la probabilidad y aun seguridad de ganarlos. He aquí la razón que hubo para hacer esta declaración. Y era tanto más conveniente, cuanto que la importancia y fuerza que la Ley da a las inscripciones, y la extensión de los efectos que producen, podría influir para que alguno no perito en derecho, creyera fundado lo que en su daño se fraguase, y desistiese por ello de las reclamaciones a que sin duda tendría derecho en el silencio de la Ley, según los principios generales de la legislación».

¹⁵⁹ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 473-475: «Si a la inscripción se concediese tal fuerza que no pudiera ser cancelada por lo nulo del título, el árbitro de la propiedad sería el Registrador; todos los títulos para adquirir se reducirían a uno: el asiento en el Registro [...]: la inscripción no es el agua del Jordan, que borra toda mancha [...]».

¹⁶⁰ *Vid.*, e. c., STS de 10 de febrero de 1983: «aunque el rigor aplicativo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria parece estar en contradicción con lo dispuesto en el precedente artículo 33, contradicción que la doctrina patria no resuelve».

diciones requeridas por el artículo 34, alegando que, al no ser dueño en la realidad quien en el Registro aparecía inscrito como tal, el contrato adquisitivo del tercero está afectado de una nulidad que, según el 33, no puede ser salvada por su inscripción ¹⁶¹.

Como puede verse, el artículo 33 se ha visto involucrado en el juego del principio de fe pública registral a modo de pieza incómoda y no bien encajada, obteniendo así un polémico protagonismo que ha llevado a calificarlo de «famoso» ¹⁶² y que ha concitado sobre él los más opuestos juicios: «ridículo» ¹⁶³, supérfluo, inútil y suprimible ¹⁶⁴, para unos, es considerado por otros conveniente ¹⁶⁵, necesario ¹⁶⁶ y hasta fundamental ¹⁶⁷, por contenerse en él un principio cardinal de nuestro ordenamiento ¹⁶⁸.

En realidad, a nuestro juicio, el principio cardinal de que la inscripción nada cuenta en la relación *inter partes*, aunque reluce especialmente en el artículo 33, trasciende a este precepto. Conecta con las bases de nuestro ordenamiento inmobiliario que hace nacer los derechos reales a través del mecanismo del título y el modo, y que, al servicio del aseguramiento del tráfico de buena fe, predispone la publicidad no constitutiva de los derechos reales. Por otra parte, es cierto que ya en 1861 el artículo 79. 3 de la Ley Hipotecaria suponía el criterio proclamado por el 33 ¹⁶⁹, y que, en tal

¹⁶¹ Así, sorprendentemente, STS de 25 de julio de 1996, comentada por CUENA CASAS, en los *CCJC*, núm. 43, pp. 109-128, que niega la protección registral al adquirente de titular inscrito en las condiciones requeridas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque, al haber dispuesto previamente el *tradens* en favor de donatario que no inscribió, el acto adquisitivo del tercero se ve alcanzado por la nulidad a que se refiere el artículo 33. Con más frecuencia se aplica esta doctrina, como ya vimos, a las adquisiciones en procedimientos de embargo recaído en cosa no perteneciente al deudor, aunque ésta aparezca inscrita como suya en el Registro de la Propiedad; cfr. al respecto, entre las recientes, SSTS de 10 y 16 de junio de 2003.

¹⁶² DE CASSO, *op. cit.*, pp. 380 y 381: «Pues bien: esto lo declara expresamente la LH en su famoso artículo 33».

¹⁶³ DEL HOYO, Francisco, «Otra vez el concepto de tercero», *RCDI*, 1949, p. 569: «Este ridículo precepto, que, como muy bien sostienen [*sic*] la mayoría de los autores, debió haber salido de la Ley Hipotecaria [...]».

¹⁶⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 829.

¹⁶⁵ DE CASSO, *op. cit.*, p. 382, nota 4: «Entendemos que, aun cuando la norma del artículo 33 sea una *consecuencia lógica* de nuestro deficiente sistema registral, no por ello es inútil e inconveniente su formulación en la Ley» (cva. del a.).

¹⁶⁶ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 474 y 475: «No; es imposible borrar de la Ley el artículo 33, guarda única de la propiedad, que de otro modo se convertiría en patrimonio del más astuto o del más perverso».

¹⁶⁷ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., p. 257: «Por ello, el artículo 33 es un precepto fundamental en el sistema hipotecario español [...]» (cva. del a.).

¹⁶⁸ DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 92: «La actual reforma, que no modifica las esencias de nuestro sistema, ni se lo propuso, tenía que respetar principio tan cardinal, y por ello lo ha consignado al frente del artículo 34».

¹⁶⁹ Decía así literalmente el precepto: «Podrá pedirse, y deberá ordenarse en su caso, la cancelación total: [...]. 3.º Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se haya hecho la inscripción».

sentido, hacía innecesaria la expresa formulación de este último. Lo mismo puede decirse tras la reforma de 1944-46 a propósito del artículo 40.d) ¹⁷⁰: la previsión en él contenida hace innecesario, por redundante, al 33 ¹⁷¹. De todas formas, la ya indicada vigencia del principio de que la inscripción no sana los contratos nulos tanto en los sistemas latinos como en los germánicos, hace inconsistente la crítica a su formulación expresa en el artículo 33 por considerarla inapropiada rémora del sistema de transcripción en nuestro ordenamiento de desenvolvimiento técnico y de publicidad positiva ¹⁷². Por el contrario, la enunciación principal de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos es, en nuestra opinión, oportuna en nuestro Derecho, y acertado el lugar de su formulación: en íntima conexión con el precepto que más señaladamente proclama y regula el funcionamiento del principio de fe pública, permitiendo en tal forma distinguir con nitidez el distinto valor de la inscripción ya practicada según sobre su valor se inquiera en la relación instaurada *inter partes* por el título inscrito (e incluso frente a terceros *scientes*) o frente a terceros que reúnan los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. De este modo, el artículo 33 contribuye muy favorablemente a la delimitación del ámbito subje-

¹⁷⁰ «La rectificación del Registro [...] se practicará con arreglo a las siguientes normas: [...] d) Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento [...]».

¹⁷¹ Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 831: «Desde hace mucho tiempo, consideramos que el artículo 33 de la ley Hipotecaria es un *precepto inútil* [...] por constituir una norma de innecesaria formulación, no sólo por su evidencia, sino por presuponerla ya, desde la Ley Hipotecaria de 1861, su artículo 79, 3.º [...] Hoy además conduce a ese mismo resultado el artículo 40, letra d), de la Ley Hipotecaria vigente». Discrepa de este juicio GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 391 y 392: «Pero a pesar de que dicho artículo 79, 3.º de la Ley Hipotecaria es uno de los preceptos fundamentales que ha de ponerse en relación con el artículo 33, no lo sustituye, sino que se refiere únicamente a la *cancelación* de la inscripción, como operación registral específica del supuesto del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, por lo que es complementario de éste y no a la inversa. [...] Pero de ahí [de que el artículo 40.d) considere la nulidad del título inscrito como una de las causas de inexactitud del Registro] no se desprende la inutilidad del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sino la necesidad de complementarlo con el artículo 40.d) de la propia Ley Hipotecaria, pues éste, al igual que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se refiere a la inoperación de la nulidad del título inscrito respecto al tercero que reúna los requisitos del mismo, pero no al adquirente que no los reúna ni tampoco reúna los del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que es precisamente el ámbito propio del artículo 33 de la Ley Hipotecaria».

¹⁷² Argumento reiterado en su crítica por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 832 y 833: «Al tratar de *caracterizar* el artículo 33 de nuestra Ley Hipotecaria es fácilmente comprobable que el mismo responde a la tónica de los *sistemas de transcripción* más bien que a la de los *sistemas de exactitud del contenido del Registro*, pues a éstos el que responde es el artículo 40, letra d), de la propia ley Hipotecaria, de lo cual resulta el contrasentido de coexistir en ésta dos preceptos de inspiración o signo completamente diverso. El artículo 33 que examinamos es expresión del criterio de los *sistemas de transcripción*, pues en los *sistemas de exactitud del contenido del Registro*, entre los cuales hay que situar el español, la nulidad o anulabilidad de un acto inscribible inscrito es tratado como uno de los varios casos o supuestos de *inexactitud registral* y, por tanto, predispuestos a ser objeto de *rectificación* del contenido inexacto del Registro» (cvas. del a.).

tivo y objetivo en que actúa la fe pública registral¹⁷³. La inscripción del contrato nulo, en cuanto que configura una apariencia jurídica protegible, sólo puede venir en auxilio de terceros; es decir, de quienes no fueron parte en el contrato inscrito, no obstante su nulidad. Y, por otra parte, la apariencia jurídica registral, en cuanto tendente al mantenimiento del tercero en su adquisición a pesar de la falta de derecho o de poder dispositivo del titular indebida o inexactamente inscrito, sólo salva en favor de tal tercero este defecto. Si, aparte de él, en la estructura del contrato adquisitivo del mismo tercero hubiera algún otro vicio que lo invalide (art. 1261 CC), la inscripción no impedirá que entre los otorgantes (el tercero y su *causam dans*) ese mismo contrato pueda ser impugnado. Entendemos, por ello, que aunque otros preceptos permitan rastrear en la Ley Hipotecaria el criterio que expresa el artículo 33, su formulación separada, expresa y destacada en las proximidades del 34 y en conexión con el mismo¹⁷⁴, es acertada y muy oportuna en nuestro Derecho.

Es más: supuesta la coincidencia parcial en la vigente Ley Hipotecaria del artículo 33 con el 40.d), nos parece posible atribuir hoy al primero un contenido más delimitado y preciso que el que, acaso, en su versión originaria pudiera tener. Coincidencia parcial, hemos dicho, y es que evidentemente el artículo 40.d) es más amplio que el 33: mientras éste se refiere sólo a los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, aquél abarca, además de la falsedad y nulidad, cualquier otro defecto del título, y, más en general, cualquier otra causa de inexactitud registral no especificada anteriormente en dicho precepto. La diferencia es evidente; y también debe serlo la perspectiva en que uno y otro artículo se ocupa de su materia: el 40 se refiere, en general a la rectificación del Registro inexacto; el 33, negativamente, al principio de fe pública registral, sometiendo su juego al requisito de la validez del título adquisitivo, en paralelo perfecto con lo que respecto a la usucapación ordinaria dispone el artículo 1953 CC. Quizá en 1861, sin una norma similar a la del actual artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, esta delimitación del artículo 33 no pudiera obtenerse con la

¹⁷³ GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, cit., II, pp. 257 y 258: «Por ello, el artículo 33 es un precepto fundamental en el sistema hipotecario español, en tanto en cuanto, aparte de dar claridad a los efectos del sistema, tiene dos funciones muy importantes: 1.ª) Delimita el ámbito de actuación del artículo 34 LH, que es el campo propio de la nulidad del negocio (ampliado por el art. 34 a la resolución que provoca inexactitud) y el campo de los terceros, como una excepción al artículo 33 [...]. 2.ª) El artículo 33 LH también delimita el concepto de tercero hipotecario del artículo 34 [...]» (cvas. del a.).

¹⁷⁴ Como es sabido, la Ley de Reforma de 1944 hizo del originario artículo 33 el primer párrafo del 34, constituyendo, pues, con él un solo precepto; pero el Texto Refundido de 1946 volvió a darle autonomía propia.

misma nitidez y seguridad que hoy es posible ¹⁷⁵; pero, en la actualidad, contando con los artículos 33 y 40.d), resulta más fácil y hacedero circunscribir el ámbito del primero y atribuirle, supuesta dicha duplicidad, su más genuina función: su función hoy exclusiva. El artículo 33, lejos de resultar en la actualidad redundante, obtiene así el refrendo de su justificación como norma separada y distinta, y, en atención a ella, provee al intérprete de una clave más ajustada a la exactitud de su interpretación.

2.º Problemas exegéticos que plantea

Vistos, pues, el fundamento del artículo 33 y la justificación, originaria y actual, de su formulación normativa, corresponde a continuación entrar en las cuestiones que su exégesis puede suscitar.

He aquí el primero: cuando el precepto habla de *actos o contratos* que sean nulos, ¿se está refiriendo sólo al presupuesto obligatorio de las adquisiciones inmobiliarias –el título en la teoría del título y el modo– o se extiende también al acto de entrega –*traditio*– que, en condición de *modo*, determina e inmediatamente produce la adquisición?

La pregunta no tendría sentido, obviamente, en los sistemas de transmisión *solo consensu*, pero en el nuestro, de título y modo, se hace necesaria, por más que nuestra doctrina, hablando en términos generales, sin planteársela expresamente pero con intuición muy certera, la haya dado por resuelta refiriendo el dictado del artículo 33 a la invalidez o nulidad del contrato en sus distintas formas. Sólo, que sepamos, Peña Bernaldo de Quirós ¹⁷⁶, un tanto de refilón, y más detenidamente Bustos Pueche ¹⁷⁷ lo han extendido más

¹⁷⁵ De hecho, en la enumeración de casos que ejemplificativamente GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 620, incluía en el ámbito del artículo 33 se comprendían supuestos cuya «nulidad» respondía a etiologías muy diferentes, algunos de ellos relacionados más con la insuficiencia de poder dispositivo que con la validez estructural del contrato transmisivo. He aquí sus palabras: «El menor que vende sin poder hacerlo, el guardador que sin observar las leyes que establecen la manera de verificar la enajenación de los bienes inmuebles del huérfano o del menor cuya tutela o curaduría ejerce, los cede a otro, el que traspasa a un tercero lo que posee estando sujeto a restitución, el que por descuido del Registrador llega a obtener la inscripción de una escritura que, atendidas sus formas extrínsecas, no sea fehaciente, nada adelantan con que la inscripción se haya hecho».

¹⁷⁶ PEÑA, *op. cit.*, p. 596: «El acto traslativo realizado por el no dueño es, en cuanto tal, nulo. No produce, en principio, ningún efecto ni entre las partes, ni en cuanto a terceros. La sola inscripción ulterior «no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes» (cfr. art. 33 Ley Hipotecaria)».

¹⁷⁷ BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario...», cit. pp. 2597 y 2598: «Importa otra precisión más en torno al significado de la expresión acto o contrato nulo. Como es sabido, la adquisición de derechos reales por contrato sigue en Derecho español [...] el mecanismo complejo integrado por dos elementos, título y modo. [...] Ahora bien, siendo esto así, puede concurrir el vicio de cualquiera de los dos elementos: puede ser nulo –en el sentido

allá, incluyendo en él el defecto de poder dispositivo del *tradens* y, por consiguiente, la ineficacia del *modo* de adquirir.

Nosotros nos inclinamos aquí por la común opinión. Aunque el artículo 33, sin limitarse al contrato, hable también de *actos*, y aunque el defecto del *modo* por consecuencia de la falta de legitimación dispositiva del *tradens* introduzca en el mecanismo de la adquisición una patología que la inscripción, por sí misma, no puede sanar, lo cierto es que la inclusión de la ineficacia de la entrega o *traditio* en el artículo 33 lleva necesariamente a él una cuestión de terceros que le hace perder su característica de ser norma llamada a ser aplicada en la relación *inter partes*. A nuestro juicio, así pues, es preferible entender referida al contrato la nulidad que dicho artículo declara no sanada por la inscripción. No por ello queda sin previsión legal, ni sin régimen, la ineficacia de la adquisición debida al defecto de poder dispositivo del *tradens*: cuando se inscribe, de ella se ocupa el artículo 40.d), tratándola como uno de los supuestos de inexactitud registral, que, a salvo los derechos del tercero de buena fe, permite solicitar la rectificación del Registro.

La segunda cuestión que la exégesis del artículo 33 puede suscitar es la concerniente al significado que en él obtiene el término «nulos». ¿Se refiere el precepto a los contratos propia y rigurosamente nulos, o abarca también a los afectados por cualquier otra forma de ineficacia o invalidez negocial? Si, cuando posteriormente aparezca, el Código Civil va a rubricar con la palabra «nulidad», sin distinguir terminológicamente entre sus distintas formas, el régimen de la ineficacia de los contratos¹⁷⁸; y si algo similar podía observarse al tiempo de la preparación y aparición de la Ley Hipotecaria en el Proyecto Isabelino¹⁷⁹, todo lleva a entender que cuando el artículo 33 habla de contratos «nulos» está pensando en los contratos que –por cualquier causa y, en función de ella, de distinta forma– pueden ser o resultar ineficaces. En una palabra: el término «nulos» no debe entenderse referido en el artículo 33 a la nulidad como específico y particular régimen de inva-

amplio que manejamos aquí– el negocio traslativo, por ejemplo, la compraventa. Pero también puede serlo, en igual sentido, el modo, cuando quien intenta entregar la cosa o ponerla a disposición del *accipiens*, resulta que no es titular del derecho real sobre aquella que pretende transmitir, o carece de capacidad, o no tiene su libre disposición. Pues bien, la inscripción no convalida ni los vicios que afectan al título, ni los que afecten al modo. Acto o contrato nulo, por tanto, no se refiere exclusivamente al título, al acto o contrato traslativo, sino también, cuando de esta causa de adquirir estemos hablando, al modo. Si se prefiere, en este campo de la adquisición de derechos reales por contrato y *traditio*, el artículo 33 LH hay que leerlo como que la inscripción no convalida la nulidad del mecanismo complejo adquisitivo, lo que puede producirse por ineficacia del título, del modo, o, incluso de ambos elementos».

¹⁷⁸ Vid. la rúbrica que precede a los artículos 1300-1314: «De la nulidad de los contratos». Al recurrir en el texto al término «ineficacia» nos hemos atendido a la terminología empleada por DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pp. 461-469.

¹⁷⁹ Vid. rúbrica que precede a los artículos 1184-1195.

lidez negocial, sino como indicador genérico de una ineficacia que puede comprender formas distintas en razón de sus diferentes causas y caracteres. Lo confirma el comentario de Gómez de la Serna al precepto: *los contratos o actos pueden ser atacados del mismo modo que si hubieran dejado de inscribirse. La nulidad en unos casos, la anulación en otros, será el resultado necesario de la demanda que se entable*¹⁸⁰. La doctrina más próxima a la aparición de la Ley enseguida desdobló el término nulidad para referirse especialmente a la falsedad del título¹⁸¹, que también hoy distingue, por cierto el artículo 40.d)¹⁸²; de nuestros días –y al igual que ella, la jurisprudencia– suele entender comprendidas en la nulidad no sanada por la inscripción las diferentes formas comúnmente distinguidas de la ineficacia negocial: inexistencia, nulidad y anulabilidad¹⁸³. Algo similar puede observarse en la doctrina extranjera: la inscripción no sana la nulidad de los contratos, sea ésta absoluta o relativa¹⁸⁴.

Sin que sea este el momento de entrar a escudriñar en las distintas formas de la ineficacia negocial¹⁸⁵, pensamos que es así como debe interpretarse el dictado del artículo 33 en su referencia a los contratos nulos: para cualquiera de las formas y supuestos de ineficacia o invalidez de los contratos vale lo que el precepto establece. Y

¹⁸⁰ SERNA, *op. cit.*, p. 620.

¹⁸¹ GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, pp. 474 y 475: «Y siguiendo estos principios, y para que el sistema fuera completo y lógico por fuerza, la de las inscripciones habría de extenderse también a los títulos falsos que registrados y transferido en su virtud el dominio, no habrían de perjudicar al tercero, aunque después se declarase el delito que les había dado vida [...]. Al com. del artículo 34, íntimamente ligado con éste, remitimos a nuestros lectores, ciñéndonos ahora a recordar que bajo el nombre de títulos nulos se comprenden también los falsos [...]».

¹⁸² «Cuando la inexactitud procediere de falsedad, nulidad o defecto del título [...], dice el precepto.

¹⁸³ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 834: «Sin embargo, dentro del concepto de nulidad que emplea este precepto hay que comprender los supuestos de *inexistencia*, de *nulidad radical* y de *anulabilidad* del acto o contrato, o negocio jurídico inscritos» (cvas. del a.); DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 430: «En lo que aquí nos interesa, el concepto de nulidad utilizado por el legislador puede ser puesto en conexión con el concepto técnico de ineficacia de los negocios jurídicos. La ineficacia puede estar basada en una razón de inexistencia [...], en una razón de nulidad absoluta [...] o en una razón de anulabilidad»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 389: «Por último, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria se refiere a los “actos y contratos nulos”, lo que permite incluir dentro del ámbito del precepto los supuestos de inexistencia, nulidad y anulabilidad». En la jurisprudencia reciente, *vid.*, sentencias de 17 de julio de 2003 y de 8 de febrero de 2005, que, con citas de otras anteriores, repiten la misma expresión: «[...] pues si el acto adquisitivo es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanatoria [...]».

¹⁸⁴ Cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 601: «L’inscription ou la radiation est faite *sans cause valable*, lorsque’elle repose sur un acte juridique nul, de nullité absolue ou de nullité relative ou unilatérale, ou sur un acte annulable déclaré nul par le juge ou une autre autorité compétente (cf. art. 230 CO)» (cva. del a.).

¹⁸⁵ Nosotros lo intentamos en nuestro trabajo «Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)», *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 935-983.

es que –de nuevo Serna¹⁸⁶– *el objeto de la inscripción no es dar fuerza a los actos que por sí mismos no la tienen; por ello dicha inscripción ni aumenta ni disminuye –cualquiera que sea– el valor de los títulos.*

Sobre la base de esta exégesis, y al hilo de lo que en su desarrollo y aplicación puede verse respectivamente en la doctrina y en la jurisprudencia, nos parece conveniente apuntar algunas observaciones.

La primera: Acerca del contrato anulable, por ser éste inicialmente válido, se ha sostenido a veces la posibilidad de su inscripción no obstante la tacha de su anulabilidad¹⁸⁷; y se ha afirmado que tal contrato anulable puede servir como justificante de la adquisición del *tercero* porque su impugnación está reservada a la parte que sufrió el vicio o defecto, y mientras no se impugne es válido¹⁸⁸. La primera afirmación, que durante algún tiempo pudo contar con el apoyo del artículo 94 del Reglamento Hipotecario¹⁸⁹, nos parece hoy difícilmente admisible. El sistema (principio de legalidad y calificación registral) impone entender que la admisión del contrato a inscripción exige, de suyo, la validez del mismo; y que si, de hecho, se produce la inscripción de un contrato inválido, es porque su invalidez no fue detectable o detectada en la calificación registral. Concretamente en cuanto a la anulabilidad, siendo tan distintas sus diferentes causas, no parece adecuado seguir hoy extrayendo del régimen de una de ellas –por cierto, muy peculiar: el acto de la mujer casada sin licencia marital¹⁹⁰– un criterio generalmente aplicable a todas. Baste ver que en la vigente regulación registral acerca de los bienes de los cónyuges y de la socie-

¹⁸⁶ SERNA, *op. cit.*, pp. 619 y 620, respectivamente.

¹⁸⁷ Así, e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 841: «No entra en el ámbito del artículo 33 de la ley Hipotecaria el supuesto previsto por el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, ni tampoco el que es objeto del artículo 98 del mismo, porque en ambos *la ley tolera su inscripción y la anulabilidad o nulidad en su caso del acto o contrato inscrito lo [sic] revela claramente el Registro*, de suerte que del contenido de éste aparece clara una causa de anulabilidad o nulidad» (cvas. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 178: «Mas los actos y contratos meramente anulables no se hallan totalmente fuera del ámbito del artículo 33. Su condición es peculiar. De una parte, el acto impugnado es uno *provisionalmente válido*, aunque claudicante, y en principio surte sus efectos propios. Por consiguiente, debe ser inscribible por el mismo título que el contrato bajo condición resolutoria y siempre que sea cognoscible la posibilidad de impugnación»; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 430: «En principio, los actos inexistentes y los nulos no deben tener acceso al Registro. Tampoco, por principio deben tenerlo los actos anulables o, cuando menos, debe expresarse en la inscripción la posible causa de anulación, advirtiendo al tercer adquirente del bien afectado, que puede perder su derecho, si se entabla con éxito la acción de impugnación».

¹⁸⁸ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 182: «En cuanto a los actos anulables, sin duda pueden servir como justificante de la adquisición del *tercero* mientras no sean anulados, porque su impugnación está reservada a la parte que sufrió el vicio o defecto (excepcionalmente, a alguna persona más), y mientras no se impugnen, son válidos» (cva. de los aa.).

¹⁸⁹ En la redacción que le dio el Decreto de 14 de febrero de 1947 rezaba del siguiente modo: «Serán inscribibles los actos y contratos otorgados, sin licencia del marido, por mujer casada; pero el Registrador hará constar en la inscripción la falta de licencia en los casos en que ésta fuere necesaria».

¹⁹⁰ Sobre la peculiaridad de dicha anulabilidad, nos remitimos a nuestro trabajo «Nulidad, anulabilidad e inexistencia...», *cit.*, pp. 973 y 975.

dad conyugal, el régimen parece ser el contrario: la anulabilidad del acto inscribible tiende a ser evitada¹⁹¹; y que, en general, la capacidad de los otorgantes, una de las típicas y tradicionales causas de anulabilidad, es objeto expreso de la calificación registral (art. 18 LH). Y en cuanto a la afirmación de que, por la relatividad de la acción de impugnación, el contrato anulable puede servir a la adquisición del *tercero*, sólo habrá que observar que, al hablarse literalmente de *tercero*, se está saliendo del ámbito *inter partes* propio del artículo 33 para entrar en terrenos del 34 o del 40.d). Distinto es decir que si en el acto inscrito concurre la disposición *a non domino*, de una parte, y causa de anulabilidad, de otra, el titular del derecho inscrito puede lucrar frente al *versus dominus* el efecto sanante de la fe pública registral mientras su adquisición, por no haber sido temporáneamente atacada por la contraparte, pueda considerarse proveniente de un contrato adquisitivo válido¹⁹². Pero mientras no transcurra el plazo de ejercicio de la anulabilidad, y en la relación *inter partes*, el adquirente por contrato anulable está sujeto a la eventualidad de la anulación. Esto es lo que resulta del artículo 33; lo otro deriva del 34 y porque el contrato anulable no efectivamente anulado deviene contrato adquisitivo válido.

Segunda observación: A veces, en la doctrina, el desdoble de la nulidad en las consabidas inexistencia, nulidad y anulabilidad se ha extendido más allá, haciendo llevar al artículo 33 los supuestos de revocabilidad, rescindibilidad, o resolubilidad legal de los contratos, o incluso el de los contratos transmisivos sometidos convencionalmente a condición resolutoria¹⁹³. Podría entenderse que a

¹⁹¹ *Vid.* artículos 91.1; 93, 2 y 4; 94, 3; y 95, 4.

¹⁹² *Cfr.* GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 259, imaginando el caso del tercero que adquiere por título anulable de quien previamente inscribió su adquisición nula, e invocando la STS de 17 de octubre de 1989.

¹⁹³ Así, BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 2595 y 2596: «Pero en un sentido amplio o extenso, nulo vale como ineficaz y, entonces, será nulo el acto o contrato no sólo en los supuestos anteriores [cuando carece de alguno de sus elementos esenciales o vulnera frontalmente una norma imperativa] sino también en los de anulabilidad, por vicios del consentimiento; rescisión, en los pocos casos en que la lesión puede provocar la ineficacia del negocio; o resolución, por incumplimiento o actualización de una condición o término de esta naturaleza, incorporado al negocio por voluntad de las partes». GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 259: «En consecuencia, el contrato en el que interviene como parte el tercero hipotecario del artículo 34 ha de ser válido en sí mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 LH. Este requisito comprende en realidad los tres aspectos en que se mueve el artículo 34: por una parte, la validez derivada de que no haya causa de nulidad absoluta o inexistencia del negocio; por otra, la validez derivada de que no haya causa de anulabilidad; y en tercer lugar, la eficacia derivada de que no exista en el propio negocio causa de resolución que permita a la otra parte instar tal resolución, aunque no resulte del Registro, por cuanto respecto a ella, el adquirente no es tercero sino parte» (cvas. del a.); aunque posteriormente, al comentar el artículo 33 (*Comentarios...*, cit., p. 389), dice: «Por último, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria se refiere a los “actos y contratos nulos”, lo que permite incluir dentro del ámbito del precepto los supuestos de inexistencia, nulidad y anulabilidad. Por lo que se refiere a otros supuestos de ineficacia, como la revocación, rescisión y resolución de los negocios jurídicos, su tratamiento legal resulta del artículo 37 de la Ley Hipotecaria [...]».

ello invita el texto del artículo 34 cuando, en su contraposición con el 33, protege al tercero que adquiere de titular inscrito, aunque después *se anule o resuelva* el derecho del otorgante por causa que no conste en el Registro; y el del artículo 37 cuando deja a salvo al tercero que haya inscrito su título respecto de las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que pudieran amenazar su adquisición.

Nosotros no seguiríamos esta opinión. Admitimos, como no puede ser de otra forma, que una vez inscritos estos contratos, su condición no mejora en la relación *inter partes* por consecuencia de su inscripción. Pero negamos que los supuestos indicados pertenezcan al campo de la nulidad negocial, materia que es la propia del artículo 33. Lo que estos contratos provocan es una situación de inestabilidad en la titularidad que por ellos se transmite y adquiere; inestabilidad que, obviamente, entre transmitente y adquirente puede hacerse valer, dada su causa, mientras no transcurra el plazo señalado por la ley a tal efecto. En cambio, si la cosa así transmitida pasa al tercero que el Código Civil denomina simplemente tercero de buena fe, y cuyos requisitos completa y concreta expresamente en el ámbito inmobiliario el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en tal caso, decimos, el tercero adquirirá en firme y definitivamente, «será mantenido en su adquisición», a pesar de la inestabilidad del derecho del transmitente. Que esto ocurra es pura consecuencia del principio de fe pública registral; que ocurra lo primero es efecto de que tal principio no juega *inter partes*. Es verdad que el artículo 33 ha venido a ser el exponente *princeps* de esta segunda afirmación cuando la proclama en relación con los efectos del contrato nulo; pero aquí no se agita cuestión alguna de nulidad, y el dictado del artículo 33 –recuérdese lo dicho por Serna– puede fundarse sin él y más allá por tanto de su propio y particular supuesto, en pura aplicación de los principios generales que sirven a la inspiración del sistema.

Y, tercera observación, tan segura ésta y tan cierta, que, de no ser por la desconcertante jurisprudencia que a veces la ha contradicho, ni siquiera sería necesario enunciarla: Lo que de ninguna manera se puede incluir en la nulidad a que se refiere el artículo 33, es la ineficacia del acto adquisitivo por consecuencia del defecto de titularidad del *tradens*. Por varias razones: Primero, porque dicho defecto no afecta a los elementos estructurales del contrato en cuanto título transmisivo, haciéndolo nulo, sino al presupuesto necesario de legitimación exigido para la eficacia traslativa del posterior acto de entrega o *traditio* que, como *modo*, debe seguirle

para completar el mecanismo adquisitivo¹⁹⁴. En segundo lugar, porque ese mismo defecto provoca *eo ipso* y de forma inmediata un conflicto *de tercero*, ajeno por ello al ámbito *inter partes* característico del artículo 33. La cosa es muy clara: la transmisión *a non domino* concita en cuanto al objeto que se pretendió transmitir los intereses contrarios del comprador, pretendido adquirente, y del *verus dominus*, ajeno al acto de la transmisión. Y, finalmente, porque es justamente ese defecto de titularidad, y en ese su necesario ámbito *erga omnes* o *de terceros* –el propio de la efectividad de los derechos reales– lo que la fe pública registral se propone suplir en interés de la seguridad del tráfico de buena fe y en favor del tercero que reúna los requisitos exigidos el artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹⁹⁵. Aplicar, pues, a este caso el artículo 33, argumentando que el contrato transmisivo *a non domino* es un contrato nulo y que en tal contrato el tercero adquirente es *parte*, viene a ser tanto como sumar confusiones para terminar suprimiendo o desactivando el artículo 34, precisamente el que concentra la principal y más característica función aseguradora y protectora de la publicidad registral¹⁹⁶. Y no se nos objete que el acto transmisivo *a non domino* es,

¹⁹⁴ Cfr., e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 484 y 485: «Hay, pues, que distinguir dos cuestiones, que en nuestra legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el artículo 33, y que queda limitado a las relaciones *inter partes*. b) El problema de la transmisión misma o de preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de fe pública, para el que no tiene aplicación el artículo 33, y se aplica únicamente el 34»; CARRETERO, «Retornos...», II, cit., p. 101: «Cuando el artículo 33 dijo que la inscripción no convalida el contrato nulo, en ningún momento, pensaban en la nulidad del contrato procedente de la falta de poder dispositivo del transmitente [...]. Estamos aquí con el mismo bizantinismo surgido en torno al artículo 1953 [...]. Se trata de la nulidad del acto o contrato por vicios intrínsecos del mismo [...]»; DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 461: «El acto o negocio jurídico en virtud del cual adquiere el tercero, ha de ser un negocio jurídico válido, aunque sería carente de eficacia sin la protección registral por falta de titularidad del disponente»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 400: «Pero hay otros supuestos, como el de la venta de cosa ajena, que no son propiamente supuestos de nulidad, sino de *ineficacia por falta de legitimación dispositiva civil* del transmitente, y en tales casos no opera el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, sino el 34 [...] (cva. del a.)». En la doctrina italiana, MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, 3.^a ed. Milano 1975, pp. 183-184: «Il titolo deve essere esente da vizi intrinseci, sia di forma che di sostanza, cioè deve essere, come si suole dire, astrattamente idoneo a trasferire o a costituire il diritto di cui trattasi: l'avverbio "astrattamente" allude appunto a una valutazione del titolo in se stesso, astrazione fatta dal difetto di legittimazione dell'alienante, che impedisce in concreto l'efficacia del negozio sotto il profilo dispositivo. Se il titolo è nullo (e sempreché la nullità non dependa esclusivamente dalla carenza di titolarità nell'alienante), la tutela del terzo acquirente è senz'altro esclusa».

¹⁹⁵ PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 600: «Tiene que ser un adquirente, es decir, adquirente por un título, en principio, *válido* [...]. Válido porque el único defecto que purifica el Registro es la falta de facultades dispositivas en el transferente» (cva. del a.).

¹⁹⁶ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 401: «El sistema inmobiliario registral se creó precisamente para cubrir, a través de la legitimación registral, la posible falta de legitimación civil de los transmitentes en relación con los adquirentes que, confiados

de suyo, un acto ineficaz, cuya ineficacia no puede sanar la inscripción cuando el adquirente no sea un tercero de buena fe, porque ello, que indudablemente es cierto, no sirve para llevar el supuesto al artículo 33, sino simplemente para no incluirlo en los artículos 34 y 40. La publicidad registral sólo protege a los terceros que reúnen los requisitos impuestos en estos preceptos; a los demás, aunque sean «terceros», los deja a su suerte. Sólo así puede decirse –como sin necesidad de artículo alguno paralelo al 33 de nuestra Ley Hipotecaria se ha dicho– que la inscripción indebida o inexacta no produce efectos, de suyo, ni *inter partes* ni respecto a terceros. No los produce, en general, respecto a terceros, hay que decir, pero añadiendo inmediatamente, a excepción de los terceros que pudieron confiar en su exactitud¹⁹⁷.

3.º *La relación entre los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria*

Y, de la exégesis del artículo 33, pasamos al último punto que va a suscitarnos su estudio: el que provoca su colocación sistemática en el conjunto de la Ley Hipotecaria. Un dato es cierto al respecto: que el precepto aparece en ella simultáneamente con el artículo 34¹⁹⁸, en conexión evidente con él, y estableciendo un criterio o norma general respecto de la que éste se entiende ser una excepción: *No obstante lo declarado en el artículo anterior...*, comenzaba diciendo el artículo 34. A partir de este dato y durante mucho tiempo ha sido opinión común en nuestra doctrina lo que del mismo texto de la Ley parece desprenderse: que el criterio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos constituye la norma general respecto de la cual el principio de fe pública registral se limita a ser una excepción¹⁹⁹. Sin el apoyo que a esta opinión ofrecía en nuestro Derecho la sistemática y la literalidad de la

en la previa inscripción de las fincas a nombre de los mismos, adquirirían fincas o concertaban préstamos hipotecarios, haciendo posible la circulación de los bienes y la seguridad de las adquisiciones y de los créditos. Por eso, una aplicación desmedida del artículo 33 sin tener en cuenta el artículo 34 [...] supondría el desmoronamiento de la seguridad del tráfico».

¹⁹⁷ DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 611 y 612: «L'inscription induit ne produit en principe pas d'effet, ni entre les parties ni à l'égard des tiers [...]. Mais il faut réserver la protection des tiers de bonne foi si et dans la mesure où ils peuvent se fier à l'inscription [...]»

¹⁹⁸ Lo explica y documenta NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español» y «Tercero y fraude...», ambos trabajos ya citados, pp., respectivamente, 240 y 243, 598 y 601: «Un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34 [...]».

¹⁹⁹ Así, e. c., GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, p. 170; DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 92; DE CASSO, *op. cit.*, p. 381; CARRETERO, «Retornos...», II, cit., p. 102; BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario...», cit., p. 2599.

Ley Hipotecaria, idéntico juicio puede verse a veces en la doctrina extranjera²⁰⁰.

Entre nosotros, no obstante, la afirmación de la relación indicada no agota el sentir de la doctrina acerca del significado del artículo 33. Hay, en efecto, quienes entienden que el contenido de este precepto no constituye en la Ley el enunciado de un principio independiente y autónomo. La relación entre regla y excepción –se dice desde ciertos planteamientos dualistas– debe partir de más lejos: la regla general en nuestra Ley Hipotecaria sería la que expresaba el originario artículo 23, actual 32, respecto del cual, sucesivamente y en cascada, serían excepción el 33 y el 34²⁰¹. La discrepancia otras veces se limita a alterar el significado de los artículos 33 y 34 en su recíproca relación: hipotecariamente, se indica, el artículo 34 es la regla, y el 33 la excepción²⁰². Pero lo más frecuente en la actualidad quizá sea poner en duda, o negar decididamente, que el artículo 34 sea una excepción a lo dispuesto en el 33²⁰³. Dejando para

²⁰⁰ Vid. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 615: «La foi publique, telle qu'elle se dégage déjà de cette analyse, tient en échec le principe de la légalité matérielle dès que se produit une acquisition par un tiers de bonne foi. Le principe général est que nul ne peut transférer ce qu'il n'a pas («nemo plus juris transferre potest quam se ipse habet»), ni ne peut constituer des droits sur ce qui ne lui appartient pas».

²⁰¹ Así, NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», y «Tercero y fraude...», *cits.*, pp., respectivamente, 241 y 242, 599 y 600: «Se acordó fijar un límite a la eficacia del artículo 23 declarando que “la inscripción no convalida los actos y contratos nulos”. La Comisión, sin embargo, vio que la limitación al artículo 23 (hoy 32) podía dejar a la propiedad sin garantías. Había que limitar la limitación»; ID: «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, p. 106: «No obstante tal opinión, se redactaron los artículos 33 y 34. El 33 –la inscripción no convalida– como limitación o excepción del 23, y el 34, a su vez, como excepción del 33»; VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema...», *cit.*, p. 313: «Pero el hecho de ponerse en la Ley el artículo 33, como excepción a la regla general comprendida en el artículo 32, ambos oriundos del sistema francés, al estar nuestra Ley influida también por el régimen germánico, era necesario, para ser más perfecto nuestro sistema que el francés, establecer una excepción al contenido del artículo 33, que se halla en el artículo 34, apoyado en el principio de fe pública registral»; ID.: «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1960, p. 370: «El artículo 33 lo agregaron al Proyecto de Ley los de la Comisión, estableciendo una excepción a la regla general contenida en el artículo 23; tal excepción consistía: “La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”. Pero esta negación podía dar lugar a dejar sin firmeza el sistema hipotecario, y para evitar esto los de la Comisión añadieron otro artículo, el 34, como excepción al artículo 33, que decía [...]»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 413 y 414: «Desde el punto de vista de ordenación sistemática de preceptos, tiene plena lógica lo que ya señaló NÚÑEZ LAGOS, el artículo 32 [...] tiene su excepción o restricción en el artículo 33, y éste, a su vez, [...] tiene las excepciones o modalidades de los artículos 34 y 35 de la Ley Hipotecaria».

²⁰² CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 432 «Por lo que se refiere a la forma, la legislación española sienta en la ley hipotecaria el principio general de que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos y después formula las excepciones a esta regla. Tratándose de legislar en orden al Registro de la Propiedad, el camino más seguro y acertado hubiese sido, sin duda alguna, el contrario; es decir, se debía establecer en primer lugar, que el contenido del Registro era válido y sentar luego las excepciones con arreglo a las cuales la inscripción no convalidaba los actos o contratos nulos».

²⁰³ Quien más insiste y razona la negativa es SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 378, 390 y 391, 484 y 485. La misma opinión, naturalmente, en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 828,

después el problema de la relación del artículo 33 con el 32, pasamos inmediatamente a ocuparnos de estas otras dos opiniones.

Los artículos 33 y 34, uno norma general y otro excepción, pero ¿cuál de ellos es verdaderamente la regla, y cuál la excepción? La razón de dudar cuando se discrepa de la común opinión se funda en la adscripción de cada uno de estos preceptos a campos y disciplinas distintas: el artículo 33 –se dice– es norma civil, mientras que el 34 es norma hipotecaria, y, ello supuesto, en lo hipotecario es el artículo 34, el principio de fe pública registral, el que obtiene el rango de norma general²⁰⁴. Nosotros no podemos compartir esta visión del problema, porque tampoco admitimos la premisa que la sustenta. El llamado Derecho Hipotecario es parte del Derecho Civil, y, por ello mismo, Derecho Civil en sentido propio y estricto. Precisamente por ello en nuestro Derecho Civil campea hoy, como en el Hipotecario, el principio general de protección de los terceros de buena fe; y por esa misma razón sería imposible un Derecho Hipotecario construido al margen o en contra de los principios civiles²⁰⁵. Y justo porque no puede obtener rango de norma general en Derecho Hipotecario lo que en Derecho Civil es excepción, nuestro legislador no quiso formular el artículo 34 sin la previa declaración contenida en el 33 y como un límite a la misma. Y no sólo nuestro legislador: cualquier sistema hipotecario bien concebido habrá de contar con el principio de lógica universal del *nemo plus juris...*, respecto del cual la adquisición *a non domino* fundada en el principio de fe pública registral vendrá a significar, al menos a primera vista, una excepción²⁰⁶.

a partir de su decidida y apasionada crítica a la pervivencia del artículo 33 en la Ley. «En la ley de reforma hipotecaria de 1944, pasado el artículo 33 a formar el primer párrafo del 34, el segundo párrafo de éste prescindió de iniciarlo con las palabras “No obstante lo declarado en el artículo anterior”, por cuanto estas palabras fueron eliminadas, haciendo perder a este artículo 34 el sentido de excepción al artículo 33, lo cual –dice– fue un acierto, dentro del afán de mantener el contenido de este precepto» (la misma idea, en p. 832); CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, 2.^a ed. Madrid, 1989, p. 361, siguiendo a SANZ: «[...] únicamente incurrió la Ley en el error de estimar que dicha regla y la del artículo 34 se referían a una misma materia, y que, por consiguiente, éste debía ser considerado como excepción del 33, siendo así que en realidad, se refieren a supuestos diferentes»; MIQUEL, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *RdP* (Aranzadi), 1998, núm. 1, p. 50: «Por eso el artículo 34 LH no es una excepción al artículo 33 LH, porque el requisito de la propiedad del transmitente es lo que subsana el primero, y ese requisito no es de validez del título». Menos tajante, Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 429: «En la Reforma de 1944-46 el nexo de unión entre los dos artículos ha desaparecido y uno y otro han quedado deslindados. Ambos se refieren a supuestos distintos y hoy no puede decirse que el artículo 34 suponga una excepción al artículo 33, aunque no puede todavía hoy ocultarse la existencia de una posible relación o colisión entre ambos».

²⁰⁴ Cfr. CAMPUZANO, *op. et loc. ant. cit.*

²⁰⁵ Nos remitimos en este punto a nuestro epílogo al estudio «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales...», cit., pp. 685 y 694.

²⁰⁶ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 592: «Ainsi, dans le système de la loi et en dépit de l'ordre des articles, c'est le principe de la légalité matérielle (art. 974) qui est premier, et

Pero –y pasamos así al punto siguiente– ¿hay propia y realmente relación de regla y excepción entre los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria? La Ley, en su originaria redacción, lo expresaba claramente: *no obstante lo declarado en el artículo anterior...*, decía el 34; y así lo vino admitiendo y repitiendo dócilmente la doctrina. ¿Por qué ahora se niega tal relación? Sanz Fernández, quien con mayor detenimiento ha razonado la negativa, argumentaba su discrepancia diciendo que los artículos 33 y 34, al referirse a supuestos y situaciones distintas, constituyen normas independientes y autónomas: el 33, norma civil, afronta el problema de la causa de la transmisión, mientras que el 34, norma hipotecaria, se refiere al problema de la transmisión, y en él, concretamente, al de la preexistencia en el *tradens* del poder de disposición²⁰⁷.

Nosotros no podemos menos de reconocer tal diferencia de campos y materia; pero creemos que ella no es óbice para considerar al 34 como excepción a lo dispuesto en el 33: Porque la inescindible conexión en nuestro Derecho del título y el modo tiene necesariamente que llevar a entender que donde no hay título válido a favor del *tradens* tampoco hay posibilidad de que éste adquiera –él mismo– válidamente; ni, por consiguiente, de que pueda eficazmente transmitir. Y porque el fracaso de tal adquisición y transmisión tiende de suyo a propagarse en cadena afectando indefinidamente a eventuales terceros subadquirentes²⁰⁸. Por ello, el

c'est le principe de la foi publique (art. 973) qui est second. Le principe de la légalité tient lui-même en échec la règle de l'inscription, dans le domaine du principe dit absolu (art. 971/972) comme dans celui du principe dit relatif. La protection des tiers de bonne foi se présente à son tour comme un correctif de la légalité matérielle».

207 SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 484-485: «Hay, pues, que distinguir dos cuestiones, que en nuestra legislación anterior a 1944 aparecían equivocadamente confundidas: a) El problema de la causa de la transmisión en sí misma considerada, esto es, el de la validez del acto o contrato, única a que se aplica el artículo 33, y que queda limitado a las relaciones *inter partes*. b) El problema de la transmisión misma o de preexistencia del derecho en el enajenante, regido exclusivamente por la Ley Hipotecaria y el principio de fe pública registral, para el que no tiene aplicación el artículo 33, y se aplica únicamente el 34. La separación de ambas cuestiones pone de manifiesto el error en que incurrió la antigua Ley al presentar el artículo 34 como excepción del 33».

208 SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 487: «La determinación de los efectos del acto o contrato nulo frente a posteriores adquirentes corresponde, en principio, al Derecho Civil, conforme al cual, tanto la nulidad como la mera anulabilidad, cuando es declarada, les afectan e impiden adquirir ningún derecho, porque no lo tenía su transferente»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 839: «La inoperancia o *carencia absoluta de efectos* específicos de los actos o contratos inexistentes o nulos, así como de los anulables cuando sean anulados, tiene lugar no sólo entre las partes, sino respecto de *terceros*; incluso en cuanto al *tercer adquirente* de la cosa que fue objeto de aquellos. Por tanto, en el orden civil, la acción de nulidad surte efectos *en perjuicio de terceros subadquirentes*, lo cual hay que destacar en la materia que estudiamos» (cvas. del a.); Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 429: «Esta falta de efectos convalidantes surte todas sus consecuencias, sin duda alguna, entre las mismas partes del negocio nulo, y, también sin duda, respecto de los causahabientes de las partes del negocio nulo que carezcan de la condición de terceros a tenor del artículo 34»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 596: «La sola inscripción posterior “no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes” (cf. art. 33 Ley Hipotecaria). Esta

aseguramiento del tráfico hace necesario que al artículo 33 se añada, con carácter justamente de excepción, el 34. El artículo 34 no es norma contraria a la del 33: no es norma, en efecto, que venga a convalidar el título adquisitivo del *tradens*, ni siquiera cuando éste haya dispuesto en favor de tercero subadquirente²⁰⁹. De ahí que, incluso después de tal subadquisición –a salvo siempre el tercero protegible– aquel título pueda ser cancelado [art. 40.i), f) LH]²¹⁰. El artículo 34 es norma que viene a poner tope o marcar límite al artículo 33²¹¹. La nulidad del título que la inscripción no convalida afecta desde luego a quienes fueron parte en su otorgamiento, y, eventualmente, a terceros *scientes*; pero no al tercero que reúne los requisitos exigidos por el artículo 34. El engarce entre los artículos 33 y 34, no obstante la diversidad de materia y ámbito en que se mueven uno y otro, resulta, según lo dicho, de la misma letra del 34: el tercero es mantenido en su adquisición, aunque después *se anule* el derecho del otorgante. La raíz de la patología de la adquisición del tercero se sitúa, pues, en tal caso en la nulidad del título del *tradens*; de ella arrancaba el defecto de poder dispositivo en aquél. Sin contradicción, por tanto, entre el artículo 33 y el 34, pero superando éste lo que según el primero debería ser tratado como nulo, la diversidad de ámbitos y relaciones en que actúan uno y otro precepto es lo que permite cohonestarlos mutuamente en calidad, –*primo intuitu*, al menos– de regla y excepción. Al titular que inscribe su derecho la inscripción no le convalida el título si éste es nulo. Y esto, que vale también para el tercero que inscribe cuando adquiere simultáneamente de no dueño y por acto nulo, es lo que se impone *siempre* en la relación *inter partes*, esto

nulidad –como en general la nulidad de los negocios jurídicos– determina una cadena de nulidades: la de todos los negocios posteriores que partan de la validez de un negocio que es nulo».

²⁰⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 177: «Por supuesto, el subadquirente, esto es, el que compra mediante contrato válido al titular registral que lo fue en virtud de un acto nulo, sí está protegido por la fe pública, lo cual no convalida el acto anterior, pese a que ha servido de puente para la última transmisión. He aquí un ulterior significado del artículo 33». Nos parece más ortodoxa esta opinión que la que se sigue de las siguientes palabras de GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 398 y 399: «[...] el artículo 34 establece otra regla distinta, pero relacionada con aquella [la del 33], en el sentido de que, respecto a tercero hipotecario del principio de fe pública registral, sí se convalidan por su inscripción, junto a los demás requisitos ya clásicos, los actos y contratos nulos».

²¹⁰ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 842; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 202; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 488; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, pp. 363-364.

²¹¹ De límite, más que de excepción, habla NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», pp. 241 y 242, «Tercero y fraude...», cit., pp. 599 y 600, y «La evolución del principio de publicidad», *AAMN*, XIV, 1965, p. 106, cuando explica el origen y razón de ser del artículo 33. El mismo concepto que para explicar la relación entre los artículos 33 y 34 emplea COSSÍO, *op. cit.*, p. 203: «Aunque en principio, y según establece el artículo 33 de la LH “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”, de donde se sigue la posibilidad de su impugnación en cualquier momento, la Ley establece una limitación a tal general principio, al disponer en su artículo 34 que [...]».

es: mientras la cosa o el derecho adquirido permanece en el patrimonio de quien actuó como parte en el proceso de la adquisición; y es, también, lo que se sigue imponiendo *eventualmente* cuando tal cosa o derecho pasó a manos de un tercero *sciens* o no protegible. Hasta aquí, el artículo 33. Ahora bien, cuando traspasamos el ámbito *inter partes* y la cosa inicialmente *non rite* adquirida pasa a manos de un tercero protegible –artículo 34–, entonces tal tercero, adquirente por título en sí mismo válido, es mantenido en su adquisición. Aquí es donde se cumple la función aseguradora que la publicidad está llamada a desplegar en favor de los terceros que de buena fe confían en la apariencia jurídica: confían en la inscripción que, sin dejar traslucir la nulidad del título del transferente, acreditaba a éste como dueño con facultades para transmitir. Y así es como los artículos 33 y 34 se compaginan y encajan entre sí, y como, sumados o en su conjunto, expresan la idea y la razón de ser de la fe pública registral. No es que la inscripción haga válido lo que en sí y por sí mismo es nulo, sino que ampara y protege la confianza del tercero en la apariencia de su validez.

Pero, todo lo anterior supuesto y jurídicamente hablando, ¿es, efectivamente, el artículo 34 una norma excepcional frente a la regla general contenida en el 33? En sentido lógico es claro que el artículo 34 constituye una excepción al 33, respecto de cuyas rigurosas consecuencias excluye al llamado tercero hipotecario²¹². En sentido jurídico-normativo, en cambio, no lo es tanto. No deja de ser sintomático que incluso quienes entienden que la protección de los terceros de buena fe sigue siendo hoy un recurso excepcional frente al principio o norma general del *nemo plus juris...* tienen, con todo, que admitir que dicha protección no puede en la actualidad ser tenida como un criterio jurídico excepcional y de interpretación restrictiva²¹³. Nosotros mantuvimos y seguimos entendiendo que en el actual Derecho la protección de los terceros de buena fe, de la cual la fe pública registral es una de sus más características aplicaciones, puede convivir con alcance de auténtico Principio

²¹² No es óbice a ello, en nuestra opinión, lo alegado por MIQUEL, «El Registro inmobiliario...», cit., p. 50: «Por eso el artículo 34 LH no es una excepción al artículo 33 LH, porque el requisito de la propiedad del transmitente es lo que subsana el primero, y ese requisito no es de validez del título». Concedido que la propiedad del transmitente no es requisito de validez del título que éste pueda otorgar, el lo cierto que quien adquirió por título nulo, cuya nulidad no sana la inscripción (art. 33), al no haber *rite* adquirido (art. 609 CC), tampoco puede transmitir; y es justamente este obstáculo legal a la transmisión lo que supera o sortea el artículo 34.

²¹³ Así, MENGONI, *op. cit.*, p. 31: «La maggiore frequenza dei casi in cui prevale la direttiva di tutela dei terzi non è un argomento sufficiente per affermare che essa si è consolidata in un principio sistematico (o assiomatico). Vero è soltanto che le norme in cui tale direttiva si svolge non possono essere ritenute eccezionali nel senso dell'art. 14 delle preleggi, non sono norme soggette al divieto di applicazione analogica».

General del Derecho con la regla lógico-jurídica, e igualmente general, del *nemo plus juris*²¹⁴. Basta con asignar a una y otra su propio campo de actuación. En el suyo propio, el aseguramiento del tráfico, ha elevado a Principio General la protección de los terceros de buena fe. Ese es, respecto al tráfico inmobiliario, el carácter del principio de fe pública registral.

Y queda ya sólo por examinar el punto anteriormente aplazado de la relación entre el artículo 33 y el vigente 32 de la Ley Hipotecaria. En nuestra doctrina se ha sostenido, como vimos, que la relación de preceptos mutuamente relacionados entre sí debe arrancar en el originario 23, actual 32, norma que comienza a declarar el efecto protector de la inscripción; de ella sería excepción el artículo 33, a su vez excepcionado por el 34. Naturalmente, esta forma de interpretar el sistema legal implica el reconocimiento de la autonomía normativa del vigente artículo 32, que, lejos de confundirse con el 34 en condición de exponente en negativo del principio de fe pública registral, sería la norma que, en clave francesa o latina, comenzaría a indicar el resultado protector de la inscripción ceñido al principio de prioridad sustantiva o de inoponibilidad. En una palabra: el planteamiento de la cuestión ahora propuesta supone obviamente la interpretación dualista de nuestro sistema hipotecario.

Pues bien, fue Núñez Lagos quien, en su peregrina interpretación del originario artículo 23, estableció la relación entre este precepto y los artículos 33 y 34 como excepciones sucesivas al mismo. El artículo 23, hoy 32, inmunizaba a tercero que inscribe contra las acciones hipotecarias y confesorias dimanantes de derechos no inscritos, pero dejaba irresuelto el problema de la acción reivindicatoria. Los artículos 33 y 34 serían los llamados a dar expresa respuesta a este problema: la inscripción inmuniza o protege frente al ejercicio de las acciones reales menores antes indicadas, pero no ante la reclamación del dueño (art. 33), a no ser que la cosa reivindicada haya sido subadquirida por tercero de quien en el Registro aparecía inscrito como dueño (art. 34)²¹⁵. Con razón, y muy fácil-

²¹⁴ Nos remitimos a *La representación aparente...*, cit., pp. 435 y 440. En cambio, Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 806, entiende la relación entre el principio *nemo plus juris* y el de protección de los terceros en términos de sustitución del uno por el otro: «Ello no obstante –dice– cabe pensar que la evolución última del ordenamiento jurídico ha llevado a la sustitución del principio normativo *nemo plus jura* por otro principio de igual rango que es el de la tutela de los adquirentes de buena fe y a título oneroso como consecuencia necesaria de la tutela del interés colectivo en la seguridad de la circulación de los bienes».

²¹⁵ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 241 y 242: «Un buen día aparecen redactados los artículos 33 y 34. Tengo el indicio de que tal vez fue el agente provocador un discurso de Permanyer. El problema fue éste: si se interpreta con rigor el precepto de que los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito, ¿queda o no queda fuera de combate la acción reivindicatoria derivada de títulos no inscritos? Si quedan ineficaces las acciones confesoria e hipotecaria, ¿por qué no la

mente, pudo refutarlo Carretero: el artículo 33 nada tiene que ver con el 32, porque el tratamiento del defecto de poder dispositivo del *tradens*, implícito en la doble venta cuando se lleva a cabo la segunda, es cuestión que había quedado ya resuelta en el originario 23. Sin conexión con él, el artículo 33 vendrá a formar bloque con el 34²¹⁶.

Nosotros compartimos esta segunda opinión, pero entendemos que con ella no se da completa solución al problema, ya que, según hemos venido distinguiendo, una cosa es el artículo 33 en la coyuntura y *ratio* de su formulación, y otra las exigencias del principio de legalidad, el valor no sustantivo de la inscripción y la vocación *ad tertios* de la publicidad, razones todas que son las que sirven de fundamento, en nuestro sistema y en los comparados, al criterio de que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos. En razón de esta distinción, y con independencia de su concreta formulación y plasmación en nuestra Ley Hipotecaria –volcado el artículo 33 sobre el 34 y engarzado adversativamente éste en aquél– hay que preguntarse, pues, si también para el efecto protector del principio de inoponibilidad (art. 32) vale en nuestro sistema la necesidad de validez del título inscrito, y, consiguientemente, si dicho efecto no se detiene en el supuesto de su nulidad. Concretamente, y para el caso *princeps* del artículo 32: el de la doble venta de finca no inmatriculada donde la inscripción decide en favor del comprador que se adelanta en su práctica, ¿es exigible la validez

reivindicatoria? Pero si el artículo 23 (hoy 32) incluía en su ámbito y, por tanto, excluía a la reivindicación, resultaba que la inscripción se hacía inatacable por títulos anteriores, no inscritos, ni de posible inscripción por el artículo 17. En la inmensa mayoría de los casos vendría a resultar que la inscripción convalida los títulos inválidos frente a acciones de nulidad derivadas de títulos anteriores no inscritos. El artículo 23 (hoy 32) vendría a sentar el principio de integridad de la inscripción en un Registro de títulos: Los títulos no inscritos no existen. Únicamente cuentan los títulos inscritos para el tercero. Al plantearse el problema en la Comisión se dijo que había que aclararlo [...]. Gómez de la Serna, basándose principalmente en la Ley belga, sostenía que sin aclarar nada en la nueva Ley se lograba igual resultado que en Austria. No obstante, podía *aclararse* que la reivindicación no se detenía nunca ante el Registro. Se acordó fijar un *límite* a la eficacia del artículo 23 declarando que “la inscripción no convalida los actos y contratos nulos”. La Comisión, sin embargo, vió que la limitación al artículo 23 (hoy 32) podía dejar la propiedad sin garantías. Había que limitar la limitación [...]. Hay que proteger al tercero, pero al tercero basado en una inscripción precedente, determinado por una relación jurídica previamente inscrita» (cvas. del a.).

²¹⁶ CARRETERO, «Retornos...», II, pp. 98 y 102, de las que entrascamos: «No estamos conformes con todo esto [se refiere a las conjeturas de Núñez Lagos] [...] para los autores de la Ley estaba claro que en el caso de la doble venta no era posible anular la segunda inscrita por virtud de la primera no inscrita, porque los artículos 33 y 34 para nada afectaban al juego del 23. Ni siquiera cabe decir que esto ofreciese dudas [...]. Cuando el artículo 33 dijo que la inscripción no convalida el contrato nulo, en ningún momento, pensaban en la nulidad del contrato precedente de la falta de poder dispositivo del transmitente sólo a medias perdido por la venta o enajenación anterior no inscrita [...]. El artículo 33 no es un tope al 23, sino la entrada en otro mundo, en otro campo, en el campo de la protección del tercero subadquirente y hay que relacionarlo con el 34».

del título, o viene la inscripción también a sanar los vicios determinantes de su nulidad?

La respuesta no puede ser dudosa. También la protección registral sustanciada en la inoponibilidad del título anterior no inscrito se limita a inmunizar al segundo comprador que inscribe respecto del defecto de poder dispositivo padecido por el *tradens* a consecuencia de la transmisión anterior no inscrita. Si, aparte este defecto, el contrato adquisitivo inscrito es intrínsecamente nulo, la inscripción –por las razones de fondo antes indicadas– no lo convalida²¹⁷. Ahora bien, siendo ello así, más que decir que el artículo 33 es una excepción al 32²¹⁸, lo que procede es afirmar que el 32, en su materia, como el 34 en la suya, viene a constituir un límite o una excepción al 33, o al requisito de la validez, comprendiendo en él la eficacia del título adquisitivo: aunque la inscripción no convalida los contratos nulos, sirve para suplir el poder dispositivo que, por efecto de la transmisión anterior, vino a perder el vendedor sucesivo de una misma cosa. Es la excepción al requisito de la validez que en la doctrina francesa incomoda a Troplong hasta llevarlo a negarla aduciendo que el segundo comprador que inscribe adquiere válidamente porque, a pesar de la venta anterior no inscrita, adquiere a *vero domino*²¹⁹. Nosotros, que ya hemos rechazado esta forma de entender la protección registral al segundo comprador que primero inscribe²²⁰, comprobamos ahora, de nuevo, cómo entre las dos formas de eficacia ofensiva de la inscripción consagradas en nuestro Derecho, aunque hay importantes diferencias de fundamento y efectos, no existen esos abismos conceptuales que a veces tratan de ahondar los más exacerbados dualistas.

Pero, dicho esto, y si queremos hacer justicia a nuestro sistema, tenemos que continuar en el tratamiento de este punto. Dijimos que

²¹⁷ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), p. 201: «En definitiva, el artículo 32 limita su acción al conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito, pero no protege contra la nulidad del propio título que se inscribió [...]»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 414: «[...] el principio de inoponibilidad parte de la validez de los dos actos o contratos en conflicto, siendo la inscripción la que resuelve la plena eficacia del acto o contrato inscrito frente al que no se inscribió».

²¹⁸ Así, actualmente y en la línea marcada por Núñez Lagos, GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 388: «[...] el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no sólo tiene relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que representa una excepción al artículo 32 de la Ley Hipotecaria [...]».

²¹⁹ TROPLONG, *op. cit.*, pp. 354 y 355: «La transcription ne corrige pas les vices de l'acte revêtu de cette formalité; elle le promulgue, sans rien ajouter à sa validité. Il est vrai qu'elle protège un second acheteur, qui n'a acquis que lorsque la chose était déjà vendue à un premier acquéreur [...]. Mais cela n'a rien de contraire à la règle que nous posons ici; car, dans le système de la loi 23 mars 1855, le vendeur, que le premier acheteur n'a pas dessaisi par la transcription, est censé encore propriétaire pour les tiers; et le second acquéreur n'est pas censé avoir acquis *a non domino*».

²²⁰ Lo hicimos en nuestro anterior estudio: «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», ADC, 2001, pp. 5 y 256, esp., 180 y 210.

la doble venta de finca no inmatriculada cuyo segundo comprador se adelanta a inscribir es el supuesto *princeps* del artículo 32, en cuanto distinto al 34, y del campo de juego del principio de inoponibilidad, en cuanto distinto al principio de fe pública registral. El supuesto *princeps*, sí, pero no el único. En el restante, y desde el punto de vista del problema ahora planteado, destaca el de las resoluciones relativas a la capacidad dispositiva y de obrar del titular inscrito (arts. 2, 4.º y 42, 5.º LH). Vimos ya en estudios anteriores²²¹ cuál fue la razón de su inclusión en el conjunto de la materia publicable, y cuál el efecto pretendido con su publicación. Se trataba de asegurar al adquirente contra las incapacidades ocultas, porque *para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales* –decía la Exposición de Motivos de 1861– *no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectados a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido*. Nuestro Registro de la Propiedad va a ser por ello –así lo indicará Gómez de la Serna²²²– un Registro «de derechos e incapacidades». En virtud de ello, la originaria redacción del artículo 23 refirió expresamente el efecto protector de la inoponibilidad a todos los títulos que en la relación del artículo 2.º de la Ley constituían el objeto de la publicidad registral. Don Jerónimo González, como es sabido, impugnó el sistema: bastaba el artículo 33, decía, para comprender su incorrección²²³. He aquí cómo, extraído este último precepto del contexto que lo impone como una necesidad intrínseca –el de la adquisición *a non domino* en virtud del principio de fe pública registral– se va a desvirtuar el efecto pretendido con la inscripción de las resoluciones limitadoras de la capacidad dispositiva y civil mediante la absolutización de un principio o criterio –el de la validez del título– que la misma Ley venía a excep-

²²¹ «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular», *ADC*, 1998, pp. 423 y 632, esp., 544 y 595; y «El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, 2004, pp. 381 y 547, esp., pp. 493 y 500.

²²² SERNA, *op. cit.*, p. 221.

²²³ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 349: «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada».

cionar expresamente²²⁴. De nuevo, pues, no es el artículo 33 el que excepciona al 32, sino el 32, en su materia, como el 34 en la suya, el que excepciona al 33. Pero con una importante diferencia en este caso: que mientras en el principio de fe pública registral el efecto protector de la publicidad se produce en favor de tercero y respecto de la nulidad del contrato adquisitivo anterior al suyo, de la cual resulta el defecto o la inestabilidad de la titularidad del *tradens*; ahora, en el de la inoponibilidad de las resoluciones limitadoras de la capacidad, tal efecto se produce en la relación *inter partes*, sanando el contrato adquisitivo de quien contrató con el oculto incapaz, y protegiendo al inmediato adquirente, no contra el defecto de poder dispositivo del *tradens*, sino contra la posibilidad de que su título adquisitivo pueda ser impugnado o anulado. En nuestra doctrina se ha intentado llevar estos casos –concretamente, el del contrato del pródigo– a terrenos del artículo 34²²⁵. Nosotros creemos que por la vía aquí indicada se resuelven mejor.

4. LA INSCRIPCIÓN DEL PROPIO ACTO ADQUISITIVO

Para lucrar el efecto sanante de la fe pública registral no basta al tercero haber llevado a cabo un acto adquisitivo en las condiciones hasta ahora indicadas; es menester, además, que lo inscriba: que inscriba «su derecho», en la expresión utilizada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Es lógica esta nueva exigencia legal. «La Ley Hipotecaria –dirá Serna²²⁶– sólo considera los actos con relación a la inscripción: cuando ésta no se ha verificado [...] quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales». ¿Cómo va a proteger el Registro a quien no acoge a él su propio derecho²²⁷? Cuando, en

²²⁴ Convenimos con GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 414, en que «lo que no puede admitirse es que el artículo 33 sirva para la neutralización o exclusión absoluta de los efectos del artículo 32 de la Ley Hipotecaria».

²²⁵ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 412: «En consecuencia, el adquirente del pródigo que no conociera la demanda o la sentencia de prodigalidad, ni estuviera anotada o inscrita en el Registro de la Propiedad, es un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria protegido frente a la anulabilidad de los actos del pródigo, porque aun siendo parte en el contrato celebrado con el pródigo, es ajeno a la demanda o resolución judicial de prodigalidad no anotada ni inscrita. Si se sigue esta interpretación, el contrato celebrado por el pródigo con un adquirente de buena fe [...] no puede ser atacado por causa de prodigalidad, ni siquiera alegando que la inscripción no convalida el acto o contrato nulo ni el anulable, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, dado que el supuesto hace tránsito al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al tratarse de tercer adquirente, que es tercero respecto a la situación jurídica de prodigalidad y a la demanda no anotada».

²²⁶ SERNA, *op. cit.*, p. 622.

²²⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 733: «La exigencia de este requisito es lógica: el sistema debe proteger la adquisición cuyo título acude a él y no a la que lo rehúye»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 190: «Es presupuesto evidente de la adquisición registral a *non domi-*

interés de la seguridad del tráfico inmobiliario la Ley trata de implantar el Registro de la Propiedad y de promover e incentivar la inscripción, ¿cómo va a brindar su protección al adquirente que se deja guiar por la información que le proporciona el Registro, pero que se desinteresa de contribuir a su exactitud publicando en él su propia adquisición²²⁸? Con razón pudo decir Núñez Lagos que el tercero del artículo 34 es un tercero de doble inscripción o de «sobreinscripción»: la previa o de su causante, lo genera o concibe; la suya propia, lo alumbró y cobija; es un tercero que sólo existe *por y desde* el Registro²²⁹.

Desde esta su lógica propia –y aunque con sus paralelos sistemáticos en otras formas de adquisición *a non domino*, mobiliaria e inmobiliaria²³⁰–, el requisito de la inscripción es un añadido *registral* a las exigencias esenciales de la protección de la apariencia jurídica en su planteamiento general y abstracto. De acuerdo con ella bastaría al tercero haber actuado confiando en lo que objetivamente aparece como expresión o manifestación de la realidad. Aquí se exige algo más²³¹. No es que se niegue o se prescinda de la

no la inscripción del adquirente, llave de la eficacia del Registro, cuya protección se concede exclusivamente al titular inscrito. Frente al no inscrito valen, evidentemente, cualesquiera títulos (S. 7 marzo 1981)».

²²⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 432: «El fundamento de este requisito es de toda evidencia: si el supuesto jurídico, necesario para la aplicación de este efecto de la inscripción, es la adquisición del dominio o derecho real con arreglo al Registro, es indudable que no puede afirmarse que haya adquirido, según él, quien no inscribió su título de adquisición [...]. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la consideración de que el Registro no debe amparar a aquellos que no se sujetaron a su régimen manteniendo sus títulos fuera de la inscripción».

²²⁹ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, p. 603: «Que el enajenante esté registrado –asiento transmitente, “previa inscripción”– y que el adquirente llegue a estarlo. No basta para proteger al tercero, como en los artículos 13 y 32, una sola inscripción, que sirva de parapeto frente a la embestida de relaciones jurídicas no inscritas (teoría del “burladero” de GONZÁLEZ PALOMINO), sino que son ineludibles dos inscripciones: la del enajenante, que contiene la relación jurídica determinante y claudicante, y que llamo “previa inscripción”, y la del adquirente, que cobija al tercero, y que llamo “subsiguiente inscripción”. Es, pues, este tercero un tercero, no de inscripción, sino de sobreinscripción [...]. Sin previa inscripción no entra para nada en juego el artículo 34. La previa inscripción genera y concibe el tercero específico de dicho artículo 34; la siguiente inscripción lo alumbró y lo cobija. Ambas inscripciones tienen un inevitable aspecto constitutivo para ese tercero específico, que sólo existe *por y desde* el Registro [...]» (cvas. del a.).

²³⁰ Recuérdesse que en la mobiliaria, tanto el artículo 464 como el 1473, I CC exigen al tercero haber entrado en la posesión de la cosa, y que en la inmobiliaria, en defecto de inscripción, es la prioridad en la posesión material o efectiva (art. 1473, III) la que decide.

²³¹ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 453 y 464; literalmente, en la primera: «Para obtener la protección registral no basta que el tercero contrate confiando en el Registro. Es preciso que una vez que ha contratado siga confiando en la institución registral y acuda a ella inscribiendo su adquisición». De contradicción con el juego normal de la protección de la apariencia, habla, extremosamente en nuestra opinión, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», *ADC*, 1949, pp. 1236-1237: «No obstante, esta tesis produce determinadas anomalías. En primer lugar, contradice el juego normal de las adquisiciones de buena fe, para las que basta, como dijimos, el acto adquisitivo con validez intrínseca y apoyado en la apariencia jurídica, en su doble aspecto».

necesidad de adquirir al amparo de una apariencia creíble de titularidad; es que, tal necesidad supuesta, se añade o adjunta un ulterior y complementario requisito que adviene al presupuesto de la protección del adquirente no tanto de la protección de la apariencia en sí misma, cuanto de su plasmación y concreción normativa como específica apariencia registral. Nos hemos referido ya a este punto y no vamos a insistir en él otra vez²³².

Lo que sí puede ser de interés es destacar cómo en nuestro sistema inmobiliario esta nueva exigencia adquiere y reviste un significado e interés particular. En los sistemas comparados de fe pública registral, la inscripción del propio derecho es también condición necesaria para alcanzar de la Ley la protección registral; pero la elevación de ella en éstos a elemento de constitución del derecho adquirido impide en tales sistemas la pluralidad de varias adquisiciones extra-registrales en pugna cuyo desenlace venga a decidir la inscripción. En nuestro Derecho, en cambio, donde como se sabe la constitución y transmisión de los derechos reales se produce sin intervención registral y mediante el mecanismo del título y el modo, y donde la inscripción –de acuerdo con su propia función– es sólo publicadora, dicha pugna sí que es posible. El titular inscrito puede haber transmitido sucesivamente a varios una misma finca o derecho, que, al haber sido adquiridos, por hipótesis, con igual buena fe, podrían ser todas tenidas por acabadas, perfectas y eficaces mientras no se descubra el hecho de su incompatibilidad. ¿Cuál puede ser el criterio para resolver sobre ellas? Obviamente, el de la prioridad temporal; pero, tratándose de derechos inscribibles y supuesta la inscripción de alguno de ellos, el de la prioridad en la inscripción²³³. Resultado de ello: que en nuestro sistema de inscripción no constitutiva y simplemente publicadora, el juego del principio de prioridad sustantiva o de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, se adentra en el de fe pública registral y se entrevera en el funcionamiento de éste²³⁴. Al tercero «confiado» del artículo 34 no le basta con haber confiado en lo que el Registro publica acerca de la titularidad del

²³² Cfr. nuestro anterior estudio: «El principio de fe pública registral (I)», 2, a).

²³³ GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., p. 472 (previamente, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 297): «El requisito de la inscripción del tercero determina también para él un efecto de prioridad respecto a otras adquisiciones o situaciones jurídicas, conforme a las reglas generales del principio de prioridad».

²³⁴ Al juego entreverado de los principios de fe pública y de prioridad, aunque para llegar a soluciones que no compartimos sobre el momento en que es necesaria la buena fe al tercero, se refiere especialmente GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, quien –*op. cit.*, p. 1241– resume así su pensamiento: «Por tanto, el esquema de actuación de la protección registral al tercer adquirente es el siguiente: 1.º El tercero ha de realizar el acto adquisitivo con los requisitos propios de las adquisiciones de buena fe: validez intrínseca del acto, apariencia objetiva, buena fe y, en este caso, que se trate de adquisición por negocio jurídico ínter vivos y a título oneroso. Conforme intentamos demostrar antes, el tercero no adquiere más de lo que hubiera adquirido por Derecho civil puro; pero sí se coloca en una especial situación que le hace apto para anteponerse, por la inscripción, a los actos que pueden perjudicarle y que no hayan sido

derecho que se propone adquirir; es necesario, además, que sea un tercero «activo»²³⁵; tan diligente como el tercero del artículo 32²³⁶. No en vano argumentaban y justificaban Cárdenas y Gómez de la Serna el efecto protector de la fe pública registral en clave, también, de prioridad y diligencia²³⁷.

Obvio en su fundamento, y con peculiar significado y carácter en nuestro Derecho, el requisito de la inscripción del propio acto adquisitivo ha suscitado entre nosotros el planteamiento de varias cuestiones. He aquí las principales:

Se discute, en primer lugar, si el indicado requisito es el último de los que la Ley Hipotecaria exige para hacer posible la adquisición registral *a non domino* en aplicación del principio de fe pública registral, o si no es, más bien, el único de entre los necesarios para el juego de dicho principio, que debe cumplirse, no obstante, una vez producida aquella adquisición. Ha sido Roca Sastre quien con mayor énfasis ha sostenido esta segunda opinión. Sería la que se sigue de la redacción del artículo 34: «será mantenido en su adquisición» y del sistema de inscripción declarativa y adquisición mediante el mecanismo del título y el modo adoptado por nuestro Derecho. En esta interpretación, la inscripción de la adquisición del tercero reviste el carácter de simple *conditio juris* para el mantenimiento de aquella, cuya eficacia se retrotrae al momento de la misma²³⁸. No creemos

aún inscritos al tiempo de esa inscripción del adquirente (prioridad), y cuya causa no constara registrada al tiempo de verificarse el acto adquisitivo (fe pública)».

²³⁵ Para la contraposición entre tercero *activo*, o del artículo 32, y *confiado*, o del artículo 34, *vid.* VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1966, p. 373.

²³⁶ *Cfr.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 733: «El que no inscriba su adquisición sabe a lo que se expone y obliga a pensar que no quiere ampararse en la protección hipotecaria por contentarse con las defensas estrictas que el Derecho civil puro le brinda. Y de no ser esto, deberá entenderse que su proceder de abstención responde a una evidente falta de diligencia». En la jurisprudencia, la STS de 14 de junio de 2000 se refiere a la protección otorgada por la fe pública registral como «garantía de quien, confiando en la exactitud del contenido registral y sin conocimiento de realidades que pudieran desautorizarlo [...], adquiere a título oneroso el derecho así registrado y lo inscribe para sí mereciendo por ello la protección inherente a su buena fe y cuidado que regula el artículo 34 de la expresada Ley».

²³⁷ CÁRDENAS, «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLI*, 1871, (XXXVIII), p. 171: «Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo adquiriera después bajo la fe del Registro, inscribiéndolo con oportunidad, resultaría que un título no inscrito por morosidad o indolencia, perjudicaría al tercero cuidadoso que inscribiera el suyo, para favorecer al indolente»; GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 623: «No sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviese». En la doctrina moderna, COSSÍO, *op. cit.*, pp. 224-225: «d) *Haber inscrito su derecho*.—Ello es perfectamente natural, ya que la protección registral únicamente debe ofrecerse a quien haya desenvuelto el mínimo de actividad necesaria para merecerla, y si su justificación ética radica en el descuido o negligencia del que pudiendo inscribir no lo hizo, es indudable que sólo al que haya inscrito su derecho puede atribuirse la cualidad privilegiada de tercero hipotecario».

²³⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 729-733, de las que entresacamos: «A diferencia de los demás tres requisitos exigidos por el artículo 34.1, para la protección del tercero, el que ahora nos ocupa sólo puede ser cumplido normalmente después de efectuada la adquisi-

que sea ésta la mejor interpretación del requisito de la inscripción. Por varias razones. La principal y más obvia: porque la adquisición que es efecto de la protección deparada al tercero por el principio de fe pública registral, al no ser una adquisición derivativa ordinaria, no puede ser gobernada y determinada por el mecanismo del título y el modo. Es, por el contrario, una adquisición especial *a non domino* y, como tal, queda sometida al cumplimiento de los requisitos que le impone el artículo 34, de los cuales, el de la inscripción viene a ser el último²³⁹. Pero es que, además, la tesis de Roca Sastre impone atribuir a la inscripción, una vez practicada, una eficacia retroactiva que va más allá de la que la Ley puede coherentemente admitir. De acuerdo con ésta, no hay más retroacción de la inscripción que la que se detiene en el momento, también registral, del asiento de presentación (art. 24 LH)²⁴⁰. Es pura y elemental consecuencia del principio de

ción, salvo en la hipoteca [...]. El mismo artículo 34.1, de la ley demuestra la verdad de este aserto al expresar que el tercero “será *mantenido en su adquisición* una vez que haya inscrito su derecho” (p. 730); «Nosotros entendemos que hay que distinguir entre el momento de la adquisición del dominio o derecho real inmobiliario y el inicio de la protección registral derivada de la fe pública. El momento de la adquisición hay que referirlo al tiempo en que se realizó el acto adquisitivo [...] (p. 731)». Le sigue, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública registral», *Estudios sobre derechos de cosas* I, Madrid, 1985, pp. 435: «A nuestro parecer [la inscripción] no representa más que un requisito *a posteriori* para que se mantenga una adquisición realizada anteriormente [...]. Así resulta de los propios términos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: *será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito*. La adquisición se operó antes de la inscripción; ésta es sólo una *conditio juris* para que la eficacia de aquella sea mantenida»; 440-441: «Y la inscripción del adquirente no es más que una *conditio juris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada», y 447: «Todo ello se opera, repetimos, en el instante en que el transferente otorga el correspondiente título, con valor de tradición, a favor del adquirente que tuvo fe en el contenido registral. La inscripción a favor de éste es sólo una *conditio juris*, posterior, que hace definitiva la adquisición ya operada. Así resulta de los propios términos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: “será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho”».

²³⁹ Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 466: «[...] conviene tener presente que el artículo 34 no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente la que tenga lugar *según el Registro* [...]; la aplicación de los principios del Registro, y especialmente la protección del artículo 34, sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario. Una adquisición según Registro, requiere la inscripción del título del adquirente. [...] Este efecto [la adquisición *a non domino*] se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente: el momento de la adquisición, en tal supuesto, no es el del título, sino el de la inscripción»; GARCÍA GARCÍA, *Comentarios...*, cit., pp. 471-472: «La adquisición *a non domino* del tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, además de ser *ex lege* [...], es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce *por causa y a partir de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de *eficacia*, ni una simple *conditio juris*, que sería incompatible con el efecto que pretende el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que no pretende aplicar el efecto retroactivo propio de la *conditio juris*, sino que la adquisición sólo tiene *eficacia* y se mantiene como tal *una vez inscrita*, lo que demuestra que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición. Ésto es así porque se trata de una adquisición *a non domino* [...]» (cvas. del a.).

²⁴⁰ STS de 30 de noviembre de 2004: «La protección registral que los recurrentes propugnan es verdad que se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurran los demás requisitos que el artículo 34 señala, pero únicamente se retrotrae a la fecha del asiento de presentación, como se previene en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, y no al momento en que se haya verificado la adquisición».

prioridad registral: el acto extra-registral anterior sucumbe ante el posterior anteriormente inscrito, y tanto éste como aquél sólo cuentan para el Registro desde que a él accedieron (art. 17 LH). Desde estas razones, finalmente, argumentar invocando la expresión legal «será mantenido en su adquisición» supone atribuir a la literalidad de la Ley una fuerza dogmáticamente decisoria ajena a su intención y que la misma ni exige ni padece²⁴¹. La inscripción del propio derecho que el artículo 34 exige al tercero es, así pues, requisito necesario para su adquisición, previo lógicamente a la misma aunque simultáneo a ella en el tiempo; nunca posterior a la misma. Si el efecto de la fe pública registral se cifra y consiste en operar la adquisición en favor del tercero, no se ve cómo sería posible que tal adquisición se hubiera producido antes de que la fe pública hubiera podido desencadenar su efecto. Una vez más Gómez de la Serna expone aquí y lacónicamente fundamenta la exacta doctrina: «sólo cuando el título posterior ha sido inscrito, y desde que lo ha sido, tiene lugar este artículo. La Ley Hipotecaria sólo considera los actos con relación a la inscripción»²⁴².

Discutido resulta igualmente el carácter que a la inscripción debe atribuirse en este supuesto: ¿declarativa, de acuerdo con su valor ordinario en nuestro sistema, o excepcionalmente constitutiva? De lo anteriormente dicho parecería que habría que responder lo segundo. Porque la adquisición registral *a non domino* discurre por cauce distinto al del título y el modo, y porque en ella la inscripción es requisito legal de la adquisición, la toma de razón registral debería ser aquí considerada constitutiva. Así se ha defendido en nuestra doctrina, a veces sin más²⁴³, a veces señalando la diferencia que media entre esta forma de ser constitutiva la inscripción y el modo normal de serlo en el sistema germánico²⁴⁴. Nosotros no

²⁴¹ «Mantener» significa en Derecho –cfr. RAE– «amparar a uno en la posesión o goce de una cosa». Por otra parte, la originaria redacción del artículo 34 –como tampoco posteriormente el § 892 BGB– no empleaba esta expresión, que parece inspirada en el texto del artículo 973 CC suizo, más perfilado y exacto en su versión alemana: «ist in diesem Erwerbe zu schützen».

²⁴² GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 622.

²⁴³ GARCÍA GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*: «Por tanto, la inscripción opera aquí como un supuesto de inscripción constitutiva [...]».

²⁴⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 612: «La inscripción es constitutiva cuando es uno de los requisitos esenciales (una forma esencial) de la adquisición o modificación del derecho real. Son supuestos excepcionales de inscripción constitutiva: 1.º La adquisición amparada en el artículo 34 Ley Hipotecaria», aunque añadiendo en nota: «No en el sentido de que la inscripción sea elemento del negocio transmisivo sino en el sentido de que sin la inscripción tal adquisición no estará protegida»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 246: «Inscripción constitutiva.–Tiene este valor la inscripción en nuestro sistema, con carácter general, en cuanto es preciso para el crédito y la seguridad del tráfico inmobiliario, es decir en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante, teniendo por ello carácter constitutivo o, más exactamente, convalidante de la inscripción. Este carácter

compartimos esta opinión. Una cosa es que la inscripción sea necesaria –entre otros requisitos– para la adquisición y otra que, por serlo, cambie en su propio carácter y se eleve a la condición de constitutiva. La inscripción exigida por el artículo 34 no deja de ser en él tan publicadora como normalmente la entiende nuestro Derecho. Ciertamente es necesaria para adquirir, pero ello no la convierte en co-elemento necesario del normal mecanismo de transmisión de los derechos reales. Mantener lo contrario supone desenfocar el concepto técnico de la inscripción constitutiva, confundir los efectos del principio de inscripción con los del principio de fe pública registral²⁴⁵, y atribuir en exclusiva a la toma de razón registral una función que la Ley Hipotecaria asigna conjuntamente a la concurrencia de todos los requisitos a los que el artículo 34 somete a la adquisición registral *a non domino*. La inscripción es, pues, requisito, en conjunción con otros, de tal adquisición, pero, en buena técnica, no por ello cambia su naturaleza, pasando de ser publicadora a convertirse –ella por sí sola– en constitutiva²⁴⁶.

Finalmente, se interroga también la doctrina si, a los efectos del requisito de la inscripción, es necesario que sea ésta la que se practique o si se le podría tener también por cumplido cuando la toma de razón registral haya consistido en el asiento de presentación o en una anotación preventiva. La respuesta no parece difícil. En línea de principio es necesaria la inscripción, y sólo ella permite entender cumplido el requisito legal. Otra cosa es que el efecto de la inscripción, una vez practicada, deba remontarse a la fecha del asiento de presentación por ser éste el que, de acuerdo con la diligencia del presentante, sirve para fijar la prioridad registral (art. 24 LH); pero un asiento de presentación que no lleve a una efectiva inscripción no puede, obviamente, proporcionar al presentante los efectos de la fe pública registral²⁴⁷. Y lo mismo vale decir, en sustancia, de las anotaciones preventivas llamadas a con-

stitutivo de la inscripción, derivado de la función convalidante de la misma, es completamente distinto del concepto de inscripción constitutiva al modo alemán y suizo [...]».

²⁴⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 216: «Creemos que se incurre en una lamentable confusión al involucrar en el ámbito de las inscripciones constitutivas, en el sentido propio, al actuar dentro de la esfera del principio de inscripción, unos resultados que son privativos del principio de fe pública registral».

²⁴⁶ Algo más detenidamente, y en su contexto propio, nos hemos ocupado de este punto en nuestro estudio «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», cit., ADC, 2001, pp. 210-213.

²⁴⁷ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 433: «Respecto del asiento de presentación, su carácter rigurosamente provisional y su falta de sustantividad propia e independiente obliga a distinguir: 1.º Si el título presentado se inscribe en definitiva, los efectos de la fe pública se producen desde la presentación (art. 24 de la Ley). 2.º Si no se inscribe y caduca, claro es que no produce efecto alguno. De aquí que, propiamente hablando, no puede decirse que la sola presentación protege al tercero, pues en el primer caso los efectos no derivan de este asiento, sino de la inscripción».

vertirse en inscripción: cuando ésta se obtenga, y sólo entonces, surtirá su efecto, aunque desde la fecha de la anotación (art. 70 LH), que, a su vez, vendrá determinada por la del asiento de presentación²⁴⁸. La inidoneidad de las demás anotaciones –incluida la más polémica anotación de embargo²⁴⁹– al efecto aquí planteada resulta lisa y llanamente de la peculiar vocación de este típico asiento. No es lo suyo provocar el efecto de la fe pública registral en favor del anotante, sino permitir a éste oponer a eventuales terceros adquirentes el derecho o la pretensión que, gravitando sobre la finca que van a adquirir, les es cognoscible por medio de la anotación (art. 71 LH)²⁵⁰. Sólo cabe hacer aquí, con la Ley, una excepción: la anotación del crédito refaccionario surtirá respecto de éste todos los efectos de la hipoteca (art. 59, II LH). La anotación del crédito equivale aquí a la inscripción de la hipoteca²⁵¹.

III. EL EFECTO PROTECTOR DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL

1. EL MANTENIMIENTO DEL TERCERO EN SU ADQUISICIÓN: HIPÓTESIS DISTINGUIBLES DE PROTEGIBILIDAD DE LA ADQUISICIÓN EN FUNCIÓN DE LA INEXACTITUD REGISTRAL DESCONOCIDA POR EL TERCERO

La originaria redacción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria expresaba el efecto de la fe pública registral afirmando que, no obstante lo declarado en el artículo 33, los actos o contratos que se

²⁴⁸ Así, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Principio de publicidad», *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Madrid, 1948, pp. 385-386: «Tampoco garantiza [la «Fides Publica»] al adquirente de una acción protegida por medio de una anotación preventiva; pero si este asiento se refiere a un derecho real de titulación imperfecta, es decir, si desempeña el papel de una inscripción provisional, la solución sería la contraria»; COSÍO, *op. cit.*, p. 225: «[...] si se trata, por el contrario, de una anotación susceptible de convertirse en una inscripción definitiva, surtirá esta última todos sus efectos, a tenor del artículo 70 de la LH, a partir de la fecha de la anotación».

²⁴⁹ Nos remitimos aquí a lo ya dicho en *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 513-536.

²⁵⁰ Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, pp. 7-28, esp. p. 21, donde define a las anotaciones preventivas como «unos asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles»; p. 25: «Esta eficacia, la eficacia esencial de las anotaciones preventivas, es puramente negativa. Consiste en enervar el posible juego de la fe pública del Registro por el adquirente de buena fe»; p. 26: «El anotante no es tampoco un tercero hipotecario».

²⁵¹ DÍEZ-PICAZO, *op. ult. cit.*, p. 28: «La anotación preventiva únicamente otorga plenitud de rango en lo que se refiere al crédito refaccionario. La anotación surte la misma eficacia que la inscripción de la hipoteca (arts. 59 LH; 1923, 3.º; 1927, 2.º CC)».

ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, *no se invalidarán en cuanto a tercero*, una vez inscritos... En su formulación actual –evidentemente inspirada en la del art. 973 CC suizo– se le indica diciendo que el tercero que adquiere en las condiciones que exige el precepto *será mantenido en su adquisición*. En realidad, aunque enfocado el problema desde perspectivas distintas, el resultado es el mismo. Se trata en ambas fórmulas de hacer inatacable y firme la adquisición del tercero hipotecario: el tercero –se vendrá a decir en algún pasaje de la Exposición de Motivos de 1861– por tener su derecho inscrito y ser adquirente de buena fe, *podrá defenderse de la reivindicación*²⁵².

Indica compendiadamente este texto el efecto del principio de fe pública registral en su inescindible conexión con los requisitos que exige y la *ratio* en que se sustenta. Se trata con él de dar satisfacción a la legítima confianza del tercero en lo que el Registro publica, haciendo de su pretendida adquisición una adquisición inatacable²⁵³. La expresión de la Ley apunta a la adquisición *a non domino* como el supuesto global y el efecto ordinario de la fe pública registral; pero tales supuesto y efecto no coinciden estrictamente con dicha forma anómala de adquisición²⁵⁴. Las distintas posibilidades de inexactitud registral respecto a las cuales el principio de fe pública va a proteger al tercero pueden llevar a adquisiciones en las que al menos no todo sea adquisición *a non domino*²⁵⁵. Convenimos por ello en que se expresa mejor el efecto de este principio cuando se dice que por medio de él se garantiza al tercero una

²⁵² Literalmente, E. M., p. 258, respecto a la anotación de legados: «[...] Esto supuesto, mientras llega el caso de que la tradición se verifique, justo es por lo menos que tenga derecho el dueño a impedir que la cosa se enajene a un tercero, que por tener inscrito su derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación».

²⁵³ Cfr. Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 465: «Se trata, pues, de defender la situación creada en favor de quien ha llevado a cabo el acto adquisitivo confiando en la publicidad del Registro. Quien ha celebrado el negocio adquisitivo confiando en la veracidad y en la exactitud del Registro, debe verse protegido, convirtiendo para él la expectativa creada por la confianza en una presunción *juris et de jure* de veracidad y su adquisición en una adquisición inatacable».

²⁵⁴ En la doctrina y respecto a la formulación legal suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 613-614: «C'est ce qu'énonce, dans une formule d'ailleurs incomplète, l'art. 973 [...]. Cette disposition vise apparemment le cas le plus important, celui de l'acquisition *a non domino* [...]. Au-delà de sa lettre, l'art. 973 vise aussi à protéger le propriétaire d'un immeuble grevé, en faveur duquel une personne indûment légitimée comme titulaire par l'inscription, consent à la radiation du droit réel: à l'acquisition d'un droit réel il faut assimiler l'«*acquisitio libertatis*». Enfin, le législateur entend encore garantir l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble *contre l'existence de droits réels* qui le grevent sans être inscrits au registre foncier [...]».

²⁵⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 747: «De la índole o medida que alcance la inexactitud registral resultará que el tercer adquirente *mantenido en su adquisición* por efecto de la fe pública plasmada en el artículo 34 de la ley Hipotecaria, habrá efectuado una *adquisición "a non domino"*, o una *adquisición parte "a non domino"*, y parte *"a domino"*, o una adquisición *"a domino"*» (cvas. del a.).

adquisición en todo coincidente con lo que resulta de la publicidad del Registro. En esta línea se produce su formulación en el § 892 del BGB: en favor del tercero, lo que el Registro publica vale como si fuera exacto (*gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig*). Ese valer como exacto –la presunción *juris et de jure* de exactitud que el Registro genera en beneficio del tercero adquirente– es lo que permite y garantiza a éste esa equiparación inmediata y definitiva entre apariencia y realidad en que generalmente consiste el efecto de la protección de la apariencia jurídica²⁵⁶. El tercero que adquiere en las condiciones previstas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, adquiere inmediata y definitivamente el derecho que figuraba inscrito como perteneciente a su transmitente y en los mismos términos en que el Registro lo publicaba.

En esta indicación del efecto del principio de fe pública registral, claramente más amplia y abierta que la que lo hace consistir en la adquisición *a non domino*, pueden y deben distinguirse supuestos distintos. Básicamente serían los que a continuación pasamos a exponer.

a) *Adquisición radicalmente a non domino, cuando la inexactitud del Registro consiste en señalar como dueño a quien no lo es.* Es ésta la hipótesis en la que, por ser más radical y completa la inexactitud del Registro, con mayor intensidad tendrá que actuar el efecto protector y sanante de la fe pública registral. Entra aquí sin duda alguna el supuesto de la doble venta de finca ya inscrita. A partir de la primera, seguida de la tradición, el hasta entonces dueño dejó de serlo; sin que el dato de que, a pesar de ello, siga apareciendo como tal en el Registro, venga a modificar en nuestro Derecho la realidad de que ya no lo es²⁵⁷. Nuestra doctrina, tanto la más temprana como la actual, trae este supuesto al corazón de la fe pública registral como el caso más ordinario y frecuente de su actuación²⁵⁸. Respecto de él, aunque ya nos resulten muy conoci-

²⁵⁶ Así expresamos el efecto de la protección de la apariencia jurídica, en *La representación aparente...*, cit., pp. 442, 452, 453 y 479.

²⁵⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 566: «Desde que el enajenante en virtud del contrato que celebra traspasa la finca a otro, poniéndole en posesión de ella, éste adquiere su dominio, y aquel que ha perdido el que tenía, no puede hacer segunda enajenación a favor de un tercero: separarse de esta línea de conducta es faltar a la buena fe, es cometer un estelionato, una estafa para emplear la denominación que a este delito contra la propiedad da el Código Penal [...]» y 568: «[...] el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro».

²⁵⁸ Por todos, en la primera doctrina, SERNA, en la glosa al artículo 34, *op. cit.*, p. 622: «Se refiere [el artículo que comentamos] al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmite la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un título anterior

das, acaso convenga apuntar de nuevo dos observaciones. La primera: que la traída de este caso a la fe pública registral constituye una de las peculiaridades de nuestro sistema de eficacia máxima aunque sin inscripción constitutiva. El carácter constitutivo de la inscripción impide en Alemania y Suiza la posibilidad de una enajenación extra-registral *inter vivos* respecto a la cual se haga necesario proteger al tercero que inscribe. Y la segunda: que, en razón de tal peculiaridad, no es coherente con nuestro sistema la tendencia a explicar la protección del tercero restando en su propia fuerza el valor de la transmisión anterior no inscrita y, correlativamente, intensificando en sí mismo el valor de la inscripción por la que accede al Registro la que la Ley va a proteger. En nuestro Derecho la inscripción queda al margen del mecanismo adquisitivo regular u ordinario, y si en la adquisición registral se convierte en elemento necesario no es porque en ella resida intrínsecamente su fuerza y razón, sino porque, comprendida en un conjunto integrado, además de por ella, por otros requisitos (buena fe y onerosidad), determina, o bien su preferencia sobre otra adquisición anterior ya producida (inoponibilidad *relativa ex arts. 32 LH y 1473, II CC*), o bien –por lo que ahora interesa– hace posible la *absoluta* adquisición *a non domino* que en aplicación del principio de fe pública registral el artículo 34 de la Ley Hipotecaria viene a sancionar²⁵⁹.

Pero el caso del desprendimiento de su propio derecho por parte del titular inscrito como consecuencia de una enajenación no inscrita, no es el único, obviamente, en el que el Registro puede publicar una titularidad inexistente. Lo mismo ocurrirá siempre que en él aparezca como dueño alguien que no lo es, bien porque nunca lo fue, bien porque, sin anterior transmisión *inter vivos*, haya dejado de serlo. Nunca fue dueño quien en el Registro aparece como tal en razón de la inscripción de un título falso (la hipótesis que alimentó la alarma inicial y las destempladas y extendidas protestas contra el art. 34), o radicalmente nulo²⁶⁰; también nunca fue dueño quien como tal aparece en el Registro a consecuencia de una inscripción errónea en la indicación del titular. Y fue dueño, pero no lo era ya al tiempo de la transmisión, quien, a pesar de continuar apareciendo como titular en el Registro, había con anterioridad perdido su derecho por efecto, e. c., de

no inscrito [...]»; en la actual, LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968) pp. 256-257, analizando la mecánica de la adquisición *a non domino* amparada por la fe pública registral sobre el caso paradigmático de la doble venta.

²⁵⁹ Para el tratamiento detenido de estas cuestiones tenemos que remitirnos a lo dicho en «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», cit., ADC, 2001, pp. esp., 180-225.

²⁶⁰ Cfr. SERNA, *op. cit.*, p. 654, delimitando el objeto del originario artículo 38: «No necesitamos recordar aquí lo que tan repetidamente hemos dicho acerca de que la *nulidad* y la *anulabilidad* y *rescisión* son cosas diferentes».

una usucapación *contra tabulas* (art. 36 LH) o por haber quedado éste anulado, revocado o resuelto –igualmente antes de su transmisión al tercero– sin que de tales anulación, revocación o resolución diera noticia el Registro²⁶¹. Finalmente, en este primer grupo puede incluirse, aunque sólo sea parcialmente, el caso en que el Registro publique como titular exclusivo a quien en la realidad lo es sólo en parte o *pro quota*²⁶².

b) *Adquisición estable de dueño con titularidad claudicante, cuando la inexactitud del Registro consiste en silenciar la inestabilidad del derecho del transmitente.* En esta segunda hipótesis se produce, como en la anterior, una inexactitud registral²⁶³, pero ésta no consiste ahora en la radical carencia de titularidad de quien en el Registro aparece como dueño, sino en la defectuosa publicación de la misma: la que en la realidad es una titularidad inestable o claudicante, se publica como estable o firme. Se pone de manifiesto en este caso el aspecto negativo de la fe pública registral²⁶⁴, o, como también se le puede indicar, la presunción de integridad de la inscripción. La buena fe consiste ahora, obviamente, en el desconocimiento del dato registralmente omitido: la inestabilidad del derecho del titular inscrito²⁶⁵; y la protección del tercero se cifrará en su inmunización respecto a la lógica del *resoluto jure dantis resolutur et jus accipientis*.

²⁶¹ En términos parecidos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 747: «Adquirirá “a non domino” el tercero cuando lo verifique de un titular registral que carezca totalmente de derecho sobre la finca o derecho real limitado adquirido, sea porque la anterior inscripción del transferente se practicó por error equivocando el Registro los nombres del mismo; o por haber el transmitente dejado de ser titular registral [*sic*] por efecto de una enajenación, sin que el adquirente inscribiera su título; o por cuanto ya se había extinguido por nulidad, resolución, rescisión, revocación, caducidad, renuncia, liberación, expropiación, confiscación, etcétera» (cva del a.).

²⁶² ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748, hace de este supuesto caso aparte, integrándolo con el de la transmisión de derecho gravado pero inscrito como libre en un segundo grupo de adquisición mixta: «Adquirirá parte “a non domino” y parte “a domino” el tercero cuando lo verifique de un titular registral que solamente tenga en la realidad extarregistral una cuota sobre la finca o derecho real y también cuando siendo titular de la totalidad de la finca o derecho, aparece en el Registro *libre de cargas* (usufructos, dominios directos, derechos de superficie, censos reservativo o consignativo, hipotecas, etc.), cuando en realidad está gravado» (cvas. del a.).

²⁶³ No lo entiende así ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 780: «No es el caso de estricta inexactitud registral ya examinado, en el que la inexactitud del Registro ya existe al tiempo de efectuar el tercero protegido su adquisición, sino actuante en su función protectora ulterior a la adquisición por dicho tercero, por haberse derrumbado posteriormente tal titularidad. Se está, por tanto, ante un derrumbamiento, aniquilación o claudicación del derecho que el titular registral transmitió antes al tercer adquirente protegido por el artículo 34, 1, de la ley».

²⁶⁴ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 411.

²⁶⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 781: «[...] pero hay que entender que aquí la buena fe adopta el sentido amplio de *desconocimiento de la causa que haga posible la claudicación del título o derecho del transferente*» (cva. del a.).

Es éste un capítulo que, con algún reflejo más débil en los sistemas latinos francés²⁶⁶ e italiano²⁶⁷, está llamado a jugar en nuestro Derecho con amplitud sensiblemente mayor al que le está permitido en los sistemas germánicos alemán y suizo. La adopción en uno y otro del criterio del *numerus clausus*, con la consiguiente imposibilidad de que los derechos reales puedan ser configurados en su extensión y condiciones por el título de su constitución y transmisión, y, particularmente en Alemania, la independización del acto transmisivo respecto del título obligacional que lo fundamenta, tienen que llevar necesariamente a una uniformidad y rigidez en las condiciones y estabilidad del derecho inscrito que nada tiene que ver con la variabilidad que en cuanto al mismo permiten de consuno en nuestro Derecho el sistema transmisivo del título y el modo y la adopción del criterio de la libre conformabilidad de los derechos reales al amparo del sistema del *numerus apertus*²⁶⁸.

²⁶⁶ Cfr. sobre ello, en nuestra doctrina, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 149: «La publicidad de estas causas es muy deficiente en el Derecho francés, como consecuencia del criterio de excluir de la publicidad los problemas de titularidad de los derechos reales. Puede afirmarse que normalmente están exceptuadas del régimen de publicidad y producen sus efectos con absoluta independencia de él». En Francia, y por lo que hace a la Ley de Transcripción, *vid. TROPLONG, op. cit.*, pp. 397-398: «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention di jugement, qui prononce la nullité, la rescision ou la resolution d'un acte transcript. On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, a l'égard des tiers, qui tiennent des droits reals de celui don't la propriété est annulée ou résolue. Le législateur est parti de ce principe, que le jugement, étant déclaratif, n'est pas sujet à la transcription; il n'a donc pu vouloir que sa validité fût subordonnée à sa publicité [...]. Toute l'économie de la loi prouve, d'ailleurs, que les tiers ne peuvent pas se prévaloir du défaut de mention, pour échapper aux conséquences de la décision judiciaire. C'est pourquoi le législateur, cherchant une sanction à ses prescriptions, punit par une amende la négligence de l'officier ministériel qui a obtenu le jugement, et qui ne l'a pas fait mentionner en marge de la transcription. Aurait-il eu recours à cette mesure exceptionnelle, s'il avait placé une sanction dans l'inefficacité meme du jugement?». En la reforma de 4 de enero de 1955 (art. 30, 1 i. f.) se someten estas causas a la típica inoponibilidad relativa francesa («sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur»): «La résolution ou la revocation, l'annulation ou la rescision d'un droit visé au 1.º de l'article 28, lorsqu'elle produit un effet rétroactif, n'est opposable aux ayants cause à titre particulier du titulaire du droit anéanti que si la clause en vertu de laquelle elle est intervenue a été antérieurement publiée ou si la cause réside dans la loi». Sobre ello, *vid.* en Francia, MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 535-536; MALAURIE-AYNÈS, *Sûretés. Publicité foncière*, 9.ª ed. París, 1998, p. 241; en nuestra doctrina: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 772-773.

²⁶⁷ *Vid.* artículo 2652 del Codice Civile, especialmente nn. 5 y 6, sobre transcripción de demandas de revocación por fraude de acreedores o de nulidad o anulación de actos sometidos a transcripción: [...] *La sentenza che accoglie la domanda non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso da terzi di buona fede in base ad un atto trascritto o iscritto anteriormente a la trascrizione della domanda*; [...] *Se la domanda è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda* [...]. Sobre ellos, e. c., FERRI, *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sesto. Bologna-Roma, 1960, pp. 230-262; MENGONI, *op. cit.*, pp. 256-292.

²⁶⁸ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 367-368, en cuanto al sometimiento de los actos inscribibles al juego de la condición: «En este punto existe una disparidad total de criterio

Está por ello sobradamente justificado, a nuestro juicio, que nuestra Ley Hipotecaria no sólo se ocupe expresamente de este segundo supuesto²⁶⁹, sino que lo destaque muy señaladamente llevándolo al corazón del artículo 34 –*aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro*– y desarrollando su tratamiento en el artículo 37²⁷⁰, heredero de los originarios 36 a 40, cuyo contenido sintetiza y condensa. En la expresión general de estos preceptos, la anulación o resolución que por razón del título pudiera amenazar la estabilidad del derecho inscrito, no impedirá la adquisición del mismo como estable y firme si la causa de aquellas no constaba en el Registro; y las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Son expresiones lo suficientemente generales como para poder dar cobijo a cualquier otro supuesto en que el derecho del *tradens*, sin la adecuada constancia registral, esté sometido a cualquier eventualidad que lo haga inestable²⁷¹.

entre el sistema alemán y el español. En el Derecho alemán los derechos condicionales no son susceptibles de inscripción, si bien los posibles efectos de la condición pueden asegurarse mediante una anotación preventiva a favor del favorecido con una expectativa de adquisición como consecuencia de aquella [...]. En nuestro Derecho se admite sin dificultad la inscripción de los actos y contratos condicionales [...]. Hemos desarrollado ampliamente lo afirmado en el texto en nuestro estudio «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», cit., *ADC*, 1998, pp. esp., 445-521.

²⁶⁹ En sentido contrario, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 780: «Es el supuesto que propiamente contempla la segunda parte del primer párrafo del artículo 34 de la ley Hipotecaria actuante con carácter *complementario* de lo dispuesto en la primera parte de este precepto, lo cual incluso en caso de silenciarla el precepto la misma se sobreentendería, como se sobreentiende en las legislaciones alemana y suiza [...]. Ya hemos visto antes que en rigor huelga esta previsión, porque en lo más cabe lo menos; pero el afán detallista originario todavía persiste en la ley Hipotecaria actual y la conduce a prever ostensiblemente este supuesto en el propio artículo 34, 1, de la misma».

²⁷⁰ La conexión del vigente artículo 37 con el 34, y, a través de él, con el principio de fe pública registral, es afirmación del común de la doctrina (cfr., e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 387; COSSÍO, *op. cit.*, p. 203; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 171; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 846; CHICO ORTIZ, *op. cit.*, p. 365; DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 465-469; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 604); la sostenía GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 654, poniendo en conexión el originario artículo 36 con el 30: «Este artículo que comentamos es explicación y aclaración del 30 [...]». La excepción en este punto viene constituida por la opinión de NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 581: «Leyendo en serie todas las andanzas de la redacción de los preceptos referentes a la acción pauliana, resulta claro, puesto que el artículo 34 no existía, que *los autores de la Ley tuvieron el artículo 36 como una aplicación del artículo 23*» (cva. del a.), y 622: «No cabe duda que el artículo 37 es calco del 32. El tercero a que se refiere el 37 es el mismo tercero del 32, precisamente para confirmarle su inmunidad o, en su caso, suprimírsela si es cómplice en el fraude». No obstante, en «El Registro de la Propiedad español», cit., pp. 221-222, había afirmado la existencia de «un tipo terciario de inmunidad frente a acciones reivindicatorias, revocatorias o resolutorias, que no consten en el Registro y que se concretan en el mal llamado principio de fe pública encerrado en el artículo 34 de la Ley, aunque en relación con el 36».

²⁷¹ Piénsese, por ejemplo, en las titularidades sometidas a preferencias adquisitivas o a embargo. De ambos supuestos nos hemos ocupado en «El objeto de la publicidad...», cit., pp. 508-521, y «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 513-536.

La economía y el tono de estas páginas nos impiden detenernos en la exégesis del artículo 37 y en el estudio de las distintas cuestiones que el mismo puede suscitar. Nos limitaremos, pues, al bosquejo de dos puntos: uno relativo a lo que en él se dispone sobre las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, y otro, más general, sobre el ámbito del precepto en razón de la naturaleza de las acciones cuyo tratamiento hipotecario en él se dispone.

Consiste el primero de estos puntos en la añeja polémica –tópico hipotecario, la considera García García²⁷²– acerca de si el adquirente inmediato del deudor enajenante es «tercero» protegido como tal por la Ley Hipotecaria, o si para la aparición de tal «tercero» es necesario esperar a la segunda enajenación y, con ella, a la existencia de un subadquirente²⁷³. La cuestión se suscitó ya a raíz de la originaria redacción del artículo 37, no obstante referirse éste expresamente a la «segunda enajenación»; y la reforma de 1944-46, a pesar de haber suprimido esta referencia, no ha logrado sofocarla²⁷⁴. En realidad, desde el punto de vista práctico y como se observó hace tiempo, la polémica se reduce a una «tempestad en un vaso de agua»²⁷⁵. Resuélvase el problema como se resuelva, el adquirente inmediato del deudor queda a salvo de la rescisión siempre que, siendo la enajenación onerosa, no sea cómplice en el *consilium fraudis*²⁷⁶. La cuestión queda entonces reducida a una mera discusión teórica: ¿queda a salvo porque también a él se extiende la protección que al tercero de buena fe otorga la Ley Hipotecaria, o, más bien, porque, no siendo él partícipe en la finalidad fraudulenta, no se dan los presupuestos de la acción que –si lo fuera– contra el mismo podría ejercitarse? Dicho de otra forma, y sirviéndonos de los términos que suelen utilizarse en la doctrina: la inmunidad de ese adquirente inmediato de buena fe, ¿proviene de la protección registral al tercero adquirente de buena fe, o de la regulación civil de la acción pauliana? En rigurosa técnica hipotecaria, la respuesta, a nuestro juicio, debe decantarse por la segunda posibilidad. A ello responde la exi-

²⁷² GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 506.

²⁷³ Para una autorizada presentación de tal polémica, *vid.* ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 874-890. De interés en su tratamiento monográfico, GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, «La acción pauliana y la Ley Hipotecaria», *AAMN*, VII, 1953, pp. 193-236.

²⁷⁴ Como muestra de la polémica doctrinal, véase, por una parte, la concepción de ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 881-887, decidido partidario de excluir del ámbito del artículo 37 al adquirente inmediato del deudor, por no considerarlo hipotecariamente tercero, y la de GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 480, para quien en dicho artículo, y repitiendo la expresión de GONZÁLEZ PALOMINO, «*tan tercero es el primer adquirente como el “decimonono”*» (cva. del a.).

²⁷⁵ La expresión es de GIMÉNEZ-ARNAU, *La acción pauliana...*, cit., p. 236.

²⁷⁶ Coinciden en ello, aunque discrepen en la interpretación del artículo 37 aquí planteado, GIMÉNEZ-ARNAU, *op. cit.*, p. 235; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 886, nota 1; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 410; NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude...*, cit., p. 623.

gencia de la segunda enajenación en la primera redacción del artículo 37, explicada además y justificada en perfecta ortodoxia hipotecaria por Gómez de la Serna: la Ley Hipotecaria no se extiende a la primera enajenación, *porque se limita a tratar de los terceros, y por lo tanto de las segundas enajenaciones*²⁷⁷. Era, además, lo coherente con la letra del 34: «... aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de [...] causas que no resulten claramente del mismo Registro». Tal derecho intermedio o del otorgante no puede ser otro que el que obtuvo el adquirente inmediato del deudor enajenante. ¿Debe variar el sentido de esta solución por el hecho de que en la vigente redacción del artículo 37 —«desgraciada», en la consideración de Roca Sastre²⁷⁸— se haya suprimido la referencia a la segunda enajenación? En nuestra opinión, no: lo impide la técnica de la delimitación del «tercero hipotecario». Lo que sí cabe decir es que en la versión del vigente artículo 37, el régimen de la acción pauliana viene sustancialmente a coincidir con el de su regulación civil²⁷⁹; algo que, por otra parte, puede ser perfectamente comprensible y explicable: en uno y otro la ley protege al tercero adquirente a título oneroso y de buena fe. Y tercero adquirente de buena fe lo es tanto, civilmente, el tercero (respecto al acreedor defraudado) que, *in scius fraudis* adquiere del deudor, como, hipotecariamente (respecto al deudor defraudante) el tercero que, igualmente desconocedor del fraude, trae causa del adquirente inmediato de tal deudor. Por una vía o por otra, ambos obtienen la protección de la ley y son mantenidos en su adquisición.

De mayor transcendencia y enjundia es el segundo de los puntos antes anunciados: el del ámbito del artículo 37 en razón de las acciones que en él se regulan. El problema es ahora, también, más confuso y complejo. La confusión le viene por la brumalidad y polémica que históricamente envolvió la delimitación entre las acciones reales y las personales²⁸⁰; la complejidad, por la abun-

²⁷⁷ SERNA, *op. cit.*, p. 652, a propósito del cómputo del plazo de ejercicio de la acción: «Esta es la regla que tendrá lugar siempre que sea la primera enajenación aquella de cuya rescisión se trate, porque a ella no se extiende la Ley Hipotecaria que se limita a tratar de los terceros, y por lo tanto de las segundas enajenaciones».

²⁷⁸ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 887: «[...] después de una desgraciada redacción dada al precepto por la ley de reforma hipotecaria de 1944 [...]».

²⁷⁹ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 410: «Tratándose de transmisiones inscritas en el Registro, el problema se rige fundamentalmente por la Ley Hipotecaria, que ofrece soluciones casi idénticas a las del Código Civil para el primer adquirente»; DE LA RICA, *Comentarios...*, cit., p. 109: «Conviene subrayar que esta modificación altera profundamente la doctrina anterior para someterla a las normas del Código Civil sobre la acción Pauliana»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 888: «Mas si ya por Derecho civil los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso quedan inmunes a los efectos rescisorios de la acción Pauliana, ¿a qué viene la ley Hipotecaria a repetirlo?».

²⁸⁰ Puede verse ello, a propósito de la acción revocatoria o Pauliana, en NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», cit., pp. 622-623: CUIATIO, VULTEIO y LAUTERBACH —nos

dancia y variedad de los diferentes supuestos encuadrables entre las acciones «rescisorias, revocatorias y resolutorias» a que se refiere el precepto.

Ello advertido, y para entrar en la respuesta al punto planteado, se hace preciso partir de la constatación del *status quaestionis* de su tratamiento en la doctrina actual. Está en ella muy extendida la tendencia a distinguir, en el conjunto de las acciones antes indicadas, entre unas que serían de naturaleza real y otras de naturaleza personal, o, quizá más matizadamente, unas desencadenantes de efectos reales y retroactivos o *ex tunc*, frente a otras de efectos personales y no retroactivos, o *ex nunc*. Las primeras –se añade a veces²⁸¹– discurrirían por el cauce del artículo 34; las segundas, por el del 37. Entre las primeras, a grandes trazos, se encontrarían las de resolución del negocio de adquisición con precio aplazado y pacto de ley comisorio²⁸², y la de revocación de donaciones por incumplimiento de alguna de las condiciones impuestas al donatario (art. 647 CC)²⁸³; entre las segundas, las rescisorias²⁸⁴, las revocatorias de donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos y por ingratitud del donatario²⁸⁵, y la resolutoria por incumplimiento de obligaciones recíprocas (art. 1124 CC)²⁸⁶.

A nosotros, la anterior distinción nos parece, de entrada, artificiosa y problemática. Fundamentada en las arenas movedizas de

dice–, la consideraron real, mientras que DONELLO, FABRO y VOET la trataron como personal. De esta última forma la entiende NÚÑEZ LAGOS.

²⁸¹ Cfr. CHICO y ORTIZ, *op. cit.*, p. 325: «Respecto a las acciones rescisorias a las que se refiere el artículo 37 es necesario señalar que no puede entrar en juego el artículo 34, ya que por puro Derecho civil, estas acciones, aunque provocan un aniquilamiento de la titularidad del transferente, solamente actúan *in personam* o *ex nunc*, sin efectos retroactivos»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 481: «El artículo 37 LH es un precepto que debe diferenciarse y al propio tiempo relacionarse con el artículo 34 LH. La doble naturaleza de las acciones que contempla dentro de las rescisorias, revocatorias y resolutorias, lleva precisamente a esa diferenciación y a esa relación. En tanto en cuanto el artículo 37 LH hace referencia a acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de efectos obligacionales, nada tiene que ver con el artículo 34 LH, pues este último precepto se refiere las acciones de nulidad, anulabilidad y resolución de *eficacia real, retroactiva y ex tunc*» (eva. del a.); *ID.*, p. 519.

²⁸² Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 421; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 535-547; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 854-855, quien trae a este caso el comiso enfiteútico (art. 1648 CC) y asimila a él el de los bienes sujetos a reserva o a sustituciones fideicomisarias.

²⁸³ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 531-533; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 856, quien asimila a este caso el de incumplimiento del modo («modos casualizados») impuestos al heredero o legatario (arts. 797 y 798 CC);

²⁸⁴ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 850-851, quien incluye en ella la acción pauliana (pp. 859-890) por considerarla «acción de carácter personal y de tipo rescisorio» (p. 874). Discrepa de esta inclusión, por considerar a la pauliana como «acción de efecto restitutorio real, retroactivo y *ex tunc*», GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 480 y 499-517.

²⁸⁵ Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 851-853, quien añade en este grupo la reversión de donaciones (art. 812 CC) y la reducción de las inoficiosas (arts. 654 ss CC); GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 527-531.

²⁸⁶ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 853-854; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 421; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 547-549.

una de esas «sutilezas y ápices del Derecho» que el legislador decimonónico se propuso desechar como base de sus determinaciones normativas²⁸⁷, resulta omitida e indetectable por completo –no obstante su pretendida transcendencia dogmática y práctica– en el artículo 37; se revela, al mismo tiempo, contraria al espíritu y ámbito de la Ley Hipotecaria, que hace objeto central de su atención los derechos de carácter real y, consiguientemente, las acciones derivadas de los mismos; y, finalmente, implicaría la posibilidad de que, en función de su constancia registral –y sin el carácter de excepción con que ello ocurre en el caso de los arrendamientos inmobiliarios y del retorno arrendaticio, sino al amparo de un precepto que es puro desarrollo del artículo 34– las acciones que se dicen personales puedan llevarse más allá del ámbito relativo al que se ciñe la eficacia de lo meramente obligacional²⁸⁸. ¿Por qué, si son personales, se ocupa de estas acciones la Ley Hipotecaria²⁸⁹? ¿En razón de qué puede desbordar la relación *inter partes* lo que proviene de una relación personal, y cómo se lo puede extender hasta terceros «de mala fe» cuando simultáneamente se niega que el conocimiento de lo obligacional pueda impedir la buena fe hipotecaria del tercero²⁹⁰? La artificiosidad de la distinción que

²⁸⁷ Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., III, pp. 415 y 463-464. En la primera, y a propósito del retracto convencional: «Por esto en el artículo 1439 se corta la inútil y sutilísima cuestión de Derecho Romano y Patrio, sobre si la acción del vendedor es meramente personal contra el comprador, o personal y real, de modo que pueda ejercitarse contra el tercero poseedor de la cosa»; en las segundas, a propósito de la oponibilidad del arrendamiento inscrito al tercero que adquiere la finca arrendada: «La ley Romana se fundaba en sutilezas y en ápices de derecho riguroso. El arrendatario no adquiere sino una acción personal contra el arrendador, no derecho alguno *real* en la cosa [...]. ¿Pero no es un principio de equidad y de jurisprudencia universal que nadie pueda transmitir a otro más derecho del que él mismo tiene? El arrendador que por escritura pública, o de fecha legalmente cierta, se ha desistido por un tiempo del uso y goce de su cosa [...] ¿puede acaso vender o legar a un tercero la propiedad, libre de esta obligación?» (cva. del a.).

²⁸⁸ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 491: «Hay que diferenciar, por un lado, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias que no tienen efectos contra terceros –salvo los de mala fe–, porque son por su propia esencia, acciones personales entre las partes que no pueden afectar a tercero, sea civil o hipotecario. Y por otro lado, existen acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de efectos reales, retroactivos o *ex tunc*, que afectan retroactivamente a los actos jurídicos realizados, es decir, afectan a los terceros civiles, si bien quedan a salvo los terceros hipotecarios protegidos por la Ley Hipotecaria» (cvas. del a.).

²⁸⁹ Cfr., respecto a la revocatoria o Pauliana, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 890: «A modo de resumen de lo que llevamos expuesto resulta: En rigor es impropio pretender hablar de los efectos hipotecarios de la acción Pauliana, pues por su naturaleza de acción rescisoria no tiene repercusión en sus efectos en perjuicio de terceros, dado que es una acción *in personam* con eficacia *ex nunc* o no retroactiva, por cuya razón no podrá surtir efectos hipotecarios o contra terceros subadquirentes sino a través de la anotación preventiva de demanda correspondiente».

²⁹⁰ Así. e. c., GALINDO y ESCOSURA, *op. cit.*, p. 116, acerca de la inscripción del aplazamiento del pago del precio: «Pero si no se constituyó hipoteca ni medió el indicado pacto [que la falta de pago dará lugar a la rescisión] ... la simple consignación en la inscripción de que el pago del precio se aplazó, no puede surtir efecto contra tercero, puesto que la acción para reclamarlo, como personal que es, sólo tiene eficacia entre las partes»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 497: «Se añade un inciso que dice: «El simple conocimiento de

aquí tratamos vuelve a aparecer, creemos, cuando para sortear estos escollos se recurre, por medio de la anotación preventiva, a la noción tan polémica como evanescente del *ius ad rem*²⁹¹.

Nosotros creemos más conforme a la concepción de la Ley Hipotecaria otra inteligencia de su artículo 37. Lo sugiere el párrafo final de éste, en paralelo perfecto –nos parece– con la indicación de Gómez de la Serna al comenzar el comentario del precepto. Advertía Gómez de la Serna: «... en la Ley Hipotecaria sólo pueden comprenderse las acciones rescisorias o resolutorias que se refieren a que quede sin efecto algún derecho real en cosa inmueble, restituyéndose las cosas al estado que tenían antes de que el mismo derecho real se constituyera»²⁹². Y termina el precepto –hoy, como en 1861, con la sola salvedad destacable de omitirse en la redacción originaria del artículo 36 la referencia expresa a las acciones revocatorias²⁹³, introducida, como se sabe, en la reforma de 1944-46–: «En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan». Se refiere evidentemente la Ley al supuesto en que las acciones de que se ocupa el precepto, pudiendo de suyo alcanzar a terceros, resulten impedidas o paralizadas cuando la protección registral ampare la adquisición de tales terceros. La introducción de Gómez de la Serna y el párrafo final del artículo 37 no distinguen, pues, dentro de las acciones reguladas en éste, entre unas que sean reales y que, por serlo, puedan alcanzar a terceros, y otras que sean personales y que, como tales, sólo sean ejercitables entre las partes. Consideran reales y con proyección *erga omnes* todas las acciones de las que aquí se ocupa la Ley Hipotecaria; y declara, naturalmente, abierto *inter partes* el camino de la acción personal cuando la real se topa con el obstáculo legal de la

haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude». Este apartado vale no sólo para la acción pauliana, sino también para la acción resolutoria del artículo 1.124 cuando no se haya pactado la llamada condición resolutoria explícita a que se refiere el artículo 11 LH» (cvas. del a.).

²⁹¹ En polémica con SANZ FERNÁNDEZ, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 523: «En definitiva, que el artículo 37 LH hace bien en aludir a las acciones rescisorias, no sólo porque dentro de ellas están las de la clase de fraude de acreedores, que requieren una normativa hipotecaria de protección a los terceros hipotecarios frente a los simples terceros civiles, sino porque, aun dentro de las demás acciones rescisorias de efectos obligacionales, el artículo 37.1 LH prevé que la causa de la rescisión conste en el Registro y afecte a tercero, supuesto que sólo puede ser el de la anotación de demanda de la acción rescisoria, y esto puede ser útil para dar cobertura legal a la interpretación amplia que la DGRN viene dando al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, sobre la base de que, aun siendo personal la acción rescisoria, tiene un futuro efecto restitutorio, de carácter de *ius ad rem*, que permite garantizar mediante la anotación de demanda» (cvas. del a.).

²⁹² SERNA, *op. cit.*, p. 647.

²⁹³ Expresa, decimos, porque de las acciones revocatorias referidas a las donaciones se ocupaba expresamente el originario artículo 38. 1.º, paralelo al actual 37.1.º

protección registral del tercero²⁹⁴. Con razón, pues, la doctrina entendió que los autores de la Ley Hipotecaria concibieron como dotadas de efectos reales las acciones de que hoy se ocupa el artículo 37 de la misma²⁹⁵.

A nuestro juicio, nada impone hoy apartarse de una tal concepción²⁹⁶. Como ejercitables *erga omnes* por su carácter real pueden y deben seguir siendo consideradas las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de que se ocupa la Ley Hipotecaria, y por las mismas razones que inicialmente fundamentaban su consideración como tal. Si hoy, como entonces, pueden llevarse más allá de la relación *inter partes* en que se desenvuelve y agota el vínculo obligacional, no es porque en su régimen nuestro legislador —como ocurre en el caso de los arrendamientos con acceso al Registro— haya sustituido las «sutilezas y ápices del Derecho ríguoso» por medidas de política legislativa fundadas en principios de equidad²⁹⁷, sino por la razón de que en nuestro Derecho el dominio nunca se ha entendido, ni actualmente se le entiende, abstractamente o como desligado de la configuración que concretamente le

²⁹⁴ Cfr. SERNA, *op. cit.*, pp. 670-671: «La Ley Hipotecaria se limita a la fijación del derecho real, y de ningún modo hace alteración en las acciones personales, circunscribiéndose sólo a declararlas subsistentes para evitar las malas interpretaciones a que podría dar lugar su silencio. Así sucede en el presente caso. El que ha cometido la omisión de no cuidar que en la escritura que otorga se exprese la cláusula resolutoria a que está sujeto el contrato, y da lugar a que no conste en el Registro, no debe quejarse de la Ley que le ha advertido los peligros a que se exponía, y ha procurado defenderlo contra ellos. Más justo es que él sea quien sufra el perjuicio que el tercero, que fue por su falta inducido a error. Pero esto no debe impedir la acción personal para conseguir su completa indemnización del que con mala fe y faltando a deberes que no podía desconocer, le causa el perjuicio; a esta indemnización está obligado ya en virtud del contrato que tenía celebrado, ya por el delito que puede haber cometido [...]».

²⁹⁵ OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido, *Derecho Inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, Madrid, 1892, p. 541: «Todas estas acciones tenían el carácter de *mixtas* de reales y personales, porque no sólo se daban contra el que había infringido el precepto o dejado de cumplir la obligación, habiendo adquirido con tales condiciones resolutorias tácitas la finca o derecho, sino contra los terceros poseedores de los mismos inmuebles»; NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude...*, cit., p. 623: «Esta analogía de la acción pauliana con las rescisorias, resolutorias o revocatorias, es la que pesa sobre los autores de la Ley de 1861 y modela sus artículos 36 y siguientes. La acción pauliana es personal *ex parte actoris*; pero al igual que la acción resolutoria es real *ex parte rei*. Para el tercero del artículo 37, para el poseedor *pro tempore* de la cosa, tiene efectos reales».

²⁹⁶ Discrepamos, por ello, de la opinión sostenida por GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 480: «Las causas de estas dificultades interpretativas del artículo 37 LH derivan de la amalgama que él mismo hace de la multiplicidad de acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, como consecuencia de mantenerse la primitiva estructuración del precepto que arranca de la Ley Hipotecaria de 1861, dictado en una época en que existía cierta uniformidad de efectos en cuanto a terceros de todas las acciones rescisorias, revocatorias o resolutorias, pero esto no es así actualmente», y 491-497. A nuestro juicio, la única reforma relevante en este sentido es la del artículo 11 LH —y nueva redacción del 37, 4.º, b), *i. f.*— llevada a cabo en la Ley de 1944, pero su alcance no es tal que obligue a modificar el criterio global acerca del régimen hipotecario de las acciones reguladas en el artículo 37. Volveremos sobre este punto algo más adelante.

²⁹⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, III, cit., pp. 463-464.

imprimen las partes al otorgarlo²⁹⁸, o de la finalidad y destino al que lo somete la ley (fraude de acreedores, reservas hereditarias ...). Es esta conformación o destino del dominio el que, afectándolo de forma inmediata, objetiva e intrínsecamente, justifica en Derecho que las acciones tendentes a hacerlos efectivos, puedan llegar a terceros.

Es cierto, sin embargo, que en el juego y oponibilidad a terceros de estas acciones puede admitirse, aunque accidental, una diferencia: que unas, constando en el título inscrito y naciendo inmediata y exclusivamente de él, pueden operar automáticamente una vez dada su causa²⁹⁹; mientras que otras, proviniendo genéricamente de la ley, supeditadas a la verificación de su presupuesto de hecho y pudiendo ser renunciadas³⁰⁰, requieren ser positivamente ejercitadas para que su efecto resolutorio llegue a producirse efectivamente. Son las que la Ley Hipotecaria distinguió y calificó como «rescisorias»: las que Serna diferenciaba por la nota de que su efectividad necesita el recurso a la autoridad judicial³⁰¹; las que, por consiguiente, exigen la anotación preventiva como cauce normal de su cognoscibilidad registral³⁰². Cauce normal, hemos dicho, y de cognoscibilidad registral: porque el conocimiento extra-registral de la demanda, al impedir la buena fe del tercero, permite que

²⁹⁸ SERNA, *op. cit.*, pp. 514-515: «Las condiciones resolutorias expresas no tienen otro límite que la voluntad de los contrayentes, que debe ser respetada mientras no traspase las prescripciones del derecho y de la moral [...]. Por la expresión de ellos [de los pactos por los que se establecen] en el Registro, ya sabrán a qué atenerse los que compran bienes que están sujetos a tales condiciones, y no podrá quejarse el que compró de que quede resuelta la adquisición [...]. Lo mismo puede decirse del pacto de ley comisorio que, como los anteriores, sigue a la cosa cualesquiera que sean las personas a que pase [...]. La Ley por medio del Registro les advierte el peligro, les aconseja en cierto modo que sean cautos, y hace por ellos todo lo que puede: los que no se aprovechan de estos avisos, no merecen la protección que se les dispensa».

²⁹⁹ SERNA, *op. cit.*, p. 518: «Cuando un contrato o acto está subordinado a una condición resolutoria expresa, las obligaciones que nacen directamente del contrato, quedan *ipso jure*, de pleno derecho, extinguidas tan luego como se verifica la condición».

³⁰⁰ Cfr. en SERNA, *op. cit.*, p. 657, el texto de la E. M. de 1861, en cuanto a la revocabilidad de las donaciones por ingratitud del donatario: «Sigue en este punto a la ley romana que lo estableció, y cuyos fundamentos son que al adquirente de buena fe no debe perjudicar el castigo justo que se impone a la ingratitud del donatario, que la traslación hecha por éste da al tercero un derecho absoluto no sujeto a actos ajenos, y que en el hecho de no haber reclamado el donante, da una prueba de haber remitido la ofensa».

³⁰¹ SERNA, *op. cit.*, p. 517: «Las resolutorias tácitas no surten efecto sino en virtud de declaración judicial, *ex officio judicis*: el contrato conserva toda su fuerza hasta que se solicita su resolución, y sólo desde el día en que atendidas las circunstancias se señala en la sentencia [...]. ¿Podrá dimanar de esta diferente manera de producir su efecto las condiciones resolutorias, que haya nacido esa doble denominación tan general de condiciones *restitutorias* [sic] y *rescisorias*, por más que no las encontremos en las leyes ni en los jurisprudenciosos? Esto nos parece lo probable: explicaremos los motivos» (cvas. del a.).

³⁰² Cfr. E. M. de 1861, en SERNA, *op. cit.*, p. 649: «Así, al tratar de la rescisión de las obligaciones a instancia de acreedores, se fijaron algunas reglas respecto a las cosas inmuebles, que han sido sustancialmente adoptadas por la Comisión. Según estas reglas, las enajenaciones de bienes inmuebles a título oneroso pueden ser rescindidas siempre que la demanda de rescisión se haya anotado en el Registro público antes de haberse inscrito el contrato de enajenación [...]».

sin anotación preventiva, pueda hacerse valer contra él la condición o destinación legal del dominio. Admitida esta diferencia, y advertido su carácter accidental, hay que concluir afirmando que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias de que se ocupa el artículo 37 son todas, sustancialmente iguales³⁰³, y que su tratamiento hipotecario, en consecuencia, es sustancialmente el mismo: pueden hacerse llegar hasta el tercero que efectivamente conozca su posibilidad o que registralmente esté advertido de ella, sin que sea decisivo que tal advertencia le llegue por medio de las estipulaciones que configuran el título inscrito del transmitente o a través de la anotación preventiva³⁰⁴.

Valga lo dicho, se nos podría decir, respecto a la penetración de estas acciones en el ámbito *erga omnes* que obliga a los terceros a padecerlas, una vez que se las ejercita, pero ¿y respecto al tiempo anterior al de la posibilidad de su ejercicio? ¿*Quid* mientras la acción, por no haberse producido su causa desencadenante, es más una eventualidad jurídica que una realidad actual? Aquí es donde la situación puede variar; y donde la evitación de esa variación es todavía posible. Cuando de la causa resolutoria o revocatoria está advertido el tercero por estar ésta prevista con su propio alcance en el título inscrito de su transmitente, es obvio que deberá afectar al tercero adquirente: registralmente le consta que adquiere un derecho sometido a la eventualidad de su revocación o resolución³⁰⁵. En cambio, cuando sin tan constancia registral, la inestabilidad del derecho que adquiere es tan sólo una posibilidad de futuro así prevista genéricamente en la ley y dependiente de la verificación de un hecho no necesario ni todavía producido, habría de entenderse que el tercero desconocedor adquiere firmemente cuando lo hace antes de la producción de tal hecho³⁰⁶. Pero incluso esta diferencia,

³⁰³ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 513: «Si tuviéramos que atenernos a un tecnicismo riguroso, difícil sería sostener esta doble denominación [resolutorias y rescisorias], porque en realidad no representa más que una sola idea, la de los acontecimientos futuros e inciertos cuyo cumplimiento deja sin efecto los actos y contratos a que afectan restituyendo las cosas a su estado anterior».

³⁰⁴ Lo expone más simplificada, y a propósito de las revocatorias de donaciones, la E. M. de 1861 (en SERNA, *op. cit.*, p. 656): «[...] pero sí está la Comisión en el deber de introducir una regla uniforme por lo que respecta a los derechos del tercer adquirente, que sin conocer ni poder inferir la condición rescisoria a que está sujeta la heredad, la recibe en virtud de un título traslativo de dominio, u obtiene sobre ella algún derecho real. Y esta regla sólo podía ser la de que no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudicará a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido».

³⁰⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 415: «Esta cláusula o pacto [...] ha de ponerse en el mismo contrato de venta para que surta los efectos de los artículos 1439 y 1449: puesta después, no perjudicará a los derechos adquiridos en el intermedio por un tercero».

³⁰⁶ Contra el parecer de LUZURIAGA, éste es el criterio que hoy sigue la Dirección General de los Registros en materia de reducción de donaciones. Decía al respecto LUZURIAGA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852,

decíamos, es evitable: basta para evitarla llevar concretamente al título como contenido convencional del mismo lo que genéricamente dispone la ley en orden a la suerte y destinación del derecho que se va a transmitir³⁰⁷.

La constancia en el título, digamos ya para terminar este punto, ha de ser «explícita» –que conste explícitamente en el Registro, exige el artículo 37.1.º–. Lo justificaba Gómez de la Serna: «para evitar que a título de inducciones se suponga registrado lo que no lo está»³⁰⁸. Explícita, sí; pero no expresa, en la genuina inspiración de la Ley Hipotecaria. La constancia registral del aplazamiento del pago en la compraventa, sin necesidad del añadido del pacto de ley comisoría, bastaba para que el tercero tuviera que padecer los efectos de la resolución por incumplimiento³⁰⁹. Era lo coherente con el carácter de

p. 193: «Los donadores son también equiparados al vendedor por algunas legislaciones respecto de los derechos que la ley les reserva; pero en nuestro proyecto hemos seguido el ejemplo de otras leyes hipotecarias que los pasan en silencio, y para ello nos hemos fundado en que las acciones del donador y sus herederos para revocar o reducir las donaciones, cuando nacen de la ley, son notorias a todo el que contrata con el donatario, puesto que en el Registro público constará que el título de la propiedad de este último es una donación, y la ley advierte a todo el mundo que la propiedad de este origen está sujeta a la revocación o reducción para todos y en unos mismos casos, de modo que el Registro no podrá ser sino una segunda edición de la ley; por lo demás el proyecto hace necesaria la inscripción para las acciones reales reservadas al donador por la voluntad de los contrayentes, así como la de la demanda por causa de ingratitud que es completamente *voluntaria*» [cva. del a.]; he aquí, en cambio, el criterio de la Resolución de 14 de enero de 2006: «Alega el recurrente que el que compra una finca donada, cuando aún no se ha procedido a la partición de la herencia del donante, sabe que dicha donación puede estar sujeta a anulaciones o reducciones que se puedan derivar de la partición de la herencia. Sin embargo, no existe ningún precepto que (a diferencia del supuesto contemplado en el artículo 28 de la Ley Hipotecaria para las adquisiciones hereditarias) suspenda la fe pública registral respecto de quienes adquieren por compra bienes donados, ni que exceptúe la regla general de que la reducción de donaciones no puede producir efectos frente a terceros adquirentes que hayan inscrito sus títulos no constando en el Registro anotación de demanda alguna (cfr. artículos 647, 649 y 654 Código Civil en relación con el artículo 37 de la Ley Hipotecaria)».

³⁰⁷ E. M. de 1861 (en SERNA, pp. 656-657): «No es esta reforma [la que establece la regla general de que «no estando inscrita la condición rescisoria, no perjudica a tercero, porque de otro modo quedaría falseado el sistema elegido] tan grave como a primera vista parece, si se atiende a que son pocos los ejemplos que se presentan de revocación de donaciones por ingratitud o por superveniencia de hijos. Pero aun en el caso de que el Proyecto pase a ser ley, podrán seguir gozando los donantes de los beneficios hasta aquí establecidos, sin más que expresar en las donaciones que éstas quedarán revocadas en los casos referidos o en otros que estimen conveniente». Contrario a este criterio, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388: «[...] pues parece indudable que tal pacto no puede alterar el alcance legal de la acción de revocación»; favorable, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 531: «[...] el donante es libre de pactar con el donatario como *carga para éste*, alguno de los supuestos de ingratitud, como, por ejemplo, el de darle alimentos. También pueden establecerse *condiciones resolutorias sobre la supervivencia o superveniencia de hijos*, en cuyo caso la inscribibilidad y afectación real a terceros de tales cláusulas, serían factibles, por esas vías [...]. En mi opinión este párrafo [se refiere al de la E. M. 1861] permite una interpretación amplia tal como hemos hecho, pero *a través de las vías indicadas* y no por mera remisión a lo dispuesto en la ley, pues no se puede alterar por pacto el efecto legal obligatorio, pero sí articular el supuesto de modo que este efecto real se consiga».

³⁰⁸ SERNA, *op. cit.*, p. 648.

³⁰⁹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 481-482: «No nos parece que pueda ponerse en duda, aun en el estado actual de nuestra legislación, que el vendedor tiene el derecho de

condición resolutoria tácita o implícita que el Código Civil atribuye a la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas (art. 1124). Es que, sin necesidad de tener que expresarlo, la supeditación de la voluntad de transmitir al cumplimiento de la obligación de pago del precio se entraña en la esencia y economía del contrato³¹⁰, de tal forma que cuando dicho pago no se produce, la obligación de transmitir queda sin causa (art. 1274 CC). Contra la exquisita ortodoxia de este régimen civil e hipotecario³¹¹, en su redacción actual el artículo 11 de la Ley Hipotecaria dispone –por lo que aquí interesa– que la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero a menos que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. La doctrina extraerá de este dato el carácter personal de la acción resolutoria en tal caso. Pero habría que preguntarse de nuevo: ¿cómo, si la acción es personal, sus consecuencias pueden llevarse hasta los terceros no protegidos por la Ley Hipotecaria (art. 1124, i. f. CC)? En la previsión de Gómez de la Serna la proyección *erga omnes* de esta acción sólo queda truncada cuando las partes la impiden disimulando su causa: esto es, cuando, confesando el vendedor recibido el precio aún no pagado, la encierran en el ámbito de lo obligacional³¹².

que quede sin efecto el contrato cuando, aplazada la obligación, no le satisface el comprador, mientras éste sea el poseedor de la cosa vendida [...] Mas puede suceder que el adquirente haya traspasado la finca a un tercero, y en este caso, si no existiera escrito en el Registro que estaba aplazado el pago, el ejercicio de la acción resolutoria sería imposible, porque la Ley en su artículo 36 establece que las acciones de esta clase no se den contra tercero que haya inscrito su derecho, de cuya disposición hace el artículo 37 algunas excepciones, entre las cuales ocupa el primer lugar la que se refiere a las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro. En consecuencia de esto, el artículo 38 en su disposición tercera añade, que no se rescindirán ni anularán los contratos por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta de la inscripción haberse aplazado el pago, a lo que es consiguiente que siempre que esto aparezca en la inscripción, queda a salvo la acción que tiene el vendedor de pedir la resolución del contrato, y por lo tanto, que puede quedar sin efecto el dominio transferido, aunque no se haya estipulado expresamente el pacto de resolución, porque en el hecho de estar inscrito el aplazamiento, se sobreentienden todos los derechos que son su consecuencia legal. La Ley quiere, pues, solamente que por el silencio del Registro no se dé lugar a creer que el precio está satisfecho, que es lo que debería deducirse si nada relativo al aplazamiento se expresara en él, porque de otro modo faltaría al espíritu dominante en toda la Ley, que no permite que se convierta en perjuicio del tercer adquirente ninguna responsabilidad a que esté afecta la finca, cuando no pueda éste tener de ella conocimiento, por carecer de la publicidad que le da el Registro».

³¹⁰ SERNA, *op. cit.*, p. 515: «[...] el que se obliga en virtud de otra obligación simultáneamente contraída, sólo presta su consentimiento por el beneficio o servicio que en remuneración de los suyos espera: cuando cesa esta reciprocidad falta el consentimiento, y por lo tanto, queda el contrato destruido en su fundamento más esencial».

³¹¹ Para el tratamiento más detallado de este punto nos remitimos a nuestra anterior estudio «El objeto de la publicidad...», ADC, 1998, cit., pp. 489-493.

³¹² SERNA, *op. cit.*, pp. 664-665: «En lugar de tales cláusulas irritantes [...] se ha sustituido otra significativa y que es una prudente advertencia al que confiesa el recibo, de que cuando la finca pase a manos de un tercero quedará libre de toda responsabilidad respecto al pago del precio o de la parte del que quede por satisfacer, por más que tenga medios de probar que no es cierto lo que se declaró en la escritura. Respecto del tercero se

c) *Adquisición de dueño con derecho gravado o limitado, cuando la inexactitud registral consiste en silenciar la inscripción el límite o gravamen del derecho inscrito.* El mantenimiento del tercero en su adquisición, tal como ésta era previsible y pretendida en razón de la publicación registral del derecho del *tradens*, hace aquí entrar de nuevo en juego el principio de fe pública en su aspecto negativo. Para el tercero adquirente la presunción de exactitud implica la de integridad del Registro³¹³. En el artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria –al igual que ocurre en el 973 CC suizo³¹⁴– no se recoge expresamente este supuesto, pero su cobertura por el principio de fe pública registral es indudable³¹⁵. El tercero adquirirá como libre el derecho que como tal aparece en el Registro, aunque en la realidad se encuentre limitado o gravado por algún derecho real en cosa ajena no inscrito o indebidamente cancelado³¹⁶. La fe pública habrá operado ahora en favor del tercero una especie de *acquisitio libertatis*. Contra el rigor del *nemo plus juris...*, se adquiere como libre y pleno el derecho que en cabeza del transmitente era un derecho gravado o limitado.

Pues bien, distinguidas al modo visto los tres grandes supuestos en que la adquisición del tercero necesita del auxilio del principio de fe pública para que dicho tercero sea efectivamente mantenido en ella –adquisición de no dueño, adquisición de dueño con titularidad amenazada e inestable, y adquisición de dueño con titulari-

introduce aquí la presunción *juris et de jure* de que la entrega se ha verificado, mas se dejan subsistentes las acciones personales que puedan corresponder al vendedor que con imprudencia confesó lo que no era cierto y tanto le perjudicaba».

³¹³ A esa unión de exactitud e integridad en la presunción *juris et de jure* que la fe pública establece en favor del tercero nos referimos en nuestro anterior estudio «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, pp. 612-613, nota 258. En la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *op. cit.*, Rz 181: «Nach der negativen Seite wird dem Erwerber die Vollständigkeit des Grundbuchs gewährleistet in Ansehung aller eintragungsfähigen Rechte, die nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift (s Rz 39) der Wirkung des öffentlichen Glaubens entzogen sind».

³¹⁴ Cfr. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 614: «Au-delà de sa lettre, l'art. 973 vise aussi à protéger le propriétaire d'un immeuble grevé, en faveur duquel une personne indûment légitimée comme titulaire par l'inscription, consent à la radiation du droit réel: à l'acquisition d'un droit réel il faut assimiler l'«*acquisitio libertatis*». En fin, le législateur entend encore garantir l'acquéreur de bonne foi d'un immeuble contre l'existence de droits réels qui le grèvent sans être inscrits au registre foncier. Si donc une servitude a été indûment radiée sur l'immeuble grevé et qu'elle existe juridiquement encore, le tiers de bonne foi acquiert l'immeuble sans la servitude. C'est la foi publique dans son aspect négative, que n'exprime pas non plus directement l'art. 973».

³¹⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748, incluye este caso entre aquellos en que el tercero adquiere «parte a *non domino* y parte a *domino*»: «[...] y también cuando siendo titular de la totalidad de la finca o derecho, aparece en el Registro *libre de cargas* (usufructos, dominios directos, derechos de superficie, censos reservativo o consignativo, hipotecas, etc.), cuando en realidad está gravado».

³¹⁶ STAUDINGER-GURSKY, *op. et loc. ant. cit.*, «Der redliche Erwerber erlangt das Recht also frei von sämtlichen eintragungsfähigen (und nicht unter die betreffenden Ausnahmenvorschriften fallenden) Belastungen, die zu Unrecht gelöscht worden oder außerhalb des Grundbuchs entstanden und bisher nicht in Grundbuch eingetragen worden sind».

dad gravada por derecho real o carga oculta— interesa pasar a continuación al estudio de la naturaleza, alcance y momento de su adquisición.

2. NATURALEZA Y MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN EN LOS ANTERIORES SUPUESTOS

El análisis de la adquisición *a non domino* viene monopolizando en la común doctrina el estudio y tratamiento del resultado protector del principio de fe pública, e indudablemente no puede dejar de reconocerse que es en tal adquisición donde principalmente se manifiesta y cifra el más importante efecto de la protección registral³¹⁷. Ahora bien, supuesta la distinción de hipótesis anteriormente expuesta, forzoso será admitir que el tercero cuya adquisición protege el Registro no es necesariamente ni siempre un adquirente de quien radical y absolutamente no es dueño; y que cuando ello ocurre, la explicación del efecto protector que llevará al mantenimiento de su adquisición no puede seguir siendo la de la adquisición *a non domino*. En el desarrollo, pues, del estudio de la adquisición registralmente protegida, y sin perjuicio de la centralidad que en él corresponde a la adquisición *a non domino*, tendremos entonces que ocuparnos también de estos supuestos. Ello advertido, comenzaremos por la hipótesis central, trataremos de estudiar en su naturaleza, caracteres y circunstancias la adquisición registral *a non domino*, y a continuación haremos una referencia a esos otros casos de protección registral en los que el tercero adquiere de titular registral y dueño verdadero pero obteniendo su derecho en condiciones distintas a las que lo delimitaban en cabeza del transmitente.

1. DE ACUERDO CON LO DICHO, EMPEZAMOS POR LA ADQUISICIÓN A NON DOMINO, Y, TRATANDO DE PROCEDER CON ORDEN, RESPECTO DE ELLA Y A MODO DE CUESTIÓN PREVIA, HABREMOS DE OCUPARNOS DE UN PRIMER PUNTO:

a) ¿Verdadera adquisición a non domino, o mera irreivindicabilidad?

«... Tercero que, por tener inscrito un derecho y ser adquirente de buena fe, pueda después defenderse con éxito de la reivindicación»

³¹⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748: «La adquisición *a non domino* constituye pues un concepto central de la fe pública registral y, concretamente, de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario [...]» (cvas. del a.).

ción»³¹⁸. Un texto como éste –aislado, además, entre tantos otros de la Exposición de Motivos de 1861 a los que después tendremos que aludir– no daría base bastante al planteamiento del problema que aquí tenemos que abordar³¹⁹. Es más: su planteamiento debería quedar excluido de raíz si, conscientes del germanismo de nuestro sistema, admitimos en lo que tiene de exacto la afirmación de que la mera irreivindicabilidad es la consecuencia propia de la protección registral latina, en tanto que la adquisición *a non domino* traduce el efecto protector de la publicidad en los Registros de inspiración germánica³²⁰. Si, con todo ello, se nos impone el estudio de la cuestión propuesta es porque en nuestra doctrina la suscitó y le dio carta de naturaleza la prestigiosa autoridad de Núñez Lagos. Imposible es hoy no hacerse cargo de su tesis y tratar de pronunciarse sobre ella.

Pero es el caso que dicha tesis –en la que, por otra parte, Núñez Lagos no ha logrado seguidores³²¹– ha sido propuesta por su autor en forma poco desarrollada, muy confusa y con ciertas dosis de incoherencia justamente señaladas por la doctrina, como veremos.

³¹⁸ Exposición de Motivos de 1861, p. 258, a propósito de la anotación preventiva de legado.

³¹⁹ De irreivindicabilidad habla también a veces la jurisprudencia, pero no excluyendo la adquisición *a non domino*, sino considerándola su consecuencia. Cfr., e. c., STS de 17 de julio de 2003: «La jurisprudencia ha contemplado el supuesto de adquisición «*a non domino*» por el demandado que impide el éxito de la acción reivindicatoria, en virtud de la protección que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria dispensa al tercer adquirente de buena fe que cumple los requisitos exigidos por dicho precepto».

³²⁰ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), pp. 254-255: «En los Derechos latinos, que enfocan la protección del Registro desde el punto de vista meramente negativo de la irrelevancia de los títulos no registrados frente a tercero, la mayoría de los autores afirma que no existe propiamente una adquisición del titular inscrito, sino una posición privilegiada del mismo, en virtud de la cual no pueden ejercitarse contra él las acciones reivindicatoria, rescisoria, etc.: en suma, un supuesto de irreivindicabilidad [...]. Los autores alemanes, suizos, bastantes latinos y casi todos los españoles, parten, por el contrario, del supuesto de que el tercero, merced a la protección que le dispensa el Registro, una vez que inscribe se hace dueño de la finca adquirida». En nuestra opinión, no es del todo exacto y ajustado hacer de la irreivindicabilidad el exponente o la clave del efecto protector de la publicidad latina. Es cierto que en tal sistema se bloquea la acción del primer comprador que no inscribió contra el segundo o posterior que sí lo hizo, pero no lo es menos que en el mismo sistema, y superpuesta la hipótesis de la doble venta a la de la transmisión por no dueño, o simplemente producido este caso, el tercero que inscribe no queda protegido contra la reivindicación del *verus dominus*; para llegar a adquirir y convertirse en dueño necesita culminar el largo camino de la usucapión: es que el Registro no le garantiza la titularidad de su transmitente. Cfr. sobre ello, TROPLONG, *op. cit.*, p. 391: «D'ailleurs, toute personne prudente, avant de regarder quelqu'un comme propriétaire, doit remonter de mutation en mutation, pendant une période de trente ans, et examiner si aucune d'elles n'a été anéantie, de manière à entraîner dans sa chute celles qui ont suivi»; RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit Civil III*, París, 1958, p. 134: «La transcription ne couvre pas le défaut de droit. Il reste toujours à examiner la valeur des actes publiés». Con razón, y comparando sistemas, ha podido decir más recientemente THERY, Ph., *Sûretés et publicité foncière*, París, 1988, p. 386: «Le livre foncier prouve la propriété. La publicité foncière -telle qu'on la connaît en France- ne peut, au mieux, créer qu'une présomption».

³²¹ Sobre el eco de su opinión en la doctrina, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 358-364.

En su difícil y voluntarioso intento de sistematización de los precedentes históricos germánicos, parte Núñez Lagos de la muy problemática distinción de dos supuestos cauces por los que habría discursado el Derecho Hipotecario de esta tendencia o inspiración³²²: el del principio de publicidad, caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de terceros (*Drittwirkung*), y el del principio de inscripción sustantiva (*Grundbuchsystem, Prinzip der formalen Rechtskraft, Grundbuchstandesprinzip*), en el que el texto del asiento se sobrepone a todo: los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (*fe pública absoluta*). En el último tercio del siglo XIX –dice– una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem* y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del BGB: la inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung* a convertirse en elemento constitutivo pero acto aparte y necesitado para su validez de la *Auflassung* que la precede o le sigue. La verdad del Registro es entonces una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. La *Auflassung* prevalecerá sobre ella salvo el caso de que al asiento registral claudicante haya seguido otro a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. Pero en tal caso, el asiento anterior, en beneficio del tercero adquirente, se cristaliza y recobra la fe pública que tenía en el *Grundbuchsystem*. Respecto y para el tercero, el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad en su *narratio*³²³. No ocurren así las cosas en nuestro Derecho³²⁴: nuestra fe pública registral, a diferencia de la del BGB, no procede de la corriente del *Grundbuchsystem*, sino del de la *Drittwirkung*; en ella el asiento del transmitente, aunque sin perjuicio de tercero, puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 33 LH) o de forma (art. 31), o por ser declarado inexacto (art. 40). La fe pública registral del artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria no niega la existencia de derechos reales que graven la finca, y tampoco los excluye, mientras que la fe pública del BGB convierte en exacto e íntegro, *juris et de jure*, el asiento del transmi-

³²² Más lisa y crudamente, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 366: «La tesis de la «irreivindicabilidad» de NÚÑEZ LAGOS es en realidad fruto de la imaginación de su autor, pues no hay rastro de ella en los preceptos vigentes».

³²³ NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, pp. 244-246.

³²⁴ Tampoco, en opinión de NÚÑEZ LAGOS, en el Derecho de Austria y Suiza: «En los Derechos austriaco, suizo y español –dice: *op. cit.*, p. 249–, no hay *directamente* adquisición *a non domino*. Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en el Derecho alemán existe la *adquisición a non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el BGB; y un *principio* en Austria, Suiza y España» (cvas. del a.). Con todo, para la admisión de la *adquisición a non domino* en Suiza, *vid.* DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 614: «Cette disposition [el art. 973 CC] visse apparemment le cas le plus important, celui de l'acquisition *a non domino*: transfert d'un immeuble ou constitution d'un droit réel sur celui-ci, par une personne inscrite comme propriétaire mais qui ne l'est pas».

tente. En consecuencia –y mediante la sugestiva contraposición de un par gramatical sin paralelo técnico jurídico– llegamos así al final o desenlace de la tesis: la fe pública del BGB es un modo de adquisición de la propiedad *a non domino*, en tanto que la de nuestra Ley Hipotecaria es un modo de *retener o mantener*³²⁵. En definitiva, pues: que la protección que del Registro en nuestro Derecho obtiene el tercero no pasa de ser una forma *sui generis* e intermedia de irrevindicabilidad, que no es la irrevindicabilidad latina pero que tampoco llega a la genuina y auténtica adquisición *a non domino* consagrada en el BGB³²⁶. Y es que en nuestro sistema, al igual que no hay inscripción sustantiva, no puede haber verdadera y propia fe pública registral, ni por tanto, rigurosa adquisición *a non domino*³²⁷.

La singular opinión de Núñez Lagos no tendría mayor trascendencia si todo en ella se redujera a la disquisición teórica acerca de la relación de anterioridad o posterioridad existente entre la irrevindicabilidad y la adquisición *a non domino*, sea ésta auténtica y genuina o peculiar e impropia; esto es, a determinar si por consecuencia de la adquisición *a non domino* el anterior dueño pierde la posibilidad de reivindicar, o si, por el contrario, es la irrevindicabilidad la que provoca la adquisición *a non domino*³²⁸. Pero las cosas

³²⁵ NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 248: «La fe pública del BGB es un modo de adquirir (*a non domino*). La de la ley española un modo de *retener o mantener*». Con todo, la doctrina ha tenido que señalarlo, el criterio de NÚÑEZ LAGOS es inseguro en este punto; por indicar sólo un texto, en «Realidad y Registro», *RGLJ*, 1945, p. 422, nota 1, tratando este mismo tema y manteniendo la misma tesis, había afirmado: «La inscripción es únicamente modo de adquirir en las adquisiciones *a non domino*, convalidadas por la FIDES pública en beneficio del tercero del artículo 34 de la Ley». Sobre tal inseguridad de criterio en los distintos lugares en que el autor se refiere a este punto, cfr. más detalladamente, JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, III (1950), p. 694, nota 70, y ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 750.

³²⁶ Así, como una tesis intermedia, se presenta en nuestra doctrina la posición de NÚÑEZ LAGOS. Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, «El Registro y la realidad jurídica», *AAMN*, XIV, 1965, p. 434: «Mantiene en nuestra Patria una posición intermedia NÚÑEZ LAGOS [...]»; LACRUZ-SANCHO, *op. ult. cit.*, p. 255: «En España mantiene esta tesis [la de la irrevindicabilidad], en cierta medida, NÚÑEZ LAGOS».

³²⁷ NÚÑEZ LAGOS, «Tercero y fraude...», *cit.*, pp. 605-606: «En Derecho español los efectos sustantivos podrían situarse en el artículo 1875 del C. c. –la llamada inscripción constitutiva de la hipoteca– y en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria –la también llamada adquisición *a non domino*–. En rigor técnico no hay ni la una ni la otra [...]. Sin embargo, es indiscutible que tanto la inscripción de la hipoteca como la irrevindicación que engendra el artículo 34 son efectos típicamente sustantivos, materiales o de Derecho Civil». ID, *ib.*, pp. 603-604 y 608; en las primeras se considera el artículo 34 de la Ley Hipotecaria como una «resonancia inarmónica de los auténticos sistemas de fe pública en un Registro de títulos como el nuestro»; en la última, y acerca del efecto protector del artículo 34 en su redacción actual: «Este efecto es idéntico al de la fe pública o literalidad del asiento... antes de desaparecer ese mismo asiento o previa inscripción por la nulidad del artículo 33, y ser sustituido judicialmente por otro (art. 53 del Reglamento), lo que revela que no existe tal literalidad o fe pública. La supuesta fe pública en el Registro español es el canto del cisne. Esta sustitución judicial se produce en la auténtica fe pública por *falsedad* –civil o criminal–, pero no por *nullidad*» (cvas. del a.).

³²⁸ Cfr. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *cit.*, p. 248: «Es decir, se puede hablar [en España] de adquisición *a non domino* como consecuencia de la

no son así. En la estimación de la doctrina común³²⁹, y concretamente en el pensamiento de Núñez Lagos³³⁰, adquisición *a non domino*, de una parte, y mera irreivindicabilidad, de otra, llevan a resultados prácticos distintos. En la segunda, cuando la cosa aparentemente adquirida sale de manos del tercero protegido sin ir a parar a las de otro tercero igualmente protegible –particularmente, cuando vuelve al *tradens non dominus*–, la acción reivindicatoria del verdadero dueño queda desbloqueada, haciéndose entonces posible a éste la recuperación de aquella³³¹. Ahora bien, es justamente en la afirmación de esta diversidad de consecuencias –diversidad, por otra parte, sin la cual no se justificaría en la realidad la distinción entre adquisición *a non domino* e irreivindicabilidad– donde la tesis de Núñez Lagos encuentra su más patente desmentido legal. No sólo ni principalmente porque los artículos 34, 40 y concordantes de la Ley Hipotecaria hablen lisa y llanamente de adquirir y de adquisición³³², sino porque en tales preceptos estas

irreivindicabilidad; como en Alemania se puede hablar de irreivindicabilidad como efecto de la adquisición *a non domino*»; ib., p. 249: «La irreivindicabilidad es una consecuencia en el BGB; y un principio en Austria, Suiza y España» (cvas. del a.). Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 466: «De aquí se deduce que hay una irreivindicabilidad [...]. La irreivindicabilidad lleva sin embargo a consumir una verdadera adquisición. No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho».

³²⁹ Para una cuidadosa exposición de este punto, *vid.* SANZ FERNÁNDEZ, «El Registro...», *cit.*, pp. 437-441.

³³⁰ NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 249: «El asunto tiene importancia práctica. De entre los muchos ejemplos de Ewald, por su sencillez, escojo el siguiente: A. entrega en depósito su bicicleta a N., quien la enajena a Z., teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z. entrega la bicicleta otra vez a N. (no importa con qué motivo). Se presenta A. en casa de N. y reclama y recibe su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de adquisición *a non domino*, y por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z., A. perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z. tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N. a A. no fue una enajenación, sino una mera devolución de depósito. Según el sistema austriaco y suizo de irreivindicabilidad frente a tercero, Z. será mantenido en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en ningún momento. Únicamente A. había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A. no readquiere de N. su propiedad, porque A. ya la tenía, sino solamente la posesión. El mismo mecanismo de readquisición de la propiedad se puede dar en el Registro a través de las transmisiones fiduciarias de fincas».

³³¹ Cfr. al respecto SANZ FERNÁNDEZ, *op. ant. cit.*, pp. 440-441: adquiriendo plenamente el tercero protegido, ni siquiera cuando el objeto de su adquisición vuelve al *tradens* revive la situación jurídico-real extrarregistral que murió por la aplicación de la fe pública. Fuera de esta regla sólo quedan los casos de readquisición en virtud del mismo título que tenía el titular del asiento inexacto (venta con pacto de retro, e.c.), actuación fraudulenta del posterior adquirente, y ejercicio por el titular extra-registral de acción personal de rescaramiento todavía viva estando ya de nuevo la cosa en manos del *tradens*.

³³² Argumento utilizado, e. c., por ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 749-750: «El artículo 34, 1, no emplea el concepto de *irreivindicabilidad*, que es característico de la *negatio actionis* y, como tal, es recogido en el artículo 464.1 CC sino que utiliza las palabras de que «el tercero que ... *adquiera...algún derecho* de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será *mantenido en su adquisición...*» de tal derecho, lo que demuestra que la ley quiso consagrar en tal precepto una verdadera *adquisición a non domino*»; LACRÚZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 255: «En el terreno de la argumentación literal, el artículo 40 parece presuponer la eficacia traslativa de la inscripción al hablar de

palabras se utilizan en su significación más rigurosa y propia. Lo demuestran cumplidamente, ya en 1861³³³, los textos de la Exposición de Motivos, y, actualmente, la redacción del párrafo tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La realidad propiamente adquisitiva del efecto protector de la fe pública es el resultado natural de la finalidad pretendida con la publicidad registral, según se la expresa en la Exposición de Motivos de 1861. Se persigue con ella asentar *la propiedad* en las bases más firmes³³⁴, permitir al tercero *adquirir* con pena seguridad, sin temor a perder *lo adquirido*³³⁵. Para lograrlo, el legislador introducirá alguna novedad importante en el sistema adquisitivo, modificando la legislación anterior en materia de *adquisición* y *transmisión de la propiedad* y demás derechos reales³³⁶. El cambio legal por el que se garantiza su adquisición al tercero registralmente protegido consistirá principalmente en que, respecto de éste, en tanto

«los derechos adquiridos por tercero», como si el comprador *a non domino* hubiera recibido la propiedad. Dígase lo mismo del artículo 34, cuando habla de «mantener en la adquisición», o, sobre todo, del artículo 1473 CC, que emplea las palabras *adquirir la propiedad*, absolutamente inequívocas»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 366: «Como dice LACRUZ, el artículo 40 habla de *los derechos adquiridos por tercero*; y el artículo 34 se refiere a que el tercero *será mantenido en su adquisición*, todo lo cual significa que existe una “adquisición” ya firme a favor del tercero, y no una mera situación de “irreivindicabilidad”» (cvas. de los aa.).

³³³ Nos remitimos a lo dicho en «El principio de fe pública registral» (I), ADC, 2006, II, pp. 512-517, sobre el momento en que nuestro ordenamiento inmobiliario registral introduce y consagra, ya plenamente, el principio de fe pública. La doctrina que sostiene una cierta gradualidad o desarrollo en tal admisión, entenderá, por el contrario, que hasta la reforma de 1944-46 no se puede comprobar inequívocamente consagrada en el artículo 34 la adquisición *a non domino*. *Vid.*, e. c., SANZ FERNÁNDEZ, *El Registro ...*, cit., pp. 434-435: «Nuestras leyes hipotecarias anteriores a 1944 adoptaron el sistema negativo de la protección de la fe pública: no consistía ésta en una verdadera adquisición del derecho, sino en un caso de irreivindicabilidad. Sin embargo [...] en la propia Exposición de Motivos de 1861 hay un destello de la concepción de la fe pública como adquisición del derecho por el tercero» y 439: «Yo creo que después de la reforma de 1944-46, se impone la admisión de la solución germánica»; ID, en *Instituciones...*, cit., pp. 403-404; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 366: «A diferencia de la inspiración latina del artículo 32 LH y sus concordantes, es evidente la inspiración germánica del artículo 34 LH, sobre todo después de la reforma hipotecaria de 1944-46, que ha redactado el precepto a imagen y semejanza de lo que establecen los códigos alemán y suizo. Pues bien, en estos sistemas predomina la teoría de la adquisición *a non domino*» (cva. del a.).

³³⁴ E. M., p. 225: «la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad».

³³⁵ E. M., p. 226: «... el doble problema que se ha agitado en todas las naciones que modernamente han querido reformar la legislación hipotecaria, el de adquirir sin temor a perder lo adquirido»; p. 243: «Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos [...]. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente».

³³⁶ E. M., p. 237: «Y aquí debe con franqueza exponer la Comisión el gran cambio que acerca de este punto introduce el Proyecto en los principios generales del Derecho actual»; pp. 239-240: «... el Proyecto cambia profunda y radicalmente es sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas [...]: el Derecho Civil experimenta alteraciones transcendentales: apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación: en el orden [...] de la propiedad y de los demás derechos en la cosa [afecta] a su adquisición, su conservación, su transmisión y sus modificaciones».

se considera constituido o traspasado el dominio en cuanto conste su inscripción en el Registro³³⁷. Cuando estén, por tanto, en juego los derechos de un tercero, sólo se considerará transmitido el dominio desde su inscripción. Si se plantea, pues, la pugna entre dos compradores, la Ley resolverá decidiendo que *la propiedad pertenece* al que haya inscrito antes³³⁸, con el ineludible efecto de que el anterior titular no inscrito habrá de padecer la pérdida de su derecho. La articulación de esta novedad legislativa en un sistema que por lo demás sigue atenido a la teoría del título y el modo, llevará a la necesidad de distinguir ámbitos y perspectivas: en la relación *inter partes*, donde la publicidad no cuenta, sigue íntegramente vigente el sistema tradicional del título y el modo; ahora bien, en cuanto la perspectiva se abra a terceros y comience a intervenir la inscripción, el tercero amparado por ésta es quien adquiere, haciéndolo, además, respecto a todos³³⁹. El derecho adquirido funciona en sus manos con la «tercivalencia» propia de todo derecho real. Es sólo en la relación *inter partes*, intocada por la publicidad y extraña al ámbito de su efecto protector, donde el derecho inicialmente *rite* adquirido, se va a ver privado de su natural oponibilidad *erga omnes* apenas entre en conflicto con otro proveniente de una adquisición inscrita³⁴⁰. El transmitente de quien procedía tal derecho, lo perdió al transmitirlo, y, por efecto de tal transmisión, lo adquirió el causahabiente que no lo inscribió³⁴¹. Pero este tal adquirente no

³³⁷ E. M., p. 237: «... para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el Derecho antiguo».

³³⁸ E. M., p. 253: «Cuando se trata de los derechos de un tercero, sólo se entenderá transmitido el dominio desde la inscripción, no desde la posesión, y menos desde el convenio. Admitido el principio, no pueden negarse sus corolarios rigurosos. [...] cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

³³⁹ E. M., p. 237-238: «Así, una venta que no se inscribe ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, 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»; p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

³⁴⁰ E. M., p. 238: «si no se inscribe, 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»; p. 314: «Esto es consecuencia del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejan de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes».

³⁴¹ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 567: «Veamos la innovación [...] si el primer comprador inscribió su derecho oportunamente, nada hay que alterar, la ley de Partida conserva toda su fuerza; pero si no lo hizo, dando lugar a que otro engañado por el silencio del Registro comprara la finca, creyendo que el dominio existía aún en el que la vendió,

podrá oponerlo al tercero que al adquirirlo lo inscribió. Es más: cuando por efecto de la protección registral el tercero llega a adquirir, el anterior titular extra-registral *pierde su derecho* ³⁴².

En la anterior descripción del efecto protector de la publicidad en favor del tercero, como inspirada en la Exposición de Motivos de 1861 y muy apegada a su lenguaje, podrá denunciarse, sin duda, la presencia entremezclada y confusa de los resultados, distintos, de los principios de mera inoponibilidad (consecuencia del valor publicador pero no constitutivo de la inscripción registral) y de fe pública registral (consecuencia de la protección de la adquisición, además de inscrita, llevada a efecto en la confianza depositada en una inscripción anterior), cobijados uno y otro en el que entonces se denominaba, indistintamente, como principio de publicidad. Pero, por encima de ello, lo que no podrá negarse es que en la explicación de la Exposición de Motivos la protección del tercero se entiende traducida en una verdadera y propia adquisición; la cual, como tal, supone la pérdida del derecho, incompatible con ella, del titular extra-registral. Como decía la misma Exposición de Motivos, el sistema adquisitivo y transmisivo de los derechos reales ha sido modificado por la Ley Hipotecaria. Lo que en ella se viene a establecer es un nuevo modo de adquirir: justo, por lo que aquí interesa, el que sanciona y consagra la adquisición *a non domino* en favor del tercero protegido por la fe pública registral ³⁴³. Adquisición y pérdida del derecho es lo que aquí está en juego, y a ellas, no a la mera inatacabilidad-irreivindicabilidad, se extiende el efecto protector de la publicidad registral.

Y es esta misma conclusión la que de forma completamente inequívoca y extraída del cuerpo mismo de la Ley podemos obtener hoy del tercer párrafo del artículo 34. *Los derechos adquiridos*

este nuevo adquirente no podrá ser perjudicado por la compra anterior: para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro»; ID, p. 568: «La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendido el principio general en que se fundaba, está modificada por el artículo de la Ley Hipotecaria objeto de este comentario, porque el dominio del segundo comprador posesionado de la cosa sólo será válido contra el primero cuando éste haya dejado de inscribir su título, dando así ocasión a que el segundo comprador se engañase, creyendo que no existía enajenación alguna hecha por el vendedor, en virtud de la cual éste hubiera perdido la facultad de disponer de lo que aparecía suyo en el Registro».

³⁴² E. M., p. 318: «Así, el que pierde por causa de un registrador algún derecho real...».

³⁴³ El texto de la E. M., p. 333, ya citado, es el que quizá con mayor claridad refiere al presupuesto de la fe pública registral el efecto adquisitivo de la protección registral: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendido el principio del Proyecto que no altera las obligaciones y derechos por falta de inscripción entre los que son parte en el acto o contrato en que debe hacerse, limitándose a salvar los derechos del tercero que adquirió el dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles, en la seguridad de que estaban libres de las cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente. La gratuidad impide a este adquirente gozar autónomamente los efectos protectores de la fe pública registral; ¡pero no le impide acogerse a los obtenidos por su transmitente! Es la prueba más clara y diáfana de que el efecto protector gozado por éste se tradujo, para él, en una adquisición, que por serlo verdadera y efectiva, le permitirá transmitir; y que, simultáneamente y en correlación necesaria, privará al extitular extra-registral de la facultad de reivindicarla cuando el derecho o la finca ha pasado de manos del tercero protegido a las de otro tercero que no reúna las condiciones de protegibilidad exigidas en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria³⁴⁴. El efecto protector de la fe pública registral no se cifra, pues, en la provocación de una situación subjetiva, personal y no transmisible de inatacabilidad, sino en la instrumentación del mecanismo de una efectiva adquisición jurídico-real cuyo objeto, por tanto, una vez adquirido, queda sustraído a la posibilidad de ser reivindicado por su titular anterior, y que, en tal condición, puede ser transmitido a tercero.

En definitiva y para concluir en este punto: que, en atención a la seguridad del tráfico³⁴⁵ y a la protección de la apariencia jurídica, el artículo 34 viene a consagrar en nuestro ordenamiento inmobiliario el mecanismo de la adquisición *a non domino*. Así lo entiende entre nosotros la común doctrina³⁴⁶. El tercero que adquiere de

³⁴⁴ Certeramente, MIQUEL, «El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad», RdP (Aranzadi), 1998, núm. 1, p. 48: «En ocasiones en vez de adquisición *a non domino*, es decir, en vez de entender que por el artículo 34 LH se produce una verdadera adquisición de la propiedad, a pesar de no ser propietario el transmitente, se ha hablado de irreivindicabilidad. Mas no debe aceptarse que la protección del Registro al tercero del artículo 34 signifique sólo que el propietario no tenga acción contra él, pero sí pueda tenerla contra ulteriores adquirentes [...]. Una vez que un tercero haya sido protegido por el artículo 34 por reunir las condiciones exigidas por este precepto, los ulteriores causahabientes del mismo gozan de protección tal como resulta ya del artículo 34.2 [sic] LH».

³⁴⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 759, «El fundamento político de la adquisición *a non domino*, en cuanto, al menos, es mantenida por la fe pública registral en materia inmobiliaria, radica en el interés público de la seguridad del tráfico jurídico, aunque ello pueda entrañar el sacrificio de algún interés individual» (cvas. del a.); PEÑA BERNANDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 605: «Se trata de un supuesto más en que la apariencia produce los efectos de la realidad en beneficio de la seguridad del tráfico».

³⁴⁶ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 748: «La adquisición *a non domino* constituye pues un concepto central de la fe pública registral [...]»; CARRETERO, *Retornos...*, II, cit., p. 104: «Queda así la idea de la adquisición *a non domino* derogadora del romano *Nemo plus juris...*, centrada exclusivamente en la especial protección al tercero del principio germánico de fe pública registral»; VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe...*, cit., pp. 445 ss.; PEÑA, *op. et loc. ant. cit.*: «1. Se trata de una verdadera adquisición [...]. 3. La adquisición se produce *a non domino*»; Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 466: «No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho. Por eso, la generalidad de la doctrina llega a la conclusión de que en la hipótesis del artículo 34 se consuma en favor del tercero una adquisición *a non domino*. Esta conclusión nos parece que es exacta [...]»; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. esp. 365-366; MIQUEL, *op. cit.*, p. 50: «También es causa [la compraventa y los demás contratos traslati-

quien en el Registro aparece inscrito como dueño y con facultades para transmitir, es mantenido en su adquisición. Cuáles sean los caracteres de esta adquisición es lo que corresponde examinar a continuación.

b) *¿Adquisición negocial o ex lege?*

Desde dos puntos de vista, o en dos pasos lógicos sucesivos, se ocupa nuestra doctrina de la naturaleza jurídica de la adquisición operada como efecto de la protección registral: más radicalmente: *¿negocial o ex lege?*; y en un momento lógicamente posterior, *¿derivativa u originaria?* Atendamos ahora al primero.

Preguntar sobre la naturaleza negocial o legal de la adquisición registral *a non domino* es tanto como indagar sobre el fundamento que la justifica y sustenta en Derecho. Situándonos en el elenco de causas que formula el artículo 609 CC: *¿trae su fuerza y valor del contrato seguido de la entrega o lo obtiene por vía diferente de la disposición de la ley?* La respuesta, a nuestro juicio, no puede ser dudosa. Si la intervención del principio de fe pública registral se hace necesaria para salvar la adquisición del tercero por él protegido, implícito está que el mecanismo adquisitivo del título y el modo —al cual previamente hubo de someterse la adquisición protegida— no fue bastante para sustentar jurídicamente su validez de forma real y objetiva. Y la razón de que así sea resulta patente: nadie puede adquirir del transmitente lo que éste no tiene; la entrega *a non domino* no puede transmitir el dominio³⁴⁷.

Con razón, pues, puede sostener la común doctrina el carácter *ex lege* de la adquisición registral *a non domino*³⁴⁸. Aunque, necesario es decirlo, no todos los autores comparten esta opinión. Concretamente en Lacruz-Sancho se la considera como voluntaria o negocial. *¿Por qué?* Porque la ley exige al tercero adquirente haber adquirido por título, y, más concretamente, por título válido. Significaría ello, en su opinión, que la exigencia del título se impone aquí por la ley en tanto que requisito fundamentador *a se* de la adquisición, y no sólo como simple elemento del complejo presu-

vos] de la adquisición *a non domino* instantánea, en los casos en que por ejemplo la establece la Ley Hipotecaria (art. 34)».

³⁴⁷ GAYO, *Instituciones*, II, 20, *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

³⁴⁸ Por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 765: «Nosotros situamos en la ley, en la norma jurídica, la razón suficiente de la adquisición *a non domino*, más bien fundados en las dificultades de catalogar este tipo de adquisición en el artículo 609.2 CC, dentro del modo de adquirir la propiedad “por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición”, lo que impele a situar la *causa efficiens* de tal adquisición en la *norma legal*» (cvas. del a.).

puesto de hecho necesario para la protección registral. El título –dicen– es igualmente causa de la adquisición tanto en la adquisición negocial como en la *ex lege* ³⁴⁹.

Nosotros creemos que esta opinión no puede ser compartida. Por lo pronto, parece minar el fundamento de la distinción entre adquisiciones negociales y adquisiciones *ex lege*; pero, sobre todo, da muestras de descuidar la distinción entre los diferentes conceptos en que el negocio adquisitivo válido puede ser exigido por el ordenamiento como requisito necesario para la adquisición. Normalmente lo será en su condición de fundamento remoto, título o causa de la adquisición; pero a veces puede serlo como requisito, uno entre otros, de un supuesto adquisitivo no negocial. La usucapción ordinaria es aquí el exponente más claro e indiscutible: exige título válido en el adquirente, pero tal título no es la causa de la adquisición. Para que ésta llegue a causarse será necesario, además de su buena fe, la situación posesoria del que finalmente se convertirá en adquirente, mantenida en concepto de dueño y prolongada en el tiempo hasta culminar el plazo legalmente exigido al efecto. Sólo cuando dicho plazo se cumpla habrá adquirido el poseedor, y entonces lo habrá hecho por vía distinta y mecanismo diferente al de la adquisición negocial. A uno y otro se refiere separadamente, como es natural, el artículo 609 CC.

El examen de la adquisición registral *a non domino* permite apreciar que, al igual que en la usucapción ordinaria, el título válido de la adquisición es exigido por la ley en forma y con carácter distinto a como se le necesita en la adquisición negocial ordinaria. Si estuviéramos ante una válida adquisición negocial, el adquirente no necesitaría la intervención sanadora del principio de fe pública registral; ni siquiera le sería necesario inscribir su adquisición para que ésta se entendiera eficazmente operada en Derecho. Si el título adquisitivo válido no basta a este efecto; si, éste supuesto, para que la adquisición se produzca es necesario que en su causación se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipo-

³⁴⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), p. 258, haciendo suya la opinión de CRISTÓBAL MONTES, «La adquisición, ¿es legal o negocial? [...]». Y en verdad, si el derecho deriva *ex lege* de su anterior y desapercibido titular, lo cierto es que la adquisición tiene lugar *ex negotio*. Pero mediante un negocio que no regula todas las relaciones producidas a consecuencia de él, por lo que acaso es preferible hablar de una cooperación entre él y la ley». Y añade en nota 6: «El negocio juega, así, el mismo papel en una adquisición *a domino* o *a non domino*; es otra parte del supuesto de hecho de la transmisión –la legitimación del *tradens*– la que falta en estas segundas, y la que la ley, dándose ciertas circunstancias, suple a favor del adquirente inscrito. El negocio, en uno y otro caso, es la *causa* de la adquisición (no un simple elemento de hecho, en cuyo caso no sería preciso apreciar ni aun la existencia de vicios de la voluntad, que no puede tener relieve en un elemento fáctico); causa cuya virtualidad transmisiva se halla impedida, en el caso de falta de legitimación, bien hasta que tal causa cese, bien hasta que se perfeccione el equivalente jurídico».

tecaria, es porque sin ellos –no siendo dueño quien aparentemente transmite– no puede llegarse al resultado de la adquisición. En la adquisición registral *a non domino*, y en muy claro contraste con lo que ocurre en la adquisición por título y modo, el tercero adquiere no porque su transmitente o causante sea dueño, sino a pesar de que no lo es³⁵⁰; no porque su título adquisitivo fundamente por sí mismo su adquisición, sino porque legalmente resulta exigido como requisito legal de protegibilidad en cuanto supone en el tercero la actuación necesaria para haber adquirido como pensaba y se proponía hacerlo, esto es: válida y eficazmente, por creer dueño a quien le transmitía³⁵¹. Porque en realidad no lo era, el título seguido de entrega no puede servir de fundamento a su adquisición. Tan sólo será para él uno de los requisitos necesarios para el milagro que en su auxilio va a hacer la ley: el de la sanación de una adquisición intrínsecamente irregular e incapaz en sí misma de sostenerse en Derecho. La adquisición del tercero hipotecario es, pues, una adquisición *ex lege*; una adquisición eficaz pero que no es consecuencia de un válido proceso de *transmisión*³⁵². Es verdad que el tercero creyó adquirir negocialmente, y que efectivamente adquirió; pero en la realidad no lo hizo negocialmente a través del mecanismo del título y el modo sino *alia via* y porque la ley, velando por la seguridad del tráfico y excepcionando el rigor del *nemo plus juris...*, vino eficazmente en su auxilio³⁵³.

c) *¿Originaria o derivativa?*

La anteriormente argumentada naturaleza *ex lege* de la adquisición registral *a non domino* bastaría para fundamentar, *ea ipsa*, el

³⁵⁰ VALLET DE GOYTISOLO, *La buena fe...*, cit., p. 431: «La adquisición del tercero deriva de la ley misma [...]. Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 605: «Es una adquisición originaria ex lege. Aunque se exige título y modo, la Ley hace operar la adquisición no porque el transferente sea dueño sino a pesar de que no es el dueño».

³⁵¹ GÓMEZ-ACEBO, «La buena y la mala fe en el Código Civil», *RDP*, 1952, p. 225: «La energía creadora en las adquisiciones provocadas por la apariencia deriva directamente de la ley. Es la norma la que atribuye a ciertas situaciones, preñadas de antemano, eficacia adquisitiva [...]. El título traslativo no tiene ni puede tener valor negocial alguno; el título sólo desde un punto de vista formal o externo legitima la adquisición y hace posible la *bona fides*» (cvas. del a.).

³⁵² VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 432: «No hay transmisión, sino sólo adquisición *a non domino*» (cva. del a.); JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, III (1950), p. 692: «También aquí no existe transmisión, sino una adquisición *a non domino*».

³⁵³ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 380: «Al ser una excepción al citado principio, la adquisición *a non domino* se explica por ser una adquisición por *ministerio de la Ley*, y por ello la denominamos *ex lege*, habiéndola implantado la Ley por razones de seguridad jurídica y de confianza en la apariencia registral, base del tráfico inmobiliario» (cvas. del a.).

carácter originario de la misma. En efecto, si no es el dato de la inexistencia anterior del derecho el que sirve, en todo caso y como criterio único, para calificar como originaria una adquisición, sino que a dicha calificación debe igualmente llegarse cuando el derecho –previamente existente, en tal caso– se adquiere sin la intervención transmisiva de quien, por ser suyo, podía transmitirlo³⁵⁴, entonces, forzosamente se impone concluir que la adquisición registral *a non domino*, obtenida sin intervención alguna del titular del derecho adquirido, y salvada –no obstante este defecto– por disposición especial de la ley, tendrá que ser una adquisición originaria. La doctrina, con todo, dista mucho de ser pacífica en tal calificación. La presencia, de nuevo, del título y, sobre todo, el dato de que el tercero no adquiere a través de este peculiar mecanismo el derecho virgen o en la plenitud del contenido correspondiente a su configuración originaria abstracta sino en la concreta y quizás limitada en que se encontraba en el patrimonio de su anterior y aparente titular, contribuyen a revestir esta forma de adquisición de una apariencia aporéticamente ambivalente –el tercero contrata con uno y adquiere de otro³⁵⁵– que dificulta su cómodo encaje en uno u otro de los tipos contrarios de la adquisición originaria o derivativa y que en ocasiones ha llevado a pensar en la posibilidad de situarla en otra tercera o *mixta* forma de adquisición³⁵⁶. En nuestra opinión, ni es necesario llegar a este último desdoblamiento, ni la forma de ser de la adquisición registral *a non domino* es tan complicada o ambivalente que dificulte o impida su inclusión en la categoría de la adquisición originaria.

Hemos comenzado este punto afirmando que la calificación como *ex lege* de la adquisición registral *a non domino* debería llevar lógicamente a su consideración como adquisición originaria. Ahora debemos añadir que nuestra doctrina no siempre se atiene a tal lógica. Autores que la califican como debida a la ley sostienen,

³⁵⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, p. 408: «Un modo de adquirir es derivativo cuando el derecho que se adquiere depende de otro anterior que corresponde al transmitente y en razón de ello pasa al adquirente. Un modo de adquirir es originario cuando falta la transmisión»; ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, VIII, 1.º, Madrid, 1987, p. 2: La adquisición es derivativa «cuando al hacer suyo el derecho el adquirente, se apoya o basa en que lo recibe *porque* le viene de quien lo tenía, que se lo traspasa [...]» (cva. del a.).

³⁵⁵ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 212.

³⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de Publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 385: «Discuten los especialistas si esta adquisición es originaria, derivativa o mixta, porque así como en el primer momento se destaca la sucesión a título particular *inter vivos*, es decir, el carácter derivativo de la adquisición, después resulta éste inconciliable con la afirmación de que por virtud de la Ley ingresa en el patrimonio del adquirente una facultad jurídica y un valor económico que no se hallaban en el patrimonio del transferente». Lo mismo, en Cossío, *op. cit.*, p. 202.

no obstante, su carácter derivativo³⁵⁷. García García, quien con mayor extensión se esfuerza por explicarlo, recurre para ello a la legitimación registral del causante no dueño. Aunque éste no sea titular, resulta revestido por la inscripción registral de una legitimación dispositiva que le faculta para disponer como si lo fuera, y que, por consiguiente, permite entender como derivativa la adquisición del tercero³⁵⁸. En nuestra opinión, esta argumentación no es concluyente. La legitimación registral, como toda forma de legitimación aparente, no pasa de ser justamente eso: la modalidad de una apariencia de legitimación que nunca deberá confundirse con la efectiva realidad de una legitimación verdadera³⁵⁹. ¿Cómo va a ser real una legitimación que se derrite ante la mala fe como la manteca ante el sol³⁶⁰? El titular inscrito pero *non dominus*, justo por no ser dueño, carece de poder dispositivo o de legitimación real, y, por ello mismo, la transmisión por él atentada tiene que verse abocada a su frustración³⁶¹. Si, a pesar de ello, el Derecho la sana y la salva es porque en interés del tercero adquirente le permite jugar como elemento codeterminante de la adquisición origina-

³⁵⁷ Así, principalmente, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 768: «Asimismo, la adquisición *a non domino* puede ser *derivativa* o bien *originaria*; pero en la materia que aquí interesa, o sea, a los fines del artículo 34 de la ley Hipotecaria, hay que inclinarse por la *derivativa*, por decisiva que sea en ello la fuerza de la ley actuando como *jus singulare*» (cvas. del a.); y, con algún matiz, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 367-377.

³⁵⁸ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 370, en su crítica a las concepciones que la interpretan como originaria: «Creemos que estas posiciones que parten de la adquisición "originaria" derivan de no comprender suficientemente lo que significa la *legitimación de disponer concedida en base a la apariencia registral*, que implica no una adquisición *ex novo*, sino apoyada exclusivamente en esa apariencia» (cvas. del a.). A la tesis de la legitimación dispositiva del titular inscrito se adhiere, e. c., Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 465: «Esta es la tesis o el punto de vista que nosotros mantenemos». Para una sucinta presentación de las variantes de la teoría de la legitimación externa o formal, *vid.* GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, pp. 223-224.

³⁵⁹ Más extensamente desarrollamos esta idea en *La representación aparente...*, cit., pp. 350-356.

³⁶⁰ REGELSBERGER, «Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten», *Iherings Jahrb.*, 1904, p. 363: «Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn vor dem schlechten Glauben einer anderen Person zersießt wie die Butter an der Sonne?»; en nuestra doctrina, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *Estudios...*, I, cit., p. 431: «Pero no tiene [el titular inscrito] ningún poder dispositivo de carácter sustantivo. Fijémos en que no surten efecto sus enajenaciones a título lucrativo ni las hechas a favor de un adquirente de mala fe o que no inscriba su adquisición. Eso por sí solo ya hace sospechar que la adquisición *a non domino* del tercero protegido por la fe pública no deriva de un poder dispositivo del titular inscrito, sino de algo independiente de la voluntad de éste».

³⁶¹ Con don Jerónimo GONZÁLEZ, *op. et loc. ant. cit.*, hay que convenir en que el carácter derivativo de la adquisición registral *a non domino* resulta «inconciliable con la afirmación de que por virtud de la Ley ingresa en el patrimonio del adquirente una facultad jurídica y un valor económico que no se hallaban en el patrimonio del transferente»; en la doctrina alemana, REGELSBERGER, *op. cit.*, p. 377: «Läßt das Gesetz das Eigentum in der Person des redlichen Erwerbers entstehen, weil es bisher ein anderer hatte? Ich glaube nicht, daß man diese Frage hier oder bei der Ersitzung oder beim Funderwerb bejahen kann. Mit der Verneinung ist aber der Auffassung der Boden entzogen, daß diese Erwerbe abgeleiteter Natur seien».

ria del tercero³⁶². La buena fe de éste –en concurrencia con los demás requisitos legalmente exigidos, pero preponderando sobre ellos–, es el fundamento de la intervención legal protectora, tendente en nuestro ordenamiento a una protección del tráfico no ciega y abstractamente concebida, sino dirigida y limitada a las transmisiones y movimientos concretamente merecedores de la tutela y amparo del Derecho³⁶³.

No es óbice a la calificación como originaria de la adquisición registral *a non domino* el dato cierto de que mediante ella el tercero adquiere su derecho en las condiciones –esto es: con las limitaciones y cargas– con que en el Registro aparecía inscrito a favor del transmitente. Ni para explicarlo es menester recurrir a expedientes tan artificiosos como el que en el caso propuesto distingue entre una adquisición derivativa de la apariencia y otra originaria del derecho³⁶⁴, o entre una adquisición originaria respecto al verdadero dueño y otra derivativa respecto al titular registral que transmite³⁶⁵. Basta simplemente entender que, muy en consonancia con la

³⁶² Cfr. JORDANO BAREA, «La teoría del heredero aparente», cit., p. 693: «El heredero aparente no tiene poder dispositivo alguno de carácter sustantivo sobre las cosas ajenas; se trata [...] de un poder o posibilidad de facto de provocar con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición originaria del tercero, que se explica por la pérdida del derecho del antiguo dueño (heredero real) ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe (*negatio actionis* –extinción del dominio–, adquisición originaria de la propiedad)». Curiosamente, LACRUZ-SANCHO, partidarios del carácter derivativo de la adquisición registral *a non domino* –cfr. *op. cit.*, (ed. 1968) p. 258: «La adquisición del tercero, no obstante la intervención de la ley, es derivativa»–, admiten este modo de explicar su mecanismo: «Aun inscrito un derecho –dicen, *ibid.*, p. 256– cuando su titular lo enajena, queda enteramente despojado de él. Nada importa que el *accipiens* no inscriba su adquisición. Al enajenarlo no le queda ningún poder de disposición de carácter sustantivo sobre las cosas ajenas, y sí sólo, como dice JORDANO, un poder o posibilidad *de facto* de provocar con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición del tercero».

³⁶³ Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, p. 431, para la indicación de los requisitos necesarios: «Está basada [la adquisición del tercero] en la publicidad del Registro (elemento o dato material), en la buena fe, o fe en la verdad del contenido del Registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el cumplimiento por éste de la formalidad de la inscripción (requisito a posteriori para que se mantenga definitivamente la adquisición)», y pp. 440-441 para la preponderancia de la buena fe: «La inscripción a favor del transferente no concede a éste poder dispositivo alguno: sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente. Y la inscripción del adquirente no es más que una *conditio juris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada». Conviene en la preponderancia de la buena fe, e. c., en nuestra doctrina, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 764, en la italiana, FERRI, *op. cit.*, p. 254; la niega, en cambio, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 382-387. Al significado de la buena fe en la teoría de la protección de la apariencia nos referimos nosotros en *La representación aparente*, cit., pp. 290-301.

³⁶⁴ Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 406. «Hay que entender, por tanto, que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica, que se opera en virtud del título inscrito. Una adquisición originaria del derecho mismo, que tiene lugar en virtud de la Ley, como consecuencia directa de la inscripción; por ello no se adquiere el dominio de una manera libre y absoluta, como correspondería a una adquisición originaria, sino sujeto a todas las cargas y limitaciones que consten en el Registro».

³⁶⁵ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 374-377, concluyendo en ésta: «Esta teoría parece la más convincente de todas, pues efectivamente, *el tercero adquiere derivativa-*

filosofía subyacente a la protección de la apariencia, el ordenamiento finge o trata *como* derivativa esta adquisición, no obstante su carácter originario. ¿Por qué? Porque es lo que se aviene a la finalidad de la protección dispensada a la adquisición de buena fe. El tercero se propone adquirir –y cree hacerlo– derivativamente; pretende adquirir el derecho de cuyo contenido y límites le informa el Registro. Al tutelarle en dicha creencia, lógico es que el ordenamiento le haga adquirir *como si* su derecho derivara realmente de quien en apariencia se lo transmite. El tercero, se ha dicho, adquiere su derecho *ex novo*, pero con idéntico contenido al que tenía en su causante³⁶⁶; o adquiere *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente³⁶⁷. Nosotros expresamos esta idea calificando como originaria la adquisición del tercero protegido por la teoría de la apariencia jurídica y añadiendo a dicha calificación la nota de su peculiar configuración y contenido: se trata de una adquisición originaria en su ser pero *ad instar derivativae* en su funcionamiento³⁶⁸.

d) *Momento de la adquisición*

In obliquo tuvimos que referirnos a este punto cuando anteriormente nos ocupábamos de la dimensión temporal de la necesaria buena fe del tercero y al tratar del requisito de la inscripción de su propio acto adquisitivo³⁶⁹. Procederemos por ello ahora con la mayor brevedad posible.

Al problema aquí planteado se refiere expresamente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria con la expresión ya conocida: *será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho*. La mera literalidad de la norma no ha servido para resolver por sí misma el problema. Aunque la referencia temporal inicial, «una vez que haya inscrito», suscita la idea de que el efecto protector del principio de fe pública se produce sólo a partir del momento de dicha inscripción, el empleo por la Ley del ambivalente «mantener», referido a la adquisición: «será mantenido en su adquisición»,

mente del transmitente respecto al contenido registral a través del negocio jurídico; pero adquiere originariamente respecto al “verus dominus”, que no tiene ningún ligamen ni relación con él» (cvas. del a.).

³⁶⁶ GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, p. 225: «El derecho que el tercero adquiere no es el mismo que el que ostentaba el titular legítimo; es otro distinto, surgido “ex novo”, aunque de idéntico o inferior contenido» (cva. del a.).

³⁶⁷ JORDANO BAREA, Recensión a MENGONI, Luigi, «L’acquisto “a non domino”. Milán. Vita e pensiero, 1949», *ADC*, III (1950), p. 786: «[...] adquiriendo *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente».

³⁶⁸ *La representación aparente...*, cit., pp. 346-347.

³⁶⁹ *Vid.* nuestra anterior entrega «El principio de fe pública registral (I)», *ADC*, LIX, (abril-junio 2006), pp. 630-650 y, en ésta, *supra*, II, 4.

puede abrir la puerta a interpretaciones diferentes. Si «mantener» se entiende en su acepción jurídica de amparar³⁷⁰, es perfectamente posible interpretar que el efecto protector de la ley, como el mismo precepto literalmente enuncia, sólo comienza una vez que el tercero haya inscrito su derecho; esto es: a partir de la inscripción. Pero si el mismo verbo «mantener» se entiende en su sentido más usual y ordinario de conservar o dar permanencia a algo ya producido, entonces cabría interpretar que la adquisición en que tras su inscripción se mantiene al tercero es algo ya realizado con anterioridad a dicha inscripción y, consiguientemente, con fundamento o sustento ajeno a la misma.

A esta segunda idea se atiene la opinión doctrinal más extendida en nuestra doctrina; opinión que, por otra parte, se arroja en el dato indiscutiblemente cierto de que en nuestro Derecho la inscripción no es constitutiva de la mutación jurídico-real que por medio de ella el Registro publica. Esta es la tesis mantenida por Roca Sastre, para quien, como sabemos, la inscripción de su propio acto adquisitivo es el único requisito que el principio de fe pública registral exige al tercero con posterioridad a su propia adquisición³⁷¹, y por Vallet de Goytisoló, para quien esa misma inscripción es sólo una *conditio juris*, posterior, que hace definitiva la adquisición ya operada³⁷². Algo más moderadamente pero coincidiendo en lo sustancial con esta misma opinión, se pronuncia Lacruz: el tercero resulta protegido y, por tanto, adquiere, cuando inscribe su adquisición, ya que sólo entonces se cumplen los requisitos legalmente exigidos para su protección, pero cabe pensar —añade³⁷³— que tal adquisición se retrotrae temporalmente al momento de la tradición instrumental, pues es entonces, según la misma inscripción, cuando se produce el cambio real. Frente a esta forma de interpretar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de situar temporalmente la adquisición del tercero en él protegido, la doctrina minoritaria —señaladamente Sanz Fernández³⁷⁴, primero, y después García García³⁷⁵— entiende que, no explicándose por el normal mecanismo del título y el modo y siendo necesario para su protección el requisito de la inscripción, la adquisición mantenida por el principio de fe pública registral sólo se produce al tiempo de practicarse dicha inscripción, la cual, en consecuencia, ni es requisito posterior

³⁷⁰ Cfr. RAE, 8. *Der.* Amparar a uno en la posesión o goce de una cosa.

³⁷¹ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 729-733.

³⁷² VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe...», *cit.*, p. 447.

³⁷³ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 257; en la edición de 1984 omite éste y otros matices.

³⁷⁴ SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 466.

³⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 296-297.

a la misma, ni admite más retroacción que la que adelanta su efecto a la fecha del asiento de presentación.

A nuestro juicio, es esta última interpretación la que se atiene a la lógica de la adquisición registral *a non domino*. Mientras el acto adquisitivo no se haya presentado a inscripción, queda en sus condiciones naturales. Por eso –venía a decir Gómez de la Serna³⁷⁶– sólo cuando ha sido inscrito, y desde que lo ha sido, tiene lugar lo dispuesto en el artículo 34: La Ley Hipotecaria sólo considera los actos en relación con la inscripción. Es la explicación coherente con la naturaleza *ex lege* de la adquisición *a non domino* –resultado de la disposición especial de la ley y sin fundamento posible en la mecánica del título y el modo– y de su carácter originario –no derivada del dueño anterior aunque con contenido calcado en el del derecho de éste–. Es claro que no pueden llegar coherentemente a ella quienes entienden la adquisición registral *a non domino* como negocial y derivativa (Lacruz), ni quienes la interpretan como derivativa aunque *ex lege* (Roca Sastre, García García). En esta última explicación –contradictoria, a nuestro juicio– la adquisición debería ser conectada, como hemos visto en Roca Sastre, con el contrato que, como elemento de tránsito, hace pasar el derecho del patrimonio del *dominus* no otorgante al del tercero adquirente, situando en la fecha del contrato el momento de la adquisición; con mayor razón, incluso, si se sostiene que en ella la decisiva y cualificadora intervención de la ley se ciñe a salvar el defecto de poder dispositivo del *tradens non dominus* mediante la legitimación registral del otorgante no dueño pero sí titular inscrito. Contaríamos así con un negocio transmisivo en sí mismo válido y con una legitimación dispositiva, registral y real, supletoria de la normal o directa, propia del dueño o titular. La adquisición se produciría en tal caso de acuerdo con el sistema del título y el modo. Pero ni así es posible entender lógicamente el mecanismo y el momento de la adquisición. No puede considerarse derivativa la que no ha sido otorgada por el *verus dominus*. La lógica exige aquí el engarce del origen *ex lege* de la adquisición con su carácter originario y, en consecuencia, la fijación del momento de su producción en el de la fecha de su inscripción; requisito, ésta –la inscripción–, el último de los que la ley exige para la adquisición, pero no posterior a la misma. La retroactividad de la inscripción a la fecha del asiento de presenta-

³⁷⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 623. Literalmente: «Una vez inscritos.–Sólo cuando el título posterior ha sido inscrito y desde que lo ha sido, tiene lugar este artículo. La Ley hipotecaria sólo considera los actos con relación a la inscripción: cuando ésta no se ha verificado, o al menos no se ha presentado el título para que se inscriba, quedan los actos y contratos dentro de sus condiciones naturales. No sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviese».

ción (art. 24 LH) no es una retroactividad sustantivamente nacida de la adquisición, ni proyectable a momento extra-registral alguno; es, por el contrario, una retroactividad de origen y justificación registral, exigida por el procedimiento en que se tiene que producir la toma de razón, y referible al momento del asiento que la provoca. Con el ingreso en los libros del Registro, y desde entonces, nace para el tercero la adquisición registral *a non domino*.

2. EN LAS OTRAS HIPÓTESIS ADQUISITIVAS

Hemos visto ya anteriormente (*supra* III, 1) las distintas hipótesis de protegibilidad registral del tercero adquirente en razón de la concreta inexactitud con que el Registro publique el derecho de su causante. Examinado ya el caso en que tal inexactitud consiste en publicar como dueño a quien no lo es, procede hacer ahora al menos una referencia a las restantes. En ellas no hay adquisición radical y completamente *a non domino*: ¿en qué se traduce entonces y cómo funciona la protección registral del tercero? Recordando que estas otras hipótesis se producen, *grosso modo*, cuando la publicidad registral no refleja la inestabilidad del derecho de quien aparece inscrito como titular (*aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro*, art. 34) o cuando no da noticia de las cargas o limitaciones del derecho inscrito (art. 13 LH), y ateniéndonos al orden seguido en el análisis de la adquisición registral plenamente *a non domino*, distinguiremos de nuevo:

a) ¿Verdadera adquisición o mera irreivindicabilidad?

La peculiaridad de los supuestos ahora en estudio obliga a modificar parcialmente los términos del interrogante. ¿Inmunidad –habría que decir– frente a las acciones resolutorias o rescisorias del derecho adquirido, o frente a la acción confesoria del titular del derecho real limitado de cuya existencia no daba noticia el Registro, o, más bien, verdadera y plena adquisición del derecho no completa y exactamente descrito en la inscripción merecedora de la confianza del tercero? Sigue valiendo aquí para responder la afirmación general de que la simple inmunidad frente a las acciones de que se trate sin el reconocimiento del resultado adquisitivo efectivo es un sin sentido³⁷⁷. La lógica del artículo 34 de la Ley

³⁷⁷ DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 466: «No tiene sentido pensar que el tercero ostenta una situación irreivindicable y que no ha adquirido definitivamente el derecho».

Hipotecaria exige más bien lo contrario. Porque para el tercero la información registral vale como exponente fiable de la realidad, porque lo publicado vale para él como cierto, el tercero adquiere el derecho inscrito en las condiciones de estabilidad y extensión con que el Registro lo publicaba. Y es justamente esa adquisición la que provoca el fracaso de las acciones resolutorias o confesorias tendentes a dejarla sin efecto o a limitarla.

La diferencia que en estas hipótesis se produce respecto a la anterior es que en ellas el milagro jurídico realizado por el principio de fe pública registral no consiste en la operación de una íntegra y completa adquisición *a non domino*, ya que el derecho que adquiere el tercero no inexistía radical y completamente en el *tradens*. En estos casos se adquiere sustancialmente *a domino*, pero la adquisición se realiza en condiciones de estabilidad o extensión que exceden las que, sin reflejo registral, realmente reunía en cabeza del titular inscrito. Es coherente y hasta obligado que en un sistema de transmisión causal y de inscripción no constitutiva sino meramente publicadora, el Registro proteja no sólo frente al radical defecto de titularidad sino también respecto a las condiciones que, en razón de su causa, lo inestabilizan, y respecto a las limitaciones y cargas que, existentes en la realidad aunque no inscritas, lo recortan y limitan.

b) *¿Adquisición negocial o ex lege?*

No salvando el principio de fe pública registral el defecto completo y total de titularidad sino tan sólo sus condiciones de estabilidad o las limitaciones de su contenido, es a estos aspectos a los que hay que circunscribir la pregunta. El *nemo dat quod non habet* no se refiere ahora a la sustancia del derecho transmitido sino al *quale* y al *quantum* del mismo. Se va a imponer, por ello, la distinción entre aspectos diferentes y la admisión del carácter mixto de la adquisición. *Nemo*, en efecto, *plus juris transferre potest quam ipse habet*. El *tradens* tiene, en este caso, el derecho que transmite; pero no lo tiene tan firme y completo como el tercero que se atiene al Registro cree que lo tiene. Es en estos aspectos donde el mecanismo de la transmisión negocial o voluntaria deberá ser complementado por la ley. Sin necesidad de la intervención complementadora de la ley podrá el tercero adquirir negocialmente del dueño el derecho que éste tenía en la cosa; pero para adquirirlo en las condiciones de estabilidad y extensión con que el Registro lo publicaba será preciso que, a través del principio de fe pública registral, la ley mejore o complete las circunstancias de estabilidad y extensión en

que el dueño podía transmitirlo. Sólo en estos aspectos su adquisición necesitará descansar en el mecanismo legal extraordinario o especial del principio de fe pública registral. En el resto se le podrá entender sustentado por el funcionamiento ordinario de la adquisición negocial o por título y modo. Para adquirir en lo sustancial el derecho transmitido no necesita el tercero el milagro jurídico de la fe pública registral.

c) *¿Originaria o derivativa?*

Por esta misma razón y en estas mismas hipótesis, la adquisición del tercero deberá ser calificada en parte como derivativa y en parte como originaria. Hasta allí donde alcanzan las condiciones de titularidad de *tradens*, la adquisición del tercero será derivativa; más allá deberá ser considerada como originaria. El tercero adquirente no podrá derivar de su causante unas condiciones de estabilidad y extensión en el derecho adquirido que excedan las que éste tenía en el transmitente. El milagro por el que quien confió en la exactitud del Registro es mantenido en su adquisición *como si* el Registro efectivamente fuera fiel reflejo de la realidad deberá, pues, limitarse a estas condiciones. Son ellas las que, excediendo el derecho del *tradens*, no podrán ser transmitidas por éste. Si efectivamente las obtiene el tercero será por efecto de la intervención sanadora de la ley que le permite adquirir *plus juris quam dominus habebat*. En el límite, en cambio, de sus condiciones de estabilidad y extensión, el dueño podrá hacer derivar al adquirente su propio derecho.

d) *Momento de la adquisición*

Lo que hasta ahora podría parecer una distinción puramente conceptual se nos manifestará en la contundencia de su efectiva realidad cuando referimos la anterior distinción al momento en que la fe pública desencadena su efecto sanante en favor del tercero adquirente. Mientras éste no inscriba su adquisición, aunque haya realmente adquirido, lo habrá hecho en los estrictos límites a que estaba y continúa sujeto el derecho que fue de su transmitente. Es que hasta entonces sólo recibió de él lo que el mismo *tradens* podía transmitir y el adquirente obtener por medio del mecanismo transmisivo de la adquisición negocial derivativa. A partir de ella el adquirente será dueño, pero con titularidad tan inestable y recortada como la del dueño transmitente. Será sólo a partir de la inscripción cuando dicha titularidad adquiera en Derecho la firmeza y

extensión con que la publicaba el Registro. La posibilidad de anulación o resolución del derecho del transmitente cuya causa no aparecía inscrita, no podrá perjudicar al derecho del tercero que, desconociéndolas, inscriba su adquisición; y lo mismo vale, obviamente, decir de la limitación o el gravamen que lo recortaba o sujetaba. La distinción, pues, acerca de la naturaleza y caracteres de la adquisición del tercero beneficiado por la fe pública registral se nos revela ahora en su verdadera dimensión: más que constituir la sutileza de una disquisición teórica o de una distinción meramente lógica o conceptual, consiste en la realidad de dos formas de adquirir, cada una de ellas con diferente contenido y efectividad real.

3. REINTEGRACIÓN DEL TITULAR SACRIFICADO A LA PROTECCIÓN DEL TERCERO ADQUIRENTE

Se desenfocan algo las cosas –nos parece– cuando se recurre a la figura de la expropiación para indicar o describir el efecto protector del principio de fe pública registral³⁷⁸; y no se apunta con acierto cuando se sugiere su inconstitucionalidad por imponerla la ley en él sin su correspondiente y complementaria secuela indemnizatoria³⁷⁹. La expropiación es concepto que hoy remite a la técnica del Derecho Público, mientras que el desplazamiento de la propiedad provocado por la adquisición registral *a non domino* se mantiene rigurosamente en terrenos del Derecho Privado, no menos que el que se puede seguir del mecanismo de la accesión, cuya consumación, por cierto, y al igual que ocurre en el juego del principio de fe pública, no se consagra en la ley sin el complemento de los expedientes reintegradores que, en función de sus distintas modalidades o circunstancias, procedan. Reduciendo las cosas a su supuesto arquetípico, la adquisición registral *a non domino* implica, ciertamente, el sacrificio del *verus dominus*; pero el menoscabo padecido por éste, valdrá al mismo como título o causa para su justa reintegración³⁸⁰.

³⁷⁸ Lo hacen, e. c., GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)*, Madrid, 1924, p. 219; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 212; Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 465.

³⁷⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, p. 138: «Por otra parte, el principio es en sí de dudosa constitucionalidad, pues el propietario real (material) de la finca es expropiado sin indemnización».

³⁸⁰ Tenemos que discrepar, por ello, de la crítica formulada por DE CASSO ROMERO, Ignacio, *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª ed. revisada, ampliada y actualizada, Madrid, 1951, p. 173, al modo en que nuestro ordenamiento consagra el principio –«presupuesto», en su terminología– de fe pública: «Debe notarse también –dice– que el presupuesto de “fides publica”, como presunción *juris et de jure*, a favor del tercero, sin el contrapeso de la indemnización asegurada, *en todo caso*, para el perjudicado, puede

Dos sistemas de organización y logro de tal reintegración nos depara el Derecho comparado. En los ordenamientos de inspiración germánica –sin perjuicio de que llegue a alcanzar a los particulares– se la pone directamente a cargo del Estado³⁸¹: el mal funcionamiento del Registro, provocador de su inexactitud, compromete su responsabilidad. En los latinos, por el contrario, corre exclusivamente de cuenta de los particulares³⁸². Aunque para el nuestro y en nuestra doctrina no falten partidarios del primer sistema³⁸³, creemos que al mismo se aviene mejor el segundo. El carácter no constitutivo y voluntario que en él se atribuye a la inscripción registral traerá como normal consecuencia que la inexactitud registral consista en la mayoría de los casos en la falta de inscripción del derecho efectivamente existente en la realidad extra-registral; y en ella, obviamente, habrá mucho más de incuria del titular que no inscribe que de mal funcionamiento del Registro. Los supuestos –aunque no imposibles, sí, desde luego, mucho

implicar injusticia. Ésta debe siempre evitarse, ya que por encima de la llamada *seguridad jurídica*, a favor de tercero, se halla siempre la misión peculiar del Derecho, que consiste en realizar la justicia» (cvas. del a.).

³⁸¹ Cfr., por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 779, texto y nota 1. Con todo, para el Derecho alemán y en cuanto a la implicación de los particulares en la reintegración del *verus dominus*, vid. § 816 (1) BGB: «Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlagten verpflichtet [...]». Para el Derecho suizo, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 645: «L'ayant droit lésé ne dispose que de moyens de nature obligationnelle pour se faire dédommager. Le cas échéant, il pourra exercer l'action en responsabilité contre le canton en raison d'un acte de mauvaise gestion du conservateur du registre foncier (art. 955 [...]). Il pourra songer à rechercher l'auteur de l'acte de disposition qui a procuré l'avantage juridique au tiers de bonne foi. Il est possible qu'il soit engagé dans des liens contractuels avec se disposant. Sinon, il pourra éventuellement exercer contre lui l'action en dommages-intérêts de l'art. 41 CO. Si le disposant a reçu une contre-prestation, il peut être exposé à l'action pour enrichissement illégitime».

³⁸² Incluso cuando la inexactitud registral provocadora de la confianza del tercero sea imputable al Registrador. Cfr., sobre ello, en Francia, MALAURIE-AYNÈS, *op. cit.*, p. 236: «[...] En contrepartie, la responsabilité civile du conservateur est personnelle – l'Etat ne se substitue pas à lui–; elle relève de l'article 2197, et son appréciation est confiée aux tribunaux de l'ordre judiciaire»; en Italia, FERRI, *op. cit.*, p. 342: «Di fronte al privato danneggiato risponde il conservatore personalmente e non la pubblica amministrazione di cui pure è organo. La pubbl. amm. non risponde, nè in via diretta, nè in via sussidiaria».

³⁸³ Vid., DE CASSO, *op. cit.*, p. 200: «Si bien esta inexactitud registral puede producir daño o despojo, será sacrificado el que los sufra, en aras de la *seguridad* del tráfico, bien por su negligencia en inscribir o por otras causas. El remedio debe buscarse en la *indemnización estatal*, como se hace, según se ha dicho, en los sistemas registrales bien organizados (alemán, suizo, australiano)» [cvas. del a.]; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 645: «Lo único que puede estimarse vulnerable en nuestro sistema, es que en estos casos de falsedad del título inscrito (o de falsificación de la inscripción del transferente), el Estado no *indemnice supletoriamente* al perjudicado por la falsedad o falsificación, en la medida en que no pudiera el mismo resarcirse por efecto de la medida que establece el artículo 37, párrafo último, de la ley Hipotecaria, pues se trata de un siniestro producto del mecanismo registral del que el Estado se vale para proteger el interés general o colectivo del tráfico jurídico-inmobiliario y del crédito territorial y, por tanto, es justo que él, como representante de los intereses generales del país, coadyuve subsidiariamente a reparar un fallo técnico del mecanismo registral, del que se sirve para su función de desarrollo de la economía de la nación».

menos frecuentes— de inexactitud imputable al Registrador o al Notario pueden quedar suficientemente cubiertos mediante la responsabilidad de éstos (arts. 299 LH, 23 LN y 146 RN), asegurada además, como se sabe, mediante el sistema de fianza obligatoria legalmente impuesta a estos profesionales para el desempeño de sus funciones. Así concebido, nuestro sistema viene funcionando satisfactoriamente, sin que nada haga sentir, de hecho, la necesidad de cambiarlo por el contrario³⁸⁴; el cual, por otra parte, se avendría mal con la finalidad y naturaleza exquisitamente civil pretendida para el Registro de la Propiedad en nuestro Derecho³⁸⁵.

Ahora bien, admitido y explicado el sistema legalmente adoptado entre nosotros para la reintegración del titular sacrificado a la protección del tercero, lo que no puede negarse es el laconismo de nuestra Ley Hipotecaria al consagrarlo. La doctrina, a veces, no detecta más alusión en ella a este punto que la referencia contenida en el último párrafo del artículo 37 a las acciones personales que, por efecto de la imposibilidad de dirigir contra el tercero protegido la resolutoria, revocatoria o rescisoria, se podrán ejercitar entre las partes³⁸⁶. En realidad, no es ésta la única norma dedicada por la Ley Hipotecaria a la reintegración del titular que padece la pérdida de su derecho a consecuencia de la protección del tercero hipotecario; alguna otra hay, como veremos, entre las que se dedican a la responsabilidad de los Registradores (arts. 296 ss). De todos modos, es cierto que la Ley se muestra parca en la materia; aunque con una parquedad justificada en el parecer de sus autores y efectivamente inocua para el tratamiento del problema. Justificada, en efecto, porque, como indicaba Gómez de la Serna, es lo que se aviene a la específica vocación de la Ley Hipotecaria: «La Ley Hipotecaria —decía— se limita a la fijación del derecho real, y de ningún modo hace alteración en las acciones personales, circunscribiéndose sólo a declararlas subsistentes para evitar las malas interpretaciones a que podría dar lugar su silencio»³⁸⁷. E inocua en el tratamiento del

³⁸⁴ Así, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 411: «La responsabilidad del Estado puede afirmarse que no es sentida en nuestra Patria y sería inútil establecer un sistema sin ambiente y sin responder a una necesidad real, aunque lo hayan establecido algunas legislaciones comparadas».

³⁸⁵ Cfr. E. M. 1861, p. 236: «No es esta la opinión de la Comisión: sin negar que los registros de la propiedad y de las hipotecas puedan y deban venir en auxilio de la Administración en las arduas tareas que, para beneficio público le están encomendadas, cree que esto debe entenderse sin detrimento de los principios de justicia y sin desnaturalizar los registros, distrayéndolos de su verdadero objeto que es mejorar las condiciones de la propiedad inmueble, asegurar el crédito territorial, y poner coto a fraudulentos engaños. Salir de este terreno, considerar los registros principalmente como un censo de la riqueza inmueble, dar intervención directa en ellos a la Administración, conduce irremediablemente a desconocer su carácter social, económico y civil, y a sacrificar lo principal a lo accesorio».

³⁸⁶ *Vid.*, Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 469.

³⁸⁷ SERNA, *op. cit.*, pp. 670-671.

problema, porque, a pesar de ella, doctrina y jurisprudencia no han dudado en sostener el derecho a la reintegración del titular sacrificado de acuerdo con los principios generales del sistema; más concretamente, mediante la acción de enriquecimiento injusto y, en su caso, la de indemnización de daños y perjuicios³⁸⁸. En un plano más general, con todo, el artículo 594.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha venido hoy a suplir el laconismo de la Ley Hipotecaria y a refrendar su integración por la doctrina: la adquisición del tercero de buena fe se produce sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto que asisten al que era verdadero titular de la cosa que le es ya irreivindicable. De acuerdo con ello, pues, dicho titular dispondrá, *siempre*, de la acción de enriquecimiento mediante la cual podrá reclamar del *tradens non dominus* lo percibido a cambio de ella como precio³⁸⁹. Si, como

³⁸⁸ Por todos, en nuestra doctrina, DÍEZ-PICAZO, *op. et loc. ant. cit.*: «La Ley Hipotecaria no determina cuáles son las consecuencias que de ello deben derivar, pero se deducen de los principios generales del sistema. Si el disponente *non dominus*, aunque titular registral, actuó con dolo o mala fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puede haber incurrido, deberá resarcir al verdadero titular extrarregistral el daño o perjuicio que le cause, puesto que se lo causa por culpa. Si el disponente *non dominus*, aunque registral, actuó sin culpa ni negligencia, no por eso el *verus dominus* se ve desprovisto de acción, puesto que la hipótesis es, dado el carácter oneroso del negocio, un supuesto de enriquecimiento sin causa, en el que el disponente resulta enriquecido y el *verus dominus* empobrecido»; en la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 645: «L'ayant droit lésé ne dispose que de moyens de nature obligationnelle pour se faire dédommager. Le cas échéant, il pourra exercer l'action en responsabilité [...]». Si le disposant a reçu une contre-prestation, il peut être exposé à l'action pour enrichissement illégitime». En la jurisprudencia, SSTS de 4 de marzo de 1988: «[...] quedando a salvo los derechos de orden personal del primer adquirente burlado en la adquisición de la propiedad que se había propuesto, contra el vendedor, que habrá en su día de responder según las circunstancias concretas en que se haya producido esa eventualidad [...]», y 5 de marzo de 2007: «[...] y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor [...]».

³⁸⁹ Es la prevista para el Derecho alemán en el § 816 BGB. Sobre su procedencia en el nuestro, *vid.* SSTS de 3 de julio de 1981, aunque entremezclando la idea del enriquecimiento con la de la responsabilidad aquiliana: «Que la misma suerte desestimatoria merece el motivo noveno [...] a causa de que la sentencia recurrida, en cuanto a dichos aspectos indemnizatorios, evidentemente parte del reconocimiento de un ilícito civil derivado de ventas de cosa ajena, determinantes de adquisiciones *a non domino* prevalentes en razón al principio de buena fe (*fides publica registral*), por existencia de terceros hipotecarios legalmente amparados en la adquisición, que al ser impeditivo de devolución por el vendedor [...] de la cosa indebidamente vendida por él a dichos terceros hipotecarios protegidos, conduce a la consiguiente declaración indemnizatoria a la que la resolución recurrida llega con indudable acierto, al imponerlo el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro, ya que ciertamente la citada vendedora [...] vería enriquecido su patrimonio con el precio obtenido de tales ventas [...]». Sin tal mezcolanza, la de 21 de marzo de 2006, en el caso de quien se aprovecha de la indebita cancelación de una anotación preventiva: «En el caso concurren los tres requisitos [exigidos por la jurisprudencia para aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto]; porque, no habiendo una previsión normativa que lo excluya, obtiene la devolución del aval, constituido como condición necesaria para que la reparcelación fuera aprobada; aval que debía haber ejecutado en beneficio de los titulares de las anotaciones de embargo, lo que no hizo al aprovecharse de la negligencia del Registrador, y un empobrecimiento correlativo de la actora, en tanto que ha venido a incrementar la masa pasiva de la quiebra en el importe que debió haber pagado dicha entidad, sin la garantía de la finca».

será la hipótesis –aunque no necesaria³⁹⁰– sí más frecuente, tal *tradens non dominus* actuó de mala fe, podrá, además, exigir del mismo la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Admitida, pues, la posibilidad de reintegración del titular sacrificado y la doble vía de su justificación, interesa ahora concretar algo más los supuestos y circunstancias que contribuyen a perfilar la legitimación activa y pasiva en las acciones tendentes a su reclamación.

Activamente legitimado estará –utilizando la expresión del artículo 40 LH– «el lesionado por el asiento inexacto», provocador del juego del principio de fe pública registral. Son muy varias las hipótesis encuadrables en esta indicación. Caben en ella tanto el que por falsificación del título inscrito pierde su derecho, como el que sufre este mismo efecto a consecuencia de no haberlo inscrito; el que se ve impedido de ejercitar la acción para reclamarlo y recuperarlo, por no constar en la inscripción la causa que permitiría la anulación o resolución del derecho del otorgante, como el que lo ve minorado por efecto de alguna carga o gravamen impuesta sobre él por el titular registral *non dominus*, o por la renuncia de éste a alguna servidumbre voluntaria constituida a favor del fundo; cabe igualmente el caso de quien como consecuencia de la cesión del crédito hipotecario tiene que seguir padeciendo sobre su finca la carga de una hipoteca ya extinguida pero no oportunamente cancelada (art. 144 LH)...³⁹¹.

El único problema que aquí puede plantearse es el de la legitimación del titular que, por no inscribir, provoca la inexactitud determinante de la protección del tercero y, *eo ipso*, la pérdida de su propio derecho. En nuestra doctrina, e invocando la autoridad de la Exposición de Motivos de 1861, lo niega Sanz Fernández: la incuria del titular que no inscribe hace recaer sobre él el perjuicio que la omisión de la inscripción pueda causarle³⁹². No es esto lo que se sigue de la invocada Exposición de Motivos ni del carácter no constitutivo ni obligatorio de la inscripción en nuestro siste-

³⁹⁰ Para la posibilidad de hipótesis de buena fe en el *tradens non dominus*, concretamente en el supuesto arquetípico de la doble venta, *vid.* RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, 1994, p. 121.

³⁹¹ Puede verse un esbozo de identificación y presentación de estas posibles hipótesis en SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 409-410, y en DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 644-645.

³⁹² SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. «En el primer caso [por no haber inscrito su título], el perjuicio recae directamente sobre el verdadero titular, que pierde su derecho sin posible repetición contra nadie. En este supuesto, que en nuestro derecho puede ser muy frecuente, por el sistema de voluntariedad de la inscripción, el fundamento de recaer sobre él el perjuicio lo puso de relieve la Exposición de Motivos de 1861 y es indiscutible: la incuria del propietario que no cuidó de salvaguardar debidamente sus derechos mediante la inscripción en el Registro. Todo propietario sabe, o debe saber [...], que no inscribiendo sus títulos puede verse privado de sus derechos; si aun así no inscribe, él sólo debe sufrir el perjuicio que se le ocasione por su negligencia».

ma³⁹³. Lo explicaron Cárdenas³⁹⁴ y De la Serna en términos que excluyen toda posibilidad de duda: la pérdida del derecho por efecto de su no inscripción –decía Gómez de la Serna³⁹⁵– «no debe impedir la acción personal para conseguir su completa indemnización del que con mala fe y faltando a deberes que no podía desconocer, le causa un perjuicio». Es que –de nuevo– «la Ley Hipotecaria se limita a la fijación del derecho real, y de ningún modo hace alteración en las acciones personales, circunscribiéndose a declararlas subsistentes para evitar las malas interpretaciones –la que ahora concretamente se refuta– a que podría dar lugar su silencio».

Pasivamente legitimado estará siempre el injustamente enriquecido por la operación en que se ampara al tercero adquirente de buena fe, y, además, habiendo culpa o dolo en la iniciativa de tal operación, el que en dicha forma la concierta y lleva a cabo. Al primero podrá reclamarse la reintegración de lo que, sin causa, le enriquece: el precio percibido por lo que no era suyo³⁹⁶. Al segundo, la indemnización del daño experimentado por consecuencia de su pérdida e irrecuperabilidad. Lo dicho, por su propia elementalidad y por remitir al tratamiento general sus respectivas materias, apenas necesita ahora ser minuciosa y detalladamente desarrollado. Nos limitamos, por tanto, a formular sobre ello las siguientes indicaciones:

Primera.—Que en ningún concepto, ni como injustamente enriquecido ni como causante de daño resarcible, podrá dirigirse aquí la acción contra el tercero protegido en su adquisición por el principio de fe pública registral³⁹⁷. La ley no puede quitarle con una mano lo que le entrega con otra. La onerosidad de su adquisición y

³⁹³ Para la libre voluntariedad de la inscripción y su carácter de condición o *carga* para la obtención de los efectos que de su práctica hace depender la ley, nos remitimos a lo dicho en «La inscripción en el Registro de la Propiedad...», ADC, 2001, pp. 49-70, esp., p. 68.

³⁹⁴ CÁRDENAS, *Vicios y defectos...*, cit., pp. 38-39: «Siendo esto así, lo que debe procurar la ley es que el perjuicio sea el menor posible, tanto en intensidad como en extensión; y esto se consigue dando efecto a la inscripción anterior sobre la posterior, sin perjuicio del derecho del adquirente engañado para reclamar la correspondiente indemnización [...]. Con estas precauciones, entre dos adquirentes de igual buena fe, se limita el daño al menos diligente, y se compensa con el resarcimiento y el proceso criminal contra el culpable».

³⁹⁵ SERNA, *op. cit.*, pp. 670-671.

³⁹⁶ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 779: «[...] Al que resulte beneficiado por consecuencia de la adquisición *a non domino*, la cual, en caso de haber procedido de buena fe, se tratará de una simple restitución de lo lucrado».

³⁹⁷ En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 645: «En aucun cas, l'ayant droit lésé ne peut s'en prendre au tiers de bonne foi avantagé; l'art. 973 constitue un trite d'acquisition suffisant pour le protéger contre des prétentions tirées du fait que le registre foncier n'est pas en accord avec la situation juridique véritable».

el necesario dato de su buena fe, le hacen inmune respecto a las acciones de que dispone el titular sacrificado³⁹⁸.

Segunda.—Que por efecto del requisito de la onerosidad de la adquisición del tercero protegido, su *causam dans*, el titular registral *non dominus*, estará siempre sometido a la acción de enriquecimiento injusto, mediante la cual podrá exigírsele la reintegración del precio percibido por lo que en realidad no era suyo³⁹⁹. A la misma acción quedará sujeto el titular de finca gravada con carga no inscrita, o indebidamente cancelada, que la venda como libre y por precio no minorado en razón de tal carga. En tal caso, obviamente, la acción de reintegración corresponderá al titular que padece la pérdida de la carga o del derecho real de que se trate o de la acción para reclamarlo, y su objeto quedará reducido a la parte del precio correspondiente al importe de este derecho y no descontada en el efectivamente pagado al vendedor⁴⁰⁰. El fundamento de la acción en estos casos es el lucro que el precio provoca, en todo o en parte, al vendedor no dueño que lo percibe, y, correlativamente con él, el empobrecimiento que causa al verdadero titular de la cosa vendida o de la carga o derecho real que lo grava o limita.

Tercera.—Que, con fundamento distinto, consistente en concreto en la obligación resarcitoria del que culpablemente causa daño a otro, podrá el titular sacrificado dirigir su pretensión contra quien le irroga o contribuye a irrogarle la pérdida de su derecho. Entran aquí tanto el titular registral que sabiéndose no dueño vende lo ajeno al tercero⁴⁰¹, como el Notario o el Registrador que provocan la defectuosa documentación del título inscribible o su inexacta

³⁹⁸ No lo niega JUÁREZ TORREJÓN, A., *Principio de fe pública registral versus tutela aquiliana de los titulares de derechos no inscritos sobre bienes inmuebles*, Madrid, 2005 (p. 104), quien, no obstante, sobre la base de una muy discutible interpretación del artículo 1473 CC, y excluyendo al segundo comprador que inscribe del ámbito de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria (p. 81), afirma (pp. 34-35) que en la doble venta «no existe ningún impedimento teórico ni práctico para que aquel sujeto [el comprador anterior] pueda dirigirse frente a este otro cuya situación prevalece sobre la del primero por la vía del artículo 1902 CC, siempre y cuando se den los presupuestos que tanto doctrina como jurisprudencia exigen para declarar la responsabilidad extracontractual, y que no corresponde ahora explicar».

³⁹⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 469.

⁴⁰⁰ Sería este vendedor, y no el tercero protegido, el «favorecido» al que se refiere el artículo 302 LH. En la STS de 21 de marzo de 2006 lo es el que «obtiene la devolución del aval, constituido como condición necesaria para que la reparcelación fuera aprobada; aval que debía haber ejecutado en beneficio de los titulares de las anotaciones de embargo, lo que no hizo al aprovecharse de la negligencia del Registrador [provocando] un empobrecimiento correlativo de la actora, en tanto que ha venido a incrementar la masa pasiva de la quiebra, en el importe que debió haber pagado dicha entidad, sin la garantía de la finca».

⁴⁰¹ Es la única y central indicación que al respecto hacen LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 213: «Por supuesto –dicen–, el adquirente o titular de mala fe que al enajenar a uno de buena fe crea el *tercero* y hace irrecuperable la finca por su verdadero titular, está obligado a indemnizar a éste (S de 3 de julio de 1981)» (cva. de los aa.).

inscripción⁴⁰². Los artículos 300, 301 y 302 de la Ley Hipotecaria establecen en este punto una desigual solidaridad entre la responsabilidad del Registrador causante de la inexactitud registral y la del particular que por consecuencia de ella resulta favorecido viéndose libre de alguna carga o limitación jurídico-real. Todo parece indicar que en tales preceptos no se diferencian como sería debido lo estrictamente reintegrador en razón del enriquecimiento injustamente experimentado y lo propiamente indemnizatorio del daño irrogado al titular que en aras de la protección del tercero tiene que padecer la pérdida de su derecho.

IV. DETERMINACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL Y EXCEPCIONES LEGALES A SU APLICACIÓN

Es habitual entre nosotros cerrar el tratamiento doctrinal del principio de fe pública haciendo referencia, más o menos detallada, al ámbito de su funcionamiento y a las excepciones que la ley impone a su aplicación⁴⁰³. Ahora bien, la observación general de esta materia permite detectar en ella significativas diferencias terminológicas que pueden implicar también diferencias más hondas o de fondo. Por solo destacar algunas: mientras Lacruz-Sancho engloban su estudio bajo la rúbrica «ámbito de la protección del Registro»⁴⁰⁴, Roca Sastre lo hace titulándolo: «excepciones a la aplicación de la fe pública registral»⁴⁰⁵. ¿Coincide propiamente la determinación del ámbito de la fe pública con el límite marcado a

⁴⁰² Referencias a esta responsabilidad de Notarios y Registradores, en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 780, y SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 410. En la más reciente jurisprudencia, y sobre la responsabilidad del Registrador, *vid.* la ya citada STS de 21 de marzo de 2006: «Es función propia del Registrador proteger el derecho inscrito, evitando que el titular registral pueda resultar perjudicado por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales, o por cancelación de alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos exigidos legalmente; y su desatención determina la obligación de responder de todos los daños y perjuicios que ocasione, conforme establece el artículo 296, núms. 2 y 4, en garantía del derecho que asiste al titular registral frente a un acuerdo que puede resultar perjudicial a sus intereses, por esta cancelación de las inscripciones y asientos, sin haberse extinguido el derecho en virtud del cual se practicó, y sin haberle dado conocimiento previo del mismo al objeto de prestar su conformidad, bien de forma voluntaria, bien a través de un proceso judicial, en que pudiera ser oído, pues una cosa es que la cancelación venga ordenada por Ley [...] y otra distinta que terceros ajenos a la reparcelación puedan verse afectados por la cancelación automática e irresponsable de unas anotaciones de embargo incompatibles con el planeamiento en el marco de una acción urbanística».

⁴⁰³ DÍEZ-PICAZO constituye aquí la excepción al omitir este capítulo en las páginas dedicadas a la fe pública registral: *op. cit.*, pp. 449-480.

⁴⁰⁴ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 193-209.

⁴⁰⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 784-827.

la misma por las excepciones a que la somete la ley, o, más bien, su ámbito se delimita por los requisitos impuestos generalmente a su juego por el artículo 34 LH y las excepciones se producen dentro de dicho ámbito cuando –a pesar de cumplirse tales requisitos– la ley excluye o impide su aplicación? Que la materia es resbaladiza, de suyo, y que los conceptos en su campo no llegan a ser fijados con nitidez salta a la vista cuando se observa que, a veces, en el mundo de las indicadas excepciones se distingue entre excepciones impropias y verdaderas excepciones⁴⁰⁶, o que, recortado el campo de las excepciones, se pasa a tratar de exclusiones de la fe pública registral y de excepciones a la misma⁴⁰⁷. He aquí ya una primera causa de inicial perplejidad cuando se encara el estudio de esta materia. Y no es la única. Los supuestos que en ella se tratan –llámense como se les llame–: ¿afectan al funcionamiento del principio de fe pública o se refieren más bien al de inoponibilidad?; ¿limitan la aplicación del artículo 34 LH o la del 32⁴⁰⁸? Aparece ahora involucrado en este punto el omnipresente problema del monismo o dualismo hipotecario. Diferencias de preceptos y de enfoques, en definitiva, que enturbian su tratamiento pero que no deben impedirnos entrar en él prestándole la atención que merece.

Lo haremos a continuación ateniéndonos a las siguientes pautas: distinguiendo entre determinaciones en la aplicación de la fe pública registral y excepciones a la misma; partiendo del moderado dualismo de nuestro sistema hipotecario que, como sabemos, impone la consideración autónoma de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria e impide, por ello, su explicación como los aspectos negativo y positivo de una misma norma; recordando y comprobando aquí realizada la ya advertida indicación de que cuando la doctrina de la protección de la apariencia –inspiradora, indudablemente, del principio de fe pública registral– se particulariza en un concreto supuesto institucional, objeto él en sí mismo de regulación desarrollada y completa, es posible que, justificado o impuestos por razones particulares, terminen por consagrarse en él parciales desviaciones o correcciones de lo que se seguiría de aquella misma doctrina cuando en ella la apariencia jurídica se imagina abstractamente y encarnada o verificada, en bruto, en su mínimo natural y objetivamente constitutivo⁴⁰⁹. Sobre estas bases trataremos, pues, de examinar los tópicos que, en una u otra forma, la

⁴⁰⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 606-611.

⁴⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 393-477.

⁴⁰⁸ *Vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 209-226, donde se estudian como excepciones al principio de inoponibilidad (art. 32) muchas de las que la común doctrina trata como excepciones al de fe pública registral (art. 34 LH).

⁴⁰⁹ Lo expusimos así en «El principio de fe pública registral (I)», *ADC*, 2006, cit., pp. 534-545.

doctrina suele traer a este lugar; y lo haremos con propósito de brevedad, intentando tan solo abocetar el tratamiento de cada uno de ellos en lo que precisamente tienen de determinación o excepción al principio de fe pública. Estaría fuera de lugar entrar aquí a fondo en algunos de ellos, concretamente en los que merecen y de hecho han sido objeto de tratamiento monográfico.

1. DETERMINACIONES ULTERIORES ACERCA DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

- a) *La fe pública registral actúa sobre el soporte del íntegro folio abierto a la finca, no sólo desde la última inscripción en él practicada*

Así viene enseñándolo invariablemente la doctrina⁴¹⁰ y aplicándolo la jurisprudencia, cuya única sentencia discrepante –la de 31 de mayo de 1955– con escaso eco entre los autores, ha sido entre ellos objeto de igual crítica negativa⁴¹¹.

Decir que la fe pública actúa desde la totalidad del folio real significa para nuestro Derecho tanto como afirmar que actúa sólo desde el folio, y que lo hace desde el íntegro folio. Sólo desde el folio, porque, a diferencia de lo que ocurre en los sistemas alemán y suizo, en el nuestro no es necesario el recurso añadido al complemento de los «documentos justificativos»⁴¹². El criterio del

⁴¹⁰ Por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Principio de Publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 589-591, y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 193.

⁴¹¹ *Vid.* CL. Jurisprudencia Civil, t. LI, núm. 59. En lo que aquí interesa: «... pero esta apreciación [...] carecen [sic] de fuerza y razón [...] por cuanto al figurar en el Registro inscrita a nombre de los transmitentes la parcela de terreno de la cual segregaron los adquirentes la parte que les fue vendida y que a aquéllos pertenecía, según el Registro, únicamente era exigible el examen del asiento de la inscripción última, a fin de conocer por él la relación jurídica entre el sujeto y el objeto, así como las cargas o gravámenes que le afectarán; y este conocimiento, unido al otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro, garantizaba suficientemente a los nuevos titulares, que debían ser salvaguardados y beneficiados por su condición de terceros, de cualquier defecto, error o modificación que en el título anterior existiera, al concurrir los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de adquirir ignorando el vicio de que adolecen los asientos del transferente». El problema en realidad se refiere a la equivocada consignación de elementos fácticos identificadores de la finca en los asientos precedentes. La referencia crítica doctrinal a esta sentencia puede verse en ROCA SASTRE y LACRUZ-SANCHO, respectivamente, *op. et loc. ant. cit.*

⁴¹² Para el sistema suizo, *vid.* DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 619: «La foi publique s'attache au *grand livre* et aux *documents complémentaires* (art. 942 al. 2), en tant que celui-là se réfère explicitement à ceux-ci, et seulement dans le cadre de l'inscription au *feuille*»; para el alemán, STAUDINGER-ERTL, *ad* § 874 BGB, Rz. 11. Sobre ello, en nuestra doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. et loc. ant. cit.*: «Nuestro sistema no admite las referencias a documentos con la amplitud de los Códigos alemán y suizo. En ambos el encasillado de los libros exige la extensión de brevísimos asientos o esquemáticas indicaciones, cuyo desenvolvimiento ha de buscarse en los documentos archivados»; SERRANO SERRANO, «El

numerus clausus y el rígido encasillamiento de la información registral de él derivado, imponen en estos Registros unos asientos tan quintaesenciados y escuetos que de ellos no puede obtener el tercero información suficiente sobre el derecho que se propone adquirir. La mayor amplitud de nuestra inscripción, en cambio, exigida por la admisión del *numerus apertus* de los derechos reales, permitirá reflejar en el asiento registral el derecho publicado en el propio perfil de sus concretas circunstancias. Basta, pues, el folio para ofrecer la base suficiente sobre la que poder apoyar el juego del principio de fe pública registral. Pero debe tratarse del íntegro folio, no sólo del último asiento practicado en el mismo, o, lo que sería igual, no sólo el asiento en el cual va a engarzar su derecho el tercero adquirente.

Se aviene bien esta doctrina al dictado del artículo 13 de la Ley Hipotecaria en el que la expresión «inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan» (los derechos reales limitados) hace obviamente referencia al folio registral; y a su luz debe entenderse la letra del artículo 34 cuando pone a salvo al tercero de las amenazas contra su derecho provenientes de causas «que no consten en el mismo Registro». Es razonable la reiterada observación jurisprudencial de que el no constar *en el mismo Registro* debe entenderse como equivalente a no constar en el folio real abierto a la finca en cuestión y no, desde luego, como indicadora de lo que en el conjunto de los libros del Registro pudiera encontrarse, «como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición»⁴¹³.

La anterior observación de la jurisprudencia, en lo que tiene de enjuiciamiento del problema desde el requisito de la buena fe del tercero, resulta cargada de razón e inobjetable: con todo, cabría oponerle que, seguramente, no es un problema de buena fe diligente lo que aquí se plantea, o, dicho de otro modo: que el problema del soporte registral del principio de fe pública no puede resolverse exclusiva ni principalmente desde el requisito de la buena fe. Ocurrir aquí –nos parece– algo similar a lo que vimos que se planteaba a propósito de la decepción de la confianza prestada a la certifica-

Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo», *Anales de la Universidad de Valladolid* 1933-1934, núm. 17, p. 70. Nosotros mismos nos hemos referido ya más ampliamente a este punto en «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...», *ADC*, 1994, II, pp. 54-81 y en «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», *ADC*, 1998, II, pp. esp., 450-456.

⁴¹³ Cfr. SSTS de 12 de junio de 2003 y 3 de marzo de 2005.

ción registral inexacta⁴¹⁴. De suyo, no sólo el tercero que investiga el íntegro folio relativo a la finca, sino hasta el que para conocer las cargas, condiciones y límites del derecho que se propone adquirir se atiene a lo que sobre el mismo publica el último asiento, actúa, ordinariamente al menos, en nuestro Derecho con la diligencia normalmente exigible en el tráfico. Conocido es que en toda inscripción deben necesariamente constar «las cargas y limitaciones de la finca o derecho», indicándose «brevemente las que consten inscritas o anotadas con referencia al asiento donde aparezcan» (arts. 51.7 y 52.1 LH). ¿Por qué, entonces, si esta constancia se omite; por qué si erróneamente el Registrador en lugar de ella afirma que la finca se encuentra libre de cargas, el tercero que a ello se atiene, lejos de ser protegido en su razonable confianza, ha de padecer los gravámenes y límites cuya existencia se le ha ocultado pero que efectivamente figuran inscritos y publicados en el folio⁴¹⁵?

El último fundamento de ello no puede residir sino en la combinación del principio sustantivo de la eficacia publicadora de los asientos registrales vigentes (art. 1.3 LH) con el principio adjetivo u organizador del folio real (art. 243 LH). Lo publicado en el folio abierto a la finca tiene que ser padecido por el tercero –incluso por el que por culpa del Registrador lo desconoce– porque el Registro no puede desamparar al titular que en él publicó su derecho, y porque ese mismo Registro no puede proteger al tercero contra lo que en él aparece publicado. El límite o carga anteriormente inscrito y después indebidamente no arrastrado o reproducido en las posteriores inscripciones constituye un error de concepto de los que, por resultar inmediatamente del propio Registro, puede ser rectificado por el Registrador sin necesidad de consentimiento de los titulares de derechos posteriores que forzosamente han de quedar afectados por el contenido de todos los asientos vigentes del folio real respectivo (art. 217 LH *a contrario sensu*)⁴¹⁶.

La nitidez y seguridad del criterio que acaba de exponerse podría quizá enturbiarse en los supuestos, nada infrecuentes, de desdoblamiento o desglose del folio real, o en el de unificación en un folio de lo que antes publicaba el Registro en folios distintos. Lo segundo ocurre en el caso de la agregación de fincas (cfr. art. 48 RH); lo primero, en los de división y segregación (arts. 46 y 47 RH) o en la apertura de folio propio a los diferentes pisos y locales de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal (art. 8.5 LH), a la cuota indivisa

⁴¹⁴ Cfr. nuestro anterior estudio «El Principio de fe pública registral (I)», cit., pp. 539-545.

⁴¹⁵ Para LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, (ed. 1968), tal constancia tiene valor meramente informativo.

⁴¹⁶ Cfr. STS de 28 de febrero de 1999 y R de 12 de julio de 2001.

de finca destinada a garaje o estacionamiento de vehículos (art. 68 RH), a los distintos departamentos de los edificios disfrutados en régimen de aprovechamiento por turnos o incluso a cada uno de los derechos recayentes sobre tales departamentos (arts. 6 y 14 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre). En casos como estos, ¿vale seguir diciendo que al tercero basta con atenerse exclusivamente al folio abierto a la finca o derecho que se propone adquirir, o habrá de tomarse en cuenta la esencial conexión y dependencia de dicho folio respecto al de su procedencia? La mecánica del Registro impone en estos casos que el folio desglosado dé noticia de su procedencia, y que en él se consignen las cargas que, por gravar a la finca matriz, gravan igualmente a las que de ella proceden. El desglose del folio en tal caso no impide la continuidad de la historia registral. Siendo ello así, nos parece fundado entender que el contenido tabular que puede perjudicar al tercero no es en tal caso sólo el que recoge el folio abierto al objeto preciso y único de su adquisición, sino también el que, dedicado a la finca íntegra donde se ubica y consignado en el folio correspondiente a la misma, puede publicar cargas y limitaciones que se extiendan a aquél. La jurisprudencia no parece ofrecer en este punto un criterio uniforme. Con carácter de *obiter dictum*, la sentencia de 28 de febrero de 1999 afirmó que «el Registro de una finca es un concepto amplio que abarca todos los asientos contenidos en su folio real, todo su historial jurídico (empezando por la inscripción primera o asiento inmatriculador) y que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz de la que proviene»; en cambio, para la de 27 de marzo de 1984 la fe pública registral «actúa [...] con la base que le presta la hoja registral y por tanto no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés».

b) *En beneficio del tercero, no en su perjuicio*

Así lo enseñan unánimemente los autores nacionales⁴¹⁷ y extranjeros⁴¹⁸. Y se comprende que así sea. La inscripción registral, ni siquiera en los sistemas que le atribuyen valor constitutivo, nunca llega a suplantar la realidad. Lo suyo es publicarla fielmente o, cuando ello no ocurre, provocar su apariencia fiable en interés de la seguridad del tráfico. Es ésta su finalidad la que exige y justifica la protección merecida por el tercero que actúa poniendo en ella su

⁴¹⁷ Por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, cit., p. 389; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 598; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), pp. 238-239.

⁴¹⁸ STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892, Rz 182: Die Fiktion des § 892 wirkt *nur* zugunsten *des Erwerbers*, nicht zu seinem Nachteil [...]; DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 642, nota 81: «Il n'y a pas d'effets *au détriment d'un tiers de bonne foi*» (cvas. de los aa.).

confianza. Queda, en cambio, fuera de la *ratio* del principio de fe pública que se imponga al tercero en su propio perjuicio lo que, sin fundamento en la realidad, el Registro publica. No lo justifican ni la inexistencia en la realidad de la carga inscrita, ni el valor, nunca absoluto, de la inscripción registral. Tampoco lo exige la llamada eficacia ofensiva de la inscripción, tendente siempre, como se sabe, a evitar que lo no inscrito «perjudique» al tercero que inscribe (en su formulación latina) o positivamente a «protegerle», manteniéndolo en su adquisición cuando ésta no se apoya en el presupuesto ordinario del *nemo plus juris...* En definitiva, pues, que el principio de fe pública registral se orienta y actúa *in favorem tertii*, no en su perjuicio o detrimento.

La consecuencia es clara: así como la carga realmente existente pero no inscrita no perjudica al tercero, que adquiere la cosa como libre, por el contrario, la carga o limitación realmente inexistente pero inscrita y como tal tenida por verdadera por el tercero, no impone a éste que, una vez descubierta su irrealidad, tenga que soportarla. En esta línea llegaba a decir don Jerónimo González que el adquirente puede invocar el contenido de una inscripción siempre que le sea más favorable que la verdadera situación jurídica, o esta situación cuando le sea más favorable que la inscripción⁴¹⁹. Quizá haya algo de exceso en el arbitrio así reconocido al tercero, máxime cuando en su elección pueden verse involucrados derechos ajenos. Baste la indicación de un caso para razonar nuestra reserva. Indebidamente inscrita una hipoteca realmente inexistente, y contando con su realidad, por razón de su inscripción, tanto el dueño de la finca que va a venderla como el tercero que se propone adquirirla, lo normal es que éste retenga o descuente en el precio de su adquisición el importe de la hipoteca (art. 118 LH). Descubierta la inexistencia de ésta, ciertamente, el principio de fe pública no impone al tercero adquirente tener que soportarla: la fe pública registral actúa en favor pero no en perjuicio del tercero hipotecario. Pero, ¿queda ahí todo el tratamiento jurídico del supuesto? ¿Podrá el tercero, sin más, hacer definitivamente suya la finca por el precio reducido mediante la reducción o el descuento, o podrá el vendedor reclamarle la totalidad del que se aviene a la condición, antes desconocida, de completa libertad de la finca transmitida? La solución en justicia del caso parece imponer esta segunda solución, y la técnica hipotecaria viene a su vez en su apoyo. El principio de fe pública actúa entre el titular de la carga indebidamente inscrita y el tercero adquirente de la finca, y para la relación entre ellos funda-

⁴¹⁹ *Op. et loc. ant. cit.*; lo reproduce y parece hacerlo suyo ROCA SASTRE, *op. et. loc. ant. cit.*

menta ciertamente que la ley no impone al tercero cargar con una hipoteca inexistente. Pero la relación entre el vendedor de la finca que inexactamente aparece gravada en el Registro y el comprador de la misma discurre fuera del cauce del aquel principio. Entre ellos se ha realizado un contrato viciado por error tanto acerca de la condición de la finca transmitida como, en razón de ella, sobre el precio a pagar por la misma. No hay, a nuestro juicio, razón alguna que impida que en tal caso se hagan valer *inter partes* las consecuencias del error de acuerdo con las normas generales previstas al respecto en el ordenamiento.

c) *Limitada a suplir exclusivamente el defecto o deficiencias de titularidad o poder dispositivo del transmitente*

Es ésta una matización también pacífica en la doctrina⁴²⁰ y coherente, en lo sustancial, con la finalidad aseguradora del Registro y el objeto de la publicidad inmobiliario registral. En razón de ella se excluye el juego protector del principio de fe pública respecto a los datos puramente fácticos y límites físicos de las fincas sobre las que recaen los derechos publicados, los derechos personales y las condiciones de capacidad del transmitente. Interesa hacer alguna observación sobre cada una de estas exclusiones.

En cuanto a la de los datos o elementos fácticos hay que convenir con la doctrina unánime⁴²¹ y con la jurisprudencia⁴²²: la fe pública no puede operar respecto a ellos el milagro que en favor del tercero realiza sobre lo que en las situaciones inmobiliarias es —en expresión de Roca Sastre— «sustancia jurídica»⁴²³. Contribuye desde luego a ello en nuestro Derecho el antiguo y tan denunciado fallo de la desconexión del Registro respecto a la realidad física de las fincas⁴²⁴, o el «defectuosísimo» modo legalmente previsto para

⁴²⁰ Cfr., e. c., ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 578; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 383; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 194; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 393.

⁴²¹ Por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 386-387; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 579; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 384-385; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 194; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 399-404.

⁴²² Baste la cita de las SSTs de 6 de junio de 1992, 6 y 7 de febrero y de 1998, 5 de febrero de 1999, 5 de abril de 2000 y 2 de octubre de 2006.

⁴²³ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 578: «Por tanto sólo lo que es sustancia jurídica inmobiliaria registrada cubre la fe pública registral y únicamente en ella es mantenida la adquisición del tercero protegido».

⁴²⁴ BERCOVITZ, Prólogo a *Legislación Hipotecaria*, ed. Tecnos, 1988, p. XVIII: «[...] es el momento adecuado para señalar algunos de los fallos que habría que tratar de subsanar, aun respetando los principios básicos de su regulación actual, que tan positivos resultados han proporcionado. Algunos de estos fallos no son nuevos, aunque su perduración los hace cada día más injustificables; otros proceden de nuevas realidades que no han sido debidamente asumidas. Entre los primeros hay que señalar [...] la desconexión del Registro con respecto a la realidad física de las fincas. Como expresión paradigmática de esa desconexión, la mera posibilidad (desgraciadamente, no sólo teórica) de que exista con

la descripción de las mismas⁴²⁵. Pero no puede hacerse radicar en este solo dato la exclusión de que tratamos. En Alemania y Suiza, más cuidadosas en estos aspectos, se la admite con igual unanimidad que entre nosotros⁴²⁶. Su decisiva e insuperable razón de ser⁴²⁷ radica –se ha dicho⁴²⁸– en la misma naturaleza de las cosas: la ley, como instancia ordenadora en Derecho, puede actuar y suplir en el mundo sometido a su acción normativa y conformadora; lo que no puede es crear una finca donde no la hay, o extender su superficie más allá de la comprendida en sus límites reales. Una única salvedad cabe añadir en esta materia: lo dicho vale cuando lo que se plantea es una cuestión directamente referida a los datos fácticos de la finca, no, en cambio, cuando a ellos se llega a través de un acto o negocio jurídico-real inmobiliario de cuya existencia pueda y deba dar noticia el Registro⁴²⁹.

respecto a una misma finca una doble inmatriculación resulta hoy en día escandalosa». Recientemente, sobre esta problemática, VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán, «Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro de la Propiedad», *Bol. Colegio de Registradores*, núm. 134, pp. 1027-1039.

⁴²⁵ Cossío, *op. cit.*, p. 206: «En el sistema español, dado el defectuosísimo e impreciso modo de realizarse la descripción de las fincas [...] no cabe duda de que de ninguna manera puede extenderse a tales supuestos la protección de la fe pública registral».

⁴²⁶ Para el Derecho alemán, en nuestra doctrina, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 387, «El Código Civil alemán garantiza únicamente el contenido propiamente jurídico (derechos y limitaciones en la facultad de disponer), pero no asegura que el inmueble exista, ni mucho menos que contenga los edificios y partes integrantes descritos en el asiento»; en la alemana, NUSSBAUM, A., *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán*, trad. W. Rocés y Preliminar por R. Atard, Madrid, 1929, p. 43: «Las noticias que da el Registro sobre cabida, situación, construcción y naturaleza de la finca no comparten, naturalmente, la eficacia de la fe pública; son datos puramente materiales, cuya falsedad no puede convalidarse por medio de una norma jurídica en favor de personas determinadas». Para el Derecho suizo, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 619: «C'est de cette façon que les plans font partie intégrante du registre foncier et font foi, aun sens de l'art. 973, des limites de l'article porté au feuillet, non pas d'éléments purement descriptifs qu'il peut comporter [...], ni même de l'indication chiffrée de la surface»; sobre ello, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO, «El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo», *AUV*, 1933, núm. 17, p. 42: «Los efectos de la fe pública en relación con los datos reales (*Liegenschaftsbeschreibungen*). Hay que distinguir entre los datos meramente descriptivos de los que individualizan la cosa; sólo estos últimos gozan de la protección de la fe pública. Los datos meramente descriptivos no gozan de esta protección, porque ésta consiste en dar por existente, por medio de una ficción, lo que en realidad no existía; el legislador no puede, por la sola fuerza de la ley, cambiar un bosque en una pradera, fingir un edificio donde antes no lo había, etc. La superficie indicada no goza de la protección [...] y así un tercero de buena fe no podrá prevalecerse de la adquisición de una superficie determinada, si la cabida estaba equivocada en el Registro».

⁴²⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 604, nota 23, apunta otra de carácter técnico: «[...] el tercero adquiere su derecho con el contenido que corresponda no a los datos registrales sino a las verdaderas circunstancias fácticas que, como tales, son de conocimiento inexcusable».

⁴²⁸ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 580; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 384.

⁴²⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 197: «En cuanto a la protección al adquirente de buena fe, la forma en que los límites llegan al Registro hace imposible un reconocimiento incondicionado de lo que los libros indican, salvo cuando se trate de negocios jurídicos de deslinde o equivalentes, o de manifestaciones hechas en su folio registral por el propietario limítrofe que debe ser perjudicado por ellas [...]». Por esta razón nos resulta problemático

También es comúnmente admitida en la doctrina, tanto española⁴³⁰ como extranjera⁴³¹, la exclusión de los derechos personales respecto al ámbito de actuación del principio de fe pública (arts. 98 LH y 9 RH⁴³²). Es lo coherente con la delimitación del objeto de la publicidad registral y con la finalidad del Registro como instrumento de seguridad del tráfico jurídico-real inmobiliario. Ahora bien, lo que así generalmente afirmado resulta patente, pasa a convertirse en discutible y polémico cuando se aplica a los derechos personales excepcionalmente admitidos a la publicidad del Registro. Es, principalmente, el caso de los arrendamientos inmobiliarios (art. 2.5.º LH). No faltan en nuestra doctrina quienes se manifiestan favorables a hacerlos entrar en el campo de juego del principio de fe pública registral⁴³³. Nosotros no lo entendemos así⁴³⁴. La finalidad de la inclusión de estos derechos entre los que el Registro publica no es asegurar al arrendatario la adquisición de su derecho sino permitirle oponerlo al tercero adquirente de la finca arrendada. Sosteniéndolo así mantenemos también para estos derechos la tesis general que los excluye del ámbito de irradiación del

el siguiente texto de la STS de 30 de noviembre de 1991: «Si bien los demandados no dieron vida registral al salón-comedor segregado –debiendo tenerse en cuenta la voluntariedad y no obligatoriedad de las inscripciones–, sí acreditaron ser los únicos y efectivos propietarios del mismo, como realidad extrarregistral probada, pues ni el Registro ni las escrituras públicas como medio de acceso a dicha oficina no pueden desvirtuar ni menos modificar la realidad extrarregistral (S de 27 de octubre de 1986), en cuanto se presenta como una existencia física y determinada [...]».

⁴³⁰ Por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 578; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 383 y 386-388.

⁴³¹ WEIRICH, H. A., *Grundstücksrecht*, 2. Aufl., 1996, p. 196, Rz 509: «§ 893 BGB gilt nur für dingliche Verfügungen, nicht für einen schuldrechtlichen Vertrag, den der Scheinberechtigte abschließt»; DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 630: «La foi publique ne profite pas à celui qui se fait promettre une prestation ou qui acquiert un droit personnel».

⁴³² Una reciente aplicación jurisprudencial del primero, en la STS 7-11-2006.

⁴³³ CASSO, *op. cit.*, p. 172; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 409-410; PAU PEDRÓN, *La protección del arrendamiento urbano*, 1995, pp. 109-118.

⁴³⁴ Excluyen la aplicación de la fe pública registral al arrendamiento inscrito, ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 585, «Los contratos de arrendamiento y de opción tienen acceso al Registro, pero a ellos no se extiende la fe pública del Registro, porque los efectos de su inscripción son los puramente negativos de ser oponibles a los sucesivos adquirentes del inmueble arrendado, los cuales se subrogarán en los contratos con la posición de arrendador»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 386: «Los derechos personales, aunque ingresen en él [en el Registro de la Propiedad], ya sea por inscripción, como el arrendamiento, ya por otro medio cualquiera, como la mención, no gozan de la protección de la fe pública»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 239: «[...] y en cuanto a los derechos de crédito sin garantía real, la finalidad que el legislador pretende alcanzar al permitir su acceso a los libros no es proteger a un tercer adquirente contra las causas de ineficacia o resolución que pudieran afectarles, sino contra el adquirente de la finca y el acreedor anotante. El derecho de crédito inscrito existe frente a los sucesivos propietarios de la finca que grava [...]». En la doctrina suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 630-631: «La foi publique ne profite pas à celui qui se fait promettre une prestation ou qui acquiert un droit personnel. Ainsi celui qui conclut un contrat de bail avec la personne indument inscrite comme propriétaire au registre foncier, et qui entre même en possession de l'immeuble loué ou affermé, n'a pas l'assurance d'être protégé dans ses droits de locataire ou de fermier».

principio de fe pública, pero no por ello hacemos inútil su llamada legal a la publicidad registral. De ella obtienen, en nuestro sistema dualista, la ventaja que, a través del principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, el Registro concede a los derechos que en él se publican⁴³⁵. Aparte ello, y en cuanto a la exclusión del juego de la fe pública en el funcionamiento de los derechos de carácter personal, conviene todavía añadir a modo de salvedad que una cosa es dicha exclusión cuando se trata del régimen de los derechos personales netos y autónomos, y otra la que está en juego cuando se trata de situaciones jurídicas secundarias (facultades, derechos potestativos) que, sin constituir derechos independientes de carácter netamente real o personal, se integran en la conformación del estatuto convencional (*numerus apertus*) de la propiedad inmobiliaria. ¿Actúa respecto de este contenido, a veces calificado como de naturaleza intermedia, el principio de fe pública? De pasada respondía afirmativamente a esta pregunta don Jerónimo González⁴³⁶. También Roca Sastre veía en la aplicación del principio de publicidad a estas figuras una función registral de afección complementaria al juego de la fe pública en los sistemas de exactitud del contenido del Registro⁴³⁷. A nuestro juicio, y supuesto que la no inscripción de estas facultades o situaciones secundarias sólo puede concebirse como un hueco u omisión en la completa descripción del derecho principal inscrito, hay que entender que, de nuevo en nuestro sistema dualista, el efecto de su no inscripción consiste en la protección del tercero adquirente respecto a la proyección de su juego. Si no están inscritas, no le perjudican, y, en consecuencia, tal tercero adquiere el derecho principal inscrito tal como el Registro lo publica. La facultad no inscrita es inoponible al tercero, pero no por efecto del principio autónomo de inoponibilidad sino como consecuencia de esa otra inoponibilidad que, embebida en el principio de fe pública registral, constituye su dimensión negativa⁴³⁸.

Por último, también en nuestra doctrina —en la extranjera no es posible otra cosa⁴³⁹— hay casi completa unanimidad en la afirma-

⁴³⁵ Hemos desarrollado y argumentado esta tesis en nuestros anteriores estudios «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», cit., pp. 595-632, y *El principio de inoponibilidad ...*, cit., pp. 501-513. A ellos tenemos que remitirnos en este lugar.

⁴³⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 385: «No se extiende la protección a los derechos personales, si bien [...] los pactos establecidos para la administración de la finca común, producen efectos contra los sucesores a título singular en la propiedad de la finca, en el crédito o en una cuota de un copartícipe». Manifiesta sus reservas al respecto, SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 387-388.

⁴³⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 297 y 305.

⁴³⁸ De nuevo debemos remitirnos a lo ya dicho en *El principio de inoponibilidad ...*, cit., pp. 488-490.

⁴³⁹ En sus respectivos sistemas legales la incapacidad no es materia inscribible. Sin problemas, por tanto, podrá mantener la doctrina que a la misma es ajeno el principio de fe

ción de que las circunstancias de capacidad del titular inscrito quedan al margen del campo de actuación del principio de fe pública registral⁴⁴⁰. Don Jerónimo González, el más apasionado e influyente crítico de la admisión de la capacidad a la publicidad del Registro de la Propiedad, consideraba, no obstante, tal exclusión sólo como dudosa⁴⁴¹, pero su opinión ha venido a imponerse y en la actualidad, repetimos, no hay quien interprete el sistema legal sino a través del filtro demoledor de su combativo pensamiento. La común doctrina niega hoy a las inscripciones de incapacidad (art. 2.4.º LH), o a la anotación preventiva de la demanda por la que se insta su declaración (art. 42.5.º LH) el valor sustantivo-registral connatural a estas formas de toma de razón y entiende que su finalidad y efectos quedan reducidos –publicidad-noticia, como si la incapacidad se publicara en un periódico⁴⁴²– al auxilio del Registrador en la práctica de su función calificadora y a impedir que puedan llegar al Registro los actos otorgados por el incapaz. Es evidente que no fue ésta la finalidad pretendida por la Ley Hipotecaria al hacer hueco entre la materia inscribible a la situación de capacidad del titular registral. Su Exposición de Motivos de 1861 no deja lugar a dudas: *Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos [...], es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido*⁴⁴³. Nuestro Registro de la Propiedad –«Registro de derechos e incapacida-

pública registral. Cfr., en la doctrina alemana, STAUDINGER-GURSKY, *ad* § 892 Rz 53, «Nicht von § 892 garantiert werden auch solche persönlichen Verhältnisse oder rechtlichen Eigenschaften des Eingetragenen, von deren Vorhandensein die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäft abhängt: Das Grundbuch gewährleistet also nicht die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen [...]»; en la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 635, nota 57: «Ainsi, l'art. 973 ne remédie pasa au défaut de l'exercice des droits civils [...]».

⁴⁴⁰ Tras la crítica de GONZÁLEZ MARTÍNEZ a la disposición de la Ley, sólo HERMIDA LINARES, «La inscripción de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad civil de las personas», *RCDI*, 1952, pp. 20-26 y 442-448, ha tratado de defender la protección registral contra la incapacidad del *tradens*. El común de la doctrina, pasando por encima de dato legal, la niega. Cfr. al respecto: ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 584-585; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 194; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 604, nota 25.

⁴⁴¹ *Vid.* GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Principio de publicidad», *Estudios...*, I, *cit.*, p. 386: «Dudosa se presenta en nuestro Derecho la aplicación de la *fides publica* registral a la capacidad del transferente».

⁴⁴² LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), p. 118: «El adquirente, pues, no recibe ningún beneficio de la falta de inscripción de la incapacidad: El asiento, para él, tiene sólo una eficacia *de facto*, de mera publicación (como si se hiciera en un periódico) [...]».

⁴⁴³ E. M., p. 243.

des»⁴⁴⁴— se propone deliberadamente blindar al adquirente contra el defecto oculto de incapacidad del transmitente, y ante la evidencia de este dato no puede ser legítima y acertada la interpretación que pretenda negar este efecto legal aduciendo su colisión con lo dispuesto en el artículo 33 LH. Tal precepto se entiende y explica perfectamente en la adquisición registral *a non domino*, pero no se le puede alegar como obstáculo legal a la sanación de una adquisición en la que lo deficiente es precisamente la capacidad del transmitente —causa por sí misma de anulabilidad—, en la que no se provoca inmediatamente un problema de tercero, y en la que, no obstante todo ello, la Ley Hipotecaria decide interponer su eficacia sanadora protegiendo a la contra-parte del incapaz, porque de otra forma su finalidad aseguradora no sería completa. Concedamos entonces que el mecanismo de la adquisición registral *a non domino*, a través del principio de fe pública registral (arts. 33 y 34 LH) o del de inoponibilidad cuando sea el caso (art. 32), no se aviene al blindaje del adquirente inmediato contra la incapacidad del *tradens*; pero por respeto a la Ley Hipotecaria y en obediencia a su mandato, reconozcamos que en nuestro sistema dualista la toma de razón de la incapacidad del titular inscrito está llamada a desencadenar el efecto registral que, en una u otra variante, provocan los asientos del Registro: aquí, concretamente, el de proteger al adquirente inmediato contra el defecto desconocido y oculto de capacidad del transmitente, y ello en aplicación del principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito⁴⁴⁵.

d) *Atemperada por la ostensibilidad natural de los derechos reales patentes*

Que la ostensibilidad natural de los derechos reales patentes interfiera atemperando el funcionamiento del principio de fe pública es pura aplicación y consecuencia de la *ratio essendi* de la teoría de la protección de la apariencia jurídica en su concreta plasmación registral o hipotecaria: «la realidad manifiesta de la vida —decía BÉRGAMO Llabrés⁴⁴⁶— se sobrepone a la apariencia formal del Registro». Así lo entendió nuestro legislador al dejar consignado en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 que no afectan a la exactitud del Registro aquellos derechos cuya registración no se

⁴⁴⁴ La expresión es de GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 221-222.

⁴⁴⁵ Tenemos que remitirnos de nuevo a nuestros anteriores trabajos *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 544-583 y *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 493-500, donde hemos desarrollado el tratamiento de esta materia.

⁴⁴⁶ BÉRGAMO, «La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», *I.C. Notarial*, Valencia, 1946, p. 233.

considera necesaria *por su intrínseca exteriorización*. No es una peculiaridad de nuestro Derecho⁴⁴⁷.

Este sobreponerse de la realidad ostensible a la publicidad del Registro, con la consiguiente negación de la protección registral contra ella aunque el derecho patente no haya sido inscrito, encuentra su más propio y exacto fundamento en el requisito de la buena fe⁴⁴⁸, siempre exigible al tercero hipotecario y que, como vimos en su momento, no consiste en el simple desconocimiento de la inexactitud registral sino que implica un ingrediente de diligencia que concretamente no se puede dar por cumplido cuando dicho tercero omite la inspección de la finca que se propone adquirir. Nunca es excusable el desconocimiento de lo ostensible y notorio⁴⁴⁹; lo que, en la consagrada expresión de la jurisprudencia, «hiere los sentidos»⁴⁵⁰. Así vista, la atemperación de la protección registral por la cognoscibilidad de lo patente, más que constituir una excepción al principio de fe pública⁴⁵¹ viene a consistir en una cabal consecuencia de su correcta y aquilatada aplicación⁴⁵².

Con todo, debe advertirse que en nuestra actual doctrina se vienen algunas veces manifestando ciertas reservas contra este recorte en el automatismo de la protección registral y propugnando su revisión⁴⁵³.

⁴⁴⁷ Cfr. para el derecho alemán, WOLFF, *op. cit.*, p. 278: «La fe pública del registro *no surte efecto* en algunos casos, a saber: 1. Ciertos casos, en los que la *simple vista* de una instalación notoria y contraria al registro se preste a hacer dudar de la confianza en aquél» (cvas. del a.); para el suizo, DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 640-641: «Dans le cas d'une servitude de l'ancien droit qui n'a pas été reportée dans les nouveaux documents, l'état des lieux, le tracé du chemin au plan, le long usage peuvent écarter la bonne foi de l'acquéreur de l'immeuble grevé».

⁴⁴⁸ «Como se verá oportunamente –dice SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 389, al referirse a este punto– éste es el fundamento de la teoría de la buena y mala fe hipotecaria». Contrario a esta fundamentación, NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, p. 230: «Examinando toda esta jurisprudencia [la relativa a la oponibilidad de los derechos reales patentes no inscritos] se puede [sic] apreciar dos cosas: primero, se centra el problema en los conceptos de publicidad y carga oculta, y no en el principio de buena fe. Segundo, no se trata de que el tercero, *de facto*, conozca e [sic] ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho, no pueda alegar ignorancia excusable (principio de publicidad). El Tribunal Supremo sigue el principio *de internis non judicat*».

⁴⁴⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 198: «Es el caso de las servidumbres aparentes, que por su visibilidad no pueden ser desconocidas por el tercero, [...] su ignorancia, aun real y verdadera, sería inexcusable».

⁴⁵⁰ Una relación de esta jurisprudencia puede verse, e. c., en ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 588, y GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁵¹ Como excepción «impropia» al principio de fe pública la trata PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 606-607; como excepción al principio de inoponibilidad, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 223-224.

⁴⁵² Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 346: «La doctrina expuesta no significa, sin embargo, una sustancial modificación de los principios hipotecarios. No se trata de otorgar eficacia contra terceros a un derecho real no inscrito, sino simplemente de destacar que la buena fe de los terceros es una exigencia necesaria para la protección por la fe pública del Registro».

⁴⁵³ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. et loc. ant. cit.*; TUR FAÜNDEZ, M.^a Nérida, *Los particulares efectos de la «apariencia» en el ámbito de las servidumbres*, 1999, y posteriormente en el comentario a la STS de 2 diciembre 2002, *CCJC*, núm. 61, pp. 321-330.

Se alega para ello el dictado del artículo 13 LH que se ocupa de señalar el lugar donde deben inscribirse las cargas y limitaciones del dominio, destacando específicamente entre ellas las servidumbres y sin distinguir entre las aparentes y las no aparentes; el 225 LH, a cuyo conocido tenor la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro; la frecuente imprecisión de la apariencia jurídica natural o directamente derivada del ejercicio del derecho, y la presunción de la buena fe hipotecaria establecida en el artículo 34. En nuestra opinión, estos argumentos no ofrecen base suficiente para apartarse de la mantenida y consolidada jurisprudencia que niega al tercero la posibilidad de considerarse protegido contra la servidumbre no inscrita cuando ésta, por ser continua y aparente, se manifiesta por signos ostensibles, permanentes y exteriorizados que pregonan de forma indubitada su existencia⁴⁵⁴. Es esta misma jurisprudencia la que niega valor absoluto al artículo 13 en cuanto a la necesidad de inscripción de las servidumbre que, en la expresión del Código Civil (art. 533, II) *se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores* que revelan su uso y aprovechamiento. Con razón, porque respecto a ellas es imposible la alegación de desconocimiento inculpable; porque el objeto del artículo 13 no es imponer la inscripción de estas servidumbres, ni en general la de las cargas y limitaciones del dominio –ni siquiera como absoluta condición de oponibilidad⁴⁵⁵– sino indicar el lugar donde dicha inscripción debe practicarse. Tampoco es argumento suficiente el artículo 225, porque –por decirlo con palabras de Gómez de la Serna que nos sirven para rebatir también el argumento derivado de la presunción legal de la buena fe del tercero– *la ficción de la Ley que supone que el tercero ignora lo que no consta en el Registro no puede ir tan allá que se ponga contra la verdad demostrada de las cosas*⁴⁵⁶. El criterio, pues, expresado en la Exposición de Motivos de 1944, sostenido por la jurisprudencia y compartido por la común doctrina, permanece incólume, a nuestro juicio: contra los derechos reales patentes, aunque no inscritos, no protege al tercero el principio de fe pública registral. Lo que sí

⁴⁵⁴ Vid. SSTS de 21 de febrero de 1990, 20 de mayo de 1992 y 15 de marzo de 1993.

⁴⁵⁵ Todas las cargas y servidumbres, con independencia de que éstas sean aparentes o no aparentes, serán oponibles a terceros si, aun no inscritas, les son efectivamente conocidas. Cfr. STS de 15 de marzo de 1993: «El precepto en que se ampara el motivo [el art. 13 LH] y a cuyo tenor las servidumbres no inscritas en el Registro no pueden producir efectos contra terceros, ha sido interpretado por esta Sala en el recto sentido de desposeerlo de imperatividad absoluta y terminante, ya que aunque tal gravamen real carezca de constancia registral, cuando el tercero conoce su existencia, bien por su carácter permanente, como sucede en el caso de autos, o bien por haberse acreditado por otros medios, no puede ampararse dicho tercero en tal falta de inscripción expresa (SS de 8 de mayo de 1947 y 20 de mayo de 1992)».

⁴⁵⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 600.

puede sostenerse es que en su aplicación debe siempre procederse con prudencia y con la atención muy puesta en las concretas circunstancias del caso. No siempre los que se aducen como signo ostensible del derecho que a su vista se propugna como patente, efectivamente lo son⁴⁵⁷, y en tal caso no es que el principio se vea desmentido. Es, simplemente, que no se produce el presupuesto de su aplicación.

e) *Subordinada a la configuración legal objetiva del dominio inmobiliario en sus distintas modalidades*

En el tratamiento doctrinal, las limitaciones legales del dominio aparecen a veces conjuntamente con los derechos reales patentes formando capítulo unitario, al menos unificado, en el estudio de los límites o modulaciones del funcionamiento del principio de fe pública⁴⁵⁸. Nosotros preferimos tratarlas separadamente para así destacar la distinta *ratio* por la que aquellas limitaciones y estos derechos quedan al margen del juego de tal principio. Que las limitaciones legales del dominio, al igual que los derechos reales patentes, quedan, en efecto, al margen de la fe pública registral es cosa expresamente declarada por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944⁴⁵⁹ y admitida pacíficamente por la doctrina de los autores sobre la base, principalmente, de los artículos 26.1 y 37.3 de la Ley Hipotecaria y –hasta su nueva redacción por obra del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre⁴⁶⁰–

⁴⁵⁷ Es lo que ocurre en el caso resuelto por la STS de 18 noviembre 2003: «... la jurisprudencia de esta Sala es inequívoca al declarar que la protección registral del adquirente de la finca gravada con una servidumbre no inscrita cede cuando ésta se manifiesta al exterior, pero también al exigir que tal manifestación lo sea mediante signos ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados (Sentencias de 15 de marzo de 1993, que cita las de 17 de mayo de 1927, 5 de abril de 1986 y 21 de diciembre de 1990) o por signos ostensibles o manifiestos e indubitados (Sentencia de 23 de marzo de 2001, que cita otras muchas, desde la de 2 de marzo de 1902 hasta la de 15 de marzo de 1993). Pues bien, al proyectar la reseñada doctrina de esta Sala sobre los motivos examinados resulta la procedencia de su estimación porque [...] si bien existía un signo exterior de manifestación de la servidumbre litigiosa mediante la tubería que desembocaba en una arqueta propiedad de la comunidad actora-reconvenida, en modo alguno cabe calificar este signo de ostensible o manifiesto e indubitado, ya que una tubería por el techo del garaje que va a parar a una arqueta es fácilmente identificable o puede confundirse con todas la demás tuberías del edificio de la actora-reconvenida que, con idéntico o similar trazado o configuración, acaban en ese mismo punto».

⁴⁵⁸ *Vid.*, e. c., COSSÍO, *op. cit.*, pp. 206-207; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pp. 198-200.

⁴⁵⁹ «No obstante, fieles a la concepción social aludida y consecuentes, además, con básicos principios de la moderna ciencia jurídica, se excluyen de la fe pública registral las limitaciones legales de la propiedad».

⁴⁶⁰ En su redacción de 1947 decía: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, quedan exceptuados de inscripción: [...] Tercero: Las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal; [...]». A la desaparición normativa de esta excepción se adelantó la Resolución de 19 de septiembre de 1994: «Constituida sobre

del artículo 5.3 del Reglamento Hipotecario⁴⁶¹. Pero, ¿por qué razón unas y otros no necesitan someterse al principio de fe pública? Los derechos reales patentes, acabamos de verlo, porque gozan por sí mismos de una ostensibilidad natural que, sin necesidad de publicidad registral, impide alegar su desconocimiento de buena fe. ¿Y las limitaciones legales del dominio? Son dos las razones que –a veces entrelazadas– suelen proponerse: una, generalmente más destacada, porque gozan de la publicidad de la ley que, al igual que la natural de los derechos patentes, haría innecesaria la publicidad registral⁴⁶²; y otra, porque tales limitaciones vendrían impuestas coactivamente por la ley que las establece con una imperatividad que actúa con completa independencia de quienes puedan ser en el orden de lo subjetivo y personal los sujetos de los derechos a que afectan⁴⁶³. Esta segunda razón nos parece más convincente:

un inmueble urbano de propiedad privada una “servidumbre de uso público para el paso de personas”, el Registrador deniega la inscripción, en primer lugar, porque la impide el artículo 5.3 del Reglamento Hipotecario, según el cual quedan exceptuadas de la inscripción “las servidumbres impuestas por la ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal”. Esta exclusión viene a ser una aplicación de una regla de exclusión, más general, la de “los bienes de dominio público” (cfr. art. 5.1 del Reglamento Hipotecario), y como esta regla más general, debe dejar paso a los nuevos criterios que resultan de múltiples disposiciones legales que, para dar seguridad a terceros y a los mismos intereses públicos, no cierran el Registro al dominio público cuando afecta a bienes que por naturaleza no son de dominio público ostensible. Recordemos, a título de ejemplo, el artículo 17 de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco 14/1983, de 27 de julio, sobre normas reguladoras del patrimonio de Euskadi o el artículo 211 de la vigente Ley del Régimen del Suelo, que acepta la inscripción de servidumbres previstas por el Derecho Administrativo».

⁴⁶¹ Invocan esta base legal para fundamentar la exclusión de las limitaciones legales, e. c., COSSÍO, *op. cit.*, pp. 206-207; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 587; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388.

⁴⁶² Cfr. SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388: «El fundamento se halla bien en la consideración de que al derivar de preceptos legales deben ser conocidas por todos, y aunque no lo sean a todos alcanza su obligatoriedad [art. 3.º CC (6.1 diría hoy)]...»; DE CASSO, *op. cit.*, p. 172: «En todos estos casos –dice refiriéndose a las prescripciones legales o estatutarias referentes a las fincas inscritas y a las servidumbres manifiestas o aparentes– hay algo conocido o cognoscible (debido conocer), *a priori*, que prevalece sobre la publicidad registral y sus presunciones, incluso frente al “tercero”» (cvas. del a.); LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 198: «La protección del Registro no produce sus peculiares efectos ante ciertos derechos publicados de otra manera», dice como introducción a la excepción de los derechos reales patentes y de las limitaciones legales, y pp. 198-199, ya específicamente en cuanto a éstas: «Las limitaciones y cargas públicas afectan a todos los propietarios por igual, vienen publicadas por la ley, son cognoscibles por cualquiera y con ellas debe contar todo adquirente»; ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 586: «Responden estas limitaciones a un interés público, aunque a veces concretamente sean en provecho de los particulares, y, por derivarse de la ley están investidas de una publicidad que supera la que el Registro puede proporcionarlas (sic), haciendo en la mayoría de los casos superflua su inscripción».

⁴⁶³ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 586: «Responden estas limitaciones al interés público [...]. Además, estas limitaciones legales se imponen a modo de estatuto general de la propiedad inmueble y afectan a las fincas según la posición que ocupan o las circunstancias que en ellas concurren, por lo que tienen carácter impersonal, y funcionan por simples razones objetivas o independientemente de las personas de los dueños correspondientes»; SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 388: «El fundamento se halla [...] en la consideración [...] de que, lejos de ser extrañas al dominio, forman parte de su propio contenido y determinan hasta dónde llegan las facultades del propietario (art. 348 CC)».

explica mejor y contribuye a delimitar con mayor precisión el ámbito de esas limitaciones legales que pueden imponerse a todos sin necesidad de pasar por el filtro legal de la protección a los terceros adquirentes⁴⁶⁴. La primera es muy fácilmente objetable: no toda limitación de origen legal goza por sí misma de la publicidad de la ley. Y la razón es muy clara: porque hay limitaciones legales no absolutas, cuya existencia, por tanto, presupone la verificación de un presupuesto de hecho que la ley puede ciertamente circunscribir y concretar pero cuya realización, como circunstancia de hecho, queda fuera de la publicidad de la ley y nada tiene que ver con ella⁴⁶⁵. Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de reservas legales: las limitaciones impuestas al reservista nacen directamente de la ley que las impone, pero la realización del presupuesto de la reserva es una cuestión de hecho que la publicidad de la ley no puede patentizar. Por ello, el carácter reservable de los bienes es registralmente anotable (arts. 977 CC y 184 y 186 LH), y el juego de la reserva queda legalmente sometido a los principios rectores de la publicidad registral (art. 975 CC). Lo mismo se puede decir de la prohibición de disponer impuesta por el Real Decreto 115/2001, de 9 de febrero, en materia de préstamos cualificados para la adquisición de vivienda: supone evidentemente esta prohibición una limitación del dominio proveniente de la disposición de la ley⁴⁶⁶, pero, en cuanto su presupuesto de hecho no es ostensible, necesitada de la publicidad registral para hacerse cognoscible por los terceros y para que pueda perjudicarles⁴⁶⁷. Se entiende así que

⁴⁶⁴ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1968), pp. 243-244: «Mas cabe dudar de que la razón para eximir de publicidad a los gravámenes legales sea su absoluta cognoscibilidad, porque ésta falla con frecuencia. En la propia materia de retractos, hay casos de arrendamiento y de gentilicio, en los cuales el adquirente, aun obrando con diligencia, no puede conocer la existencia de un derecho real de percepción [...]. Construir, entonces, una especie de “principio de la publicidad legal”, en cuyo ámbito entrasen todos los derechos subjetivos de naturaleza real conferidos por la ley, supondría ampliar desmesuradamente el ámbito de la ficción, en detrimento de los principios en que se inspira nuestra legislación hipotecaria, y mediante una generalización inadmisibles de preceptos singulares».

⁴⁶⁵ LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*, p. 244: «Por tanto, cuando la atribución del derecho depende de una pluralidad de circunstancias, que la ley no declara por sí sola (o en combinación con datos de hecho perceptibles a primera vista) [...] es preferible interpretar la LH. de acuerdo con sus finalidades esenciales, y prescindir, para los gravámenes o limitaciones de Derecho privado y a favor de personas concretas (salvo el supuesto expresamente previsto por el texto de la LH), de la llamada «publicidad legal», dejando funcionar los artículos 40, 37, 34, etc., y reconduciendo el asunto al terreno de la buena fe: del conocimiento que tuviera el adquirente de la existencia del gravamen».

⁴⁶⁶ Cfr. artículo 12.2: «Los adquirentes, adjudicatarios y promotores individuales para uso propio no podrán transmitir inter vivos ni ceder el uso por ningún título de las viviendas para las que hubieren obtenido préstamo cualificado, durante el plazo de diez años desde la formalización de dicho préstamo».

⁴⁶⁷ Cfr. artículo 12.5: «La prohibición de disponer [...] se hará constar expresamente en las escrituras de compraventa [...] y en las escrituras de formalización del préstamo hipotecario, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, donde se hará constar la prohibición de disponer por medio de una nota marginal».

en 1861 la Ley Hipotecaria sometiera a la publicidad del Registro y sujetara a su juego los retractos legales gentilicio y de comuneros⁴⁶⁸, y que la Dirección General de los Registros entienda en la actualidad igualmente sometido a la publicidad registral el funcionamiento del retracto legal arrendaticio⁴⁶⁹. La razón decisiva por la que las llamadas limitaciones legales del dominio escapan al régimen de la publicidad –cuando efectivamente lo hacen– tiene, por tanto, que ser otra. Es que tales limitaciones, cuando se integran en el estatuto especial, objetivo y necesario, de determinadas formas del dominio inmobiliario, se imponen a todos con la fuerza absoluta de la ley imperativa. El componente legal-imperativo por razones de interés público del estatuto de la propiedad y de las específicas propiedades, tiene necesariamente que ser de aplicación general y forzosa. La publicidad del Registro está llamada a proteger a los terceros de buena fe contra las cargas ocultas que recortan o limitan la normal extensión del dominio, pero no a privilegiar a nadie respecto a la eficacia imperativa de la ley que objetiva y necesariamente lo configura atendiendo al interés público⁴⁷⁰.

Es a la luz de estas consideraciones como puede formarse juicio acerca de la relación entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad, y, más concretamente, entre las limitaciones del dominio procedentes de la disciplina urbanística y el principio de fe pública registral. Evidentemente, no podemos aquí entrar por extenso en la complejidad que el problema ha adquirido en nuestro Derecho, pero tampoco podemos soslayarlo absolutamente. Yendo, pues, muy a su núcleo, baste indicar que la condición urbana del suelo y la configuración del contenido de la propiedad en él asentado, es obra y derivación directamente proveniente de la ley, cuyo conteni-

⁴⁶⁸ Exposición de Motivos, pp. 251-252: «No corresponde a la Comisión examinar en esta exposición las ventajas o inconvenientes de semejantes clases de retracto [...]. Respetando lo existente tal como se halla, sólo propone y reforma en la parte en que se opone a los principios de la ley que presenta. Por esto declara que el retracto legal por la venta no tenga fuerza contra el derecho de un tercero que haya inscrito su título [...], no debe ocultar la Comisión que se separa, no ya del derecho escrito, de la jurisprudencia recibida por regla general, la cual, fundada en que el retracto nace inmediatamente de la ley, estima que, a imitación de las acciones reales, debe darse contra cualquiera poseedor a que pase la cosa durante todo el término concedido para retraer [...]».

⁴⁶⁹ R de 30 de abril de 2003: «La única cuestión que plantea el presente recurso es la de dilucidar si es inscribible una escritura de venta judicial, como consecuencia de un juicio de retracto, en la que el Juez, en representación del retraído, vende las fincas al retraído, cuando las mismas se hallan inscritas a favor de personas que habían adquirido del retraído en su día y que no han sido demandadas ahora, teniendo en cuenta, además, que la demanda de retracto no fue anotada [...]. Ante la negativa del Registrador, el demandante recurre alegando que el retracto es eficaz frente a todo tercero [...]. Es cierto que, en principio, y como dice el recurrente, el retracto es eficaz frente a terceros, pero dicha eficacia no puede hacerse efectiva frente a adquirentes protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

⁴⁷⁰ Adelantamos ya esta idea al ocuparnos del acceso al Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer, en «El objeto de la publicidad...», *ADC*, 1998, p. 502.

do normativo ha de imponerse imperativamente a todos por razones de interés general⁴⁷¹. Esta consideración basta para entender que –como generalmente se advierte y admite– urbanismo y Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas⁴⁷², sin que las limitaciones urbanísticas de la propiedad se puedan considerar –ni en sí mismas ni desde el punto de vista registral– cargas ocultas⁴⁷³, y sin que la efectividad de la disciplina urbanística pueda supeditarse a la protección que la Ley Hipotecaria brinda, en su ámbito y materia, al tercero hipotecario⁴⁷⁴. Pues bien, a pesar de todo ello, entre nosotros ha llegado a tomar cuerpo toda una tendencia doctrinal favorable a la coordinación entre el urbanismo y el Registro de la Propiedad⁴⁷⁵ que finalmente ha terminado por impo-

⁴⁷¹ Cfr. artículo 3.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo: «La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general...». En la doctrina, ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. III, p. 417; SÁNCHEZ CALERO, en *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del Suelo*, Valencia 1999, p. 142. En cuanto a la naturaleza normativa de los planes urbanísticos y las teorías doctrinales al respecto, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, I., p. 99.

⁴⁷² Así lo afirma el Preámbulo del RD 1093/1997, de 4 de julio [NCRH]: «La acción urbanística y el Registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídico-reales, cuando se reflejan en el Registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientemente de las urbanísticas». En la doctrina, e. c., ARNAIZ EGUREN, R., *Registro de la Propiedad y Urbanismo*, Madrid, 1995, p. 75: «... el Registro tiene como objeto propio la publicidad de negocios jurídicos de creación, modificación o extinción de derechos reales e inmobiliarios. Se sitúa, por tanto, en el ámbito del derecho negocial [...]. Por el contrario, el Plan de Ordenación, como acto administrativo de carácter general, tipo norma, se ubica en el campo del Derecho objetivo y sus efectos propios, su generalidad y coercibilidad, se apoyan en su publicación como tal norma».

⁴⁷³ En la jurisprudencia, *cfr.* STS 27-1-1982 (aunque CORRAL GIJÓN, José María, *La publicidad registral de las situaciones jurídicas urbanísticas*, Madrid, 1996, p. 67, considere que sus razonamientos «no son demasiado convincentes»). En la doctrina, rebatiendo a Chico y Ortiz, SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 140: «No cabe calificar de *cargas ocultas* los deberes impuestos a los propietarios por “las leyes, o en virtud de ellas, por el planeamiento con arreglo a la situación urbanística de los predios”»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: «Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes», *RCDI*, 2001, p. 973: «En efecto, los “deberes legales”, como es lógico, no son cargas ocultas [...]».

⁴⁷⁴ CARRASCO PERERA, A., en *Aspectos civiles e hipotecarios de la Ley del Suelo*, Valencia 1999, pp. 120-127; ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, p. 30: «La circunstancia de que previsiones concretas sobre la edificabilidad o los usos permitidos sobre determinadas fincas consten en la inscripción registral no puede nunca limitar la soberanía pública para su modificación, limitación o supresión, a menos que se desvirtúe y exagere la función característica del Registro. De hecho, el sistema legal parte de que el adquirente se subroga plenamente en el conjunto de deberes u obligaciones urbanísticas que afectaban a su transmitente, con total independencia de que el título de adquisición se inscriba o no»; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, p. 968: «[...] el Registro no ha nacido para esto, ni su configuración lo permite, baste pensar [...] en los principios registrales de inoponibilidad o fe pública para comprender que el contenido de una norma jurídica no puede quedar supeditado en su eficacia a su reflejo en el Registro de la Propiedad».

⁴⁷⁵ La proponía, con ciertas condiciones, en la doctrina administrativista, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico», *REDA*, 1974, pp. 89-90 (tomamos la cita de ESPEJO, *op. cit.*, p. 967). Para su admisión en la civilística, *vid.* AMORÓS GUARDIOLA, en el prólogo a CORRAL GIJÓN, *La publicidad registral...*, cit., p. XXII: «Me permito pensar que la tarea principal que tiene el Derecho Registral español

nerse obteniendo amplio y reiterado refrendo normativo⁴⁷⁶. Partiendo de la indiscutible premisa antes avanzada, esto es, de la diversidad de órbitas en que respectivamente se mueven el urbanismo y el Registro de la Propiedad⁴⁷⁷, no es difícil entender que la regulación tendente a la mutua coordinación de ambos y a la colaboración del Registro con la actuación urbanística tiene que acabar por comprobarse escasamente útil a ésta y técnicamente perturbadora de la normal eficacia de aquél; ni sirve gran cosa a la efectividad de la actuación urbanística ni respeta la univocidad del resultado protector de la publicidad registral. En lo urbanístico el Registro de la Propiedad sólo proporciona una forma de publicidad-noticia ajena a la que para la protección de los terceros caracteriza a los Registros de publicidad con efectos materiales y sustantivos⁴⁷⁸.

a finales del siglo XX quizá sea la de incorporar plenamente todas las vicisitudes del proceso urbanístico al régimen de la publicidad registral»; BERCOVITZ, R., en el prólogo a la *Legislación Hipotecaria*, ed. Tecnos, 1988, p. XVIII: «[...] es el momento adecuado para señalar algunos de los fallos que habría que tratar de subsanar, aun respetando los principios básicos de su regulación actual, que tan positivos resultados han proporcionado. Algunos de estos fallos no son nuevos, aunque su perduración los hace cada día más injustificables, otros proceden de nuevas realidades que no han sido debidamente asumidas. [...] Entre los segundos destaca la desconexión existente entre el Registro de la Propiedad y la incidencia que sobre las fincas inscritas tienen los planes de urbanismo. No es preciso insistir sobre la importancia que éstos tienen a la hora de considerar el tráfico jurídico inmobiliario». En general, la conveniencia de la conexión entre urbanismo y Registro es hoy aceptada como un incuestionable *a priori*. Se la puede ver acogida, e. c., en CORRAL GUÓN, *op. cit.*, pp. 45-56; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, t. I, p. 97, y t. V, pp. 27-30; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, especialmente, p. 140: «El tráfico jurídico, parece evidente, resultará favorecido, nunca entorpecido»; FUERTES, Mercedes, *Urbanismo y publicidad registral*, 2.^a ed. 2001, p. 18: «No debería ser necesario abundar en los evidentes razonamientos que justifican el indispensable entrelazado entre la actividad urbanística y la publicidad registral» (con abundante nota de apoyo).

⁴⁷⁶ Baste recordar aquí los artículos 307 a 310 del RD 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y, posteriormente, el RD 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

⁴⁷⁷ No obstante tal diversidad de órbitas, el Preámbulo de las Normas Complementarias, antes citadas, señalan el punto de contacto entre urbanismo y Registro de la Propiedad así como la conveniencia de la colaboración del Registro con la acción urbanística con las siguientes palabras: «No obstante, si la acción urbanística en sí misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez, es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora a la actuación urbanística». En la doctrina, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.* (t. I), p. 97, entiende que la relación entre Derecho Urbanístico y Derecho Hipotecario se manifiesta a través de tres instituciones, fundamentales en uno y otro: la propiedad y sus límites, la publicidad y la seguridad jurídica.

⁴⁷⁸ Cfr. LACRUZ, *op. cit.* (ed. 2001), p. 204: «Se ha dado entrada en el Registro a una gran información urbanística que en otro tiempo quedaba fuera de los libros registrales. Ahora bien, esta información no es objeto de la publicidad registral (nada se garantiza al tercero), sino que es mera noticia, útil para poner sobre aviso a quien consulta los libros»; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 141: «Así delimitados los campos, el Registro de la Propiedad no puede entrar en el que no le corresponde, so pena de quedar desvirtuado en aquello que es precisamente su razón de ser: la eficacia sustantiva de su publicidad respecto de las titularidades dominio-reales. Todo ello sin perjuicio de que el Registro de la Propiedad

Aparece ello con claridad en las figuras que más nítidamente reflejan el resultado de la coordinación o relación entre el urbanismo y la publicidad registral: la subrogación legal del adquirente en los deberes urbanísticos del propietario transmitente⁴⁷⁹ y la afección real de la finca en garantía del cumplimiento de los deberes dimanantes de las actuaciones de transformación urbanística⁴⁸⁰. Ambos efectos son obra directa de la ley, sin que nada cuente en ellos la noticia o el silencio registral al respecto⁴⁸¹. Es verdad que en cuanto a la subrogación legal la ley distingue entre deberes de procedencia legal inmediata y obligaciones derivadas de los convenios concertados entre la Administración urbanizadora y el propietario transmitente, supeditando la subrogación del adquirente en estas últimas a su previa inscripción registral; y que una tal distinción podría hacer pensar en el sometimiento de la subrogación en estas obligaciones al rigor del principio de inoponibilidad (arts. 606 CC y 32 LH)⁴⁸². En realidad no es completamente así: con inscripción o sin ella, el nuevo adquirente, si no prefiere rescindir el contrato adquisitivo alegando su desconocimiento de aquéllas⁴⁸³, tendrá que padecer el sometimiento de la finca adquirida al conjunto de deberes y exigencias derivadas de su condición y disciplina urbanística⁴⁸⁴. Basta lo dicho, a nuestro juicio, para entender que el

pueda colaborar en la publicidad de las situaciones urbanísticas a través de la llamada *publicidad noticia*» (cva. del a.). *Vid.*, también, ARNAIZ EGUREN, *op. cit.*, pp. 28-34.

⁴⁷⁹ Cfr. artículos 22 TRLS de 1992; 21 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, y 18 de la vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo.

⁴⁸⁰ Cfr. artículos 126 y 178 del Reglamento de Gestión Urbanística, 19 y 20 de las Normas Complementarias sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística (RD 1093/1997) y 16. 2 de la nueva Ley de Suelo.

⁴⁸¹ FUERTES, M., *op. cit.*, pp.126-127: «Sería muy pernicioso, además de algo ilógico con el sistema hipotecario español, entender que la existencia de sucesivas transmisiones de un inmueble convierte en inútil papel mojado una sanción urbanística. Aun cuando el proceso administrativo se haya dirigido contra el inicial propietario que, por ejemplo, ha edificado de manera ilegal, el procedimiento se concreta en calificar la construcción como ilegal. Por consiguiente, por muchas transmisiones del edificio que se realicen, la construcción seguirá siendo ilegal».

⁴⁸² Cfr. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.* (t. V), p. 32; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 146; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. cit.*, pp. esp. 976-982; LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁴⁸³ En aplicación del artículo 18.3 de la vigente Ley de Suelo: «La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil»; precepto que omite la remisión que hacía su precedente, el artículo 21. 3 de la LS/1998, al número 1 del mismo precepto; justo el que distinguía entre la subrogación legal en los derechos y deberes urbanísticos, de una parte, y la que habría de producirse en los compromisos acordados por el anterior propietario con la Administración urbanística competente, supeditando esta última a que dichos compromisos hubieran sido objeto de inscripción registral.

⁴⁸⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 111-112: «[...] y si no existe constancia registral, los “compromisos” del promotor no pueden vincular al adquirente, salvo que hayan sido especialmente asumidos en el título contractual. Naturalmente ello no quiere significar que la ejecución del Plan quede al arbitrio de los acuerdos privados. La Administración siempre puede exigir la ejecución del planeamiento (de iniciativa particular) de acuerdo con alguno de los sistemas de actuación admitidos en la legislación autonómica

urbanismo, en cuanto conformador legal del dominio, no debe ser considerado materia técnicamente adecuada al objeto de la publicidad registral inmobiliaria⁴⁸⁵. Las actuaciones urbanísticas de planeamiento y ejecución reclaman –de hecho la ley los impone y cuenta con ellos– medios distintos e instrumentos más apropiados de información pública y conocimiento general⁴⁸⁶. Se comprende por ello que doctrinalmente –entre nosotros⁴⁸⁷ y en la doctrina extranjera⁴⁸⁸– se haya manifestado un decidido y razonable recelo

aplicable. [...] En resumen, cuando el artículo 21.1 LRSV habla de “subrogación en los compromisos” se quiere decir en estos casos, tan sólo, que el nuevo adquirente está igualmente afecto a las resultas de la ejecución de los planes, no que asuma sin más (liberando o no a su promotor) los compromisos privados contraídos por el redactor y promotor del Plan de iniciativa particular al margen de un sistema de compensación (o equivalente) que todavía no se ha concretado en la existencia de una Junta de compensación a la que los adquirentes deberán incorporarse en todos sus términos, o ser expropiados».

⁴⁸⁵ PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, 1996, p. 143: «[...] hay que partir de la base de que no existe una perfecta coordinación entre las disposiciones urbanísticas y las hipotecarias; tal falta de coordinación se pone de manifiesto desde el momento en que los *Planes de Ordenación*, que son los que rigen la actuación urbanística, no tienen ni necesitan publicidad registral, sino que se publican en el *Boletín Oficial del Estado* o en el diario oficial correspondiente y, una vez aprobados y publicados, son directamente obligatorios, tanto para particulares como para la Administración (art. 134 del TR de 1992). Es decir, producen sus efectos sin necesidad de ningún reflejo registral».

⁴⁸⁶ Hace repetida referencia a ellos la nueva Ley de Suelo en sus artículos 3.2.c) (La legislación sobre ordenación territorial y urbanística garantizará: ... el derecho a la información de los ciudadanos y de la entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos); 4.c) y d) (Derechos del ciudadano: ... Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística ...; ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora); 11 (Publicidad y eficacia de la gestión pública urbanística); DA 1.^a (Sistema de información urbana); DA 9.^a, 2 (adición a la Ley de Régimen Local de un nuevo artículo 70 ter). En la doctrina, LÓPEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 142: «Por ello, la información exacta y actual sobre la situación urbanística de una finca no debe buscarse exclusivamente a través del Registro de la Propiedad, sino mediante la información pública urbanística que las entidades locales vienen legalmente obligadas a proporcionar».

⁴⁸⁷ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.* (t. III), p. 417: «Cualquiera que sea la configuración adoptada para calificar las limitaciones urbanísticas, la de delimitaciones del dominio, la de limitaciones legales del dominio o la de cargas o servidumbres legales, las mismas *no deben tener acceso al Registro de la Propiedad*, pues en todo caso derivan de la ley, directamente o mediante ella, es decir, por medio o en virtud de su mandato, por los planes de ordenación, que les inviste de una publicidad superior a las que el Registro puede proporcionarles» (cva. del a.).

⁴⁸⁸ DESCHENAUX, *op. cit.*, pp. 10-11: «Le registre foncier a été conçu avant tout pour révéler les droits réels sur le immeubles, ainsi qu'un certain nombre de rapports juridiques privés en relation avec eux. L'interpénétration toujours plus accusée du droit civil et du droit administratif en matière immobilière pose le problème du rôle que pourrait jouer le registre foncier face à cette évolution. Ce rôle n'est déjà pas négligeable: portée informative pour autorités, immatriculation de la propriété publique (art. 944), mention de restrictions de droit public (art. 962). Il s'agirait de faire servir davantage encore l'institution à la révélation du statut de droit public des immeubles. Cette préoccupation est justifiée dans son principe, car, du moment que le contenu effectif de la propriété immobilière est de plus en plus définie par des prescriptions administrative, la publicité foncière ne serait plus complète si le registre foncier ne renfermait pas des informations à ce sujet. Mais cette fonction ne peut être qu'accessoire. La multiplication de ces indications, notamment sous forme de mentions, risque de noyer les inscriptions de droits réels et les autres écritures relatives à

frente la involucración del urbanismo en el objeto de la información que debe acoger y hacer pública el Registro de la Propiedad. Ni el urbanismo puede encontrar en el Registro un aliado satisfactoriamente eficaz, ni la colaboración del Registro con el urbanismo puede lograrse sin la merma y desnaturalización del efecto protector de la publicidad registral. El interés público subyacente a la intervención urbanística no puede ser sacrificado al del tercero adquirente de buena fe. Es más, hipotecariamente hablando, los medios extra-registrales de publicidad e información urbanística harían muy difícil, a nuestro juicio ⁴⁸⁹, considerar y tratar como tercero de buena fe al adquirente que pretendiera acogerse a su desconocimiento de la condición y situación urbanística de la finca. Siendo ello así, preferible es dejar cada cosa en su sitio, sin las invasiones e interferencias recíprocas que, con tan escasas ventajas para la actuación urbanística, tanto contribuyen a desdibujar la eficacia protectora de la publicidad registral.

2. EXCEPCIONES

Distintas a las anteriores determinaciones, como excepciones al normal funcionamiento del principio de fe pública registral podrían considerarse, a nuestro juicio, los casos siguientes.

a) *La suspensión temporal de la fe pública (arts. 28 y 207 LH)*

Es ésta una excepción a veces calificada como excepción por vía de suspensión ⁴⁹⁰ y fundamentada en la fuerza insuficiente de la inscripción del transferente ⁴⁹¹. Efectivamente, el temor a la posible aparición de un heredero de mejor derecho, en el caso del

des rapports de droit privé sous un fatras de donnés de toute nature. Le Feuillet du grand livre risquerait de devenir à peu près illisible pour les usagers qui s'intéressent avant tout au statut privé des immeubles».

⁴⁸⁹ Cfr. en la más reciente jurisprudencia, STS de 17 de noviembre de 2006 (FD 3.º): «[...] la información urbanística está al alcance de cualquier interesado, como consecuencia del carácter público del Planeamiento, y lo estuvo en el caso, como es de ver en los propios Autos, en cuyo folio 93 figura la certificación del Excmo. Ayuntamiento de Calpe sobre la finca 4-C de Buenavista, que es la que fue objeto de compraventa. En segundo lugar, porque siendo ello así no puede decirse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos (arts. 7.1 y 1258 CC), imponga un especial deber de información en los vendedores que venga a coincidir con lo que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones porque la misma buena fe exige en la contraparte un comportamiento diligente [...]».

⁴⁹⁰ Así, ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, pp. 790 ss.; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, II, pp. 411 ss.

⁴⁹¹ Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 608-609, quien incluye en este capítulo, además de la suspensión temporal que ahora tratamos, los supuestos de doble inmatriculación y los de destrucción o pérdida de los Libros del Registro.

artículo 28⁴⁹², o la menor garantía de ciertos procedimientos inmatriculadores, en el del 207⁴⁹³, son la causa de que en uno y otro la inscripción registral no comience inmediatamente a desplegar su normal virtualidad fundamentadora de la general y discreta confianza o *fides publica*⁴⁹⁴. Para que ello ocurra la ley impone esperar al transcurso de dos años desde la muerte del causante o desde la práctica de la inscripción, respectivamente.

La doctrina, a pesar del tufillo latino que desprende la redacción de estos preceptos («no surten efecto en cuanto a tercero» o «respecto a tercero»), ve en estos dos casos, con razón, sendos supuestos de suspensión de la germánica fe pública registral que, de ordinario, la inscripción genera por sí misma una vez practicada. No es de extrañar, por ello, que acerca de aquella redacción se hayan propuesto, como técnicamente más apropiadas, otras fórmulas de expresión más germánicas en su inspiración y en su tono⁴⁹⁵; y que en la exégesis de los indicados preceptos se pueda observar

⁴⁹² CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 383: «[...] es evidente que ese plazo se concedió para conciliar, en lo posible, la facultad de inscribir su título, que no puede negarse a los primeros que justifican su condición de herederos, con la posibilidad legal de registrar luego otro título posterior de derecho preferente, en la misma herencia, cuyo título en este género de sucesiones siempre debe ser esperado y temido»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 203: «El artículo 28, introducido (con diferencias) por la LH. de 1869, intenta prevenir contra el peligro de que, una vez inscrito el derecho del heredero testamentario o abintestato no legitimario, aparezcan, o un posterior testamento en el que se nombre otro heredero, o un pariente de mejor grado».

⁴⁹³ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 813: «La *ratio* de esta medida de suspensión de los efectos de la fe pública registral que establece el citado artículo 207 de la Ley Hipotecaria, radica en la excesiva facilidad que la propia ley da para lograr la inmatriculación de fincas por medio de títulos públicos de adquisición y de certificaciones administrativas de dominio. Aquella medida, en atención a estas excesivas facilidades, viene a contrarrestar la inmediata puesta en vigor de la cobertura que supone la atribución de la presunción de exactitud del contenido del Registro en este tipo de inscripciones inmatriculadoras»; LACRUZ-SANCHO, *op. et loc. ant. cit.*: «En el caso de este precepto, se aplaza la vigencia de ciertos tipos de inmatriculación (no todos) a causa de su falta de garantías, pareciendo conveniente que durante cierto plazo el funcionamiento normal del Registro no pueda hacer producir a una inscripción inexacta perjuicios irreparables, como ocurriría si el tercer adquirente estuviera protegido desde el acceso de la finca a los libros».

⁴⁹⁴ Para la indicación de otros supuestos menores de suspensión de la fe pública, cfr., e. c., COSSÍO: *op. cit.*, pp. 225-226; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.* (ed. 1984), p. 204; ROCA SASTRE, *op. cit.*, pp. 824-825.

⁴⁹⁵ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 791: «Este artículo [el 28 LH] ha de entenderse como si estuviere redactado así:

“La irrelevancia de la inexactitud registral, base de la fe pública del Registro en provecho de terceros hipotecarios según el artículo 34 de esta ley, *dejará de actuar durante el término de dos años* a contar desde el fallecimiento del correspondiente causante, en salvaguardia del posible *heredero real* no inscrito y de sus *derechohabientes* tampoco inscritos y en perjuicio del *adquirente* y *subadquirente* del *heredero aparente* inscrito, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones que éstos hayan verificado dentro del referido término”.

“Lo dispuesto sobre el heredero real y el aparente será aplicable al legatario, así como, en su caso, al donatario por causa de muerte, mas no respecto de herederos forzosos o legitimarios”.

una cierta discrepancia en cuanto a la identificación del tercero a que en ellos se hace referencia. Para algunos lo es el heredero de mejor derecho o el titular verdadero⁴⁹⁶; para otros, los causahabientes del inmatriculante o del heredero o legatario que inscribire⁴⁹⁷; aunque en todo caso venga a convenirse en que la suspensión de la fe pública registral no actúa en estos supuestos excepcionales de forma absoluta o en favor de cualquiera, sino exclusivamente al servicio de los indicados heredero o titular verdadero. En realidad, si el «no surtir efecto» o «no afectar a tercero» equivale al «no perjudicar a tercero» que en terminología latina expresa el efecto de la publicidad, sería más adecuado entender que en los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria tal tercero no perjudicado es, respectivamente, el heredero o el titular verdadero. De todos modos, si por tercero se entiende en tales preceptos a los causahabientes del titular inscrito la cosa no varía mucho: son dichos causahabientes los que, por efecto del no perjuicio de los ya indicados heredero y titular, dejarán de gozar los efectos aseguradores de la fe pública registral. El efecto negativo de la suspensión habrá impedido respecto a ellos la eficacia protectora de la inscripción. Siendo ello así, habrá de entenderse que el aplazamiento de la fe pública en estos casos es absoluto en el sentido atribuido a esta

ID, p. 812, en cuanto a la redacción del artículo 207: «Este artículo ha de entenderse como si estuviese redactado así:

“La irrelevancia de la inexactitud registral base de la fe pública del Registro en provecho de terceros hipotecarios según el artículo 34 de esta ley, *dejará de actuar durante el término de dos años* a contar de la inscripción de inmatriculación, en salvaguardia del posible *dueño real* no inscrito y de sus *derechohabientes* tampoco inscritos, y en perjuicio del *adquirente* y *subadquirentes* del que figura como *titular inmatriculante de la finca*, aunque tengan la condición de terceros hipotecarios, respecto de las adquisiciones que éstos hayan verificado dentro del referido término”.

“Sin embargo, esto no será aplicable cuando la inmatriculación se haya obtenido por medio de expediente de dominio o de título público de adquisición anterior al 1.º de enero de 1909”» (cvas. del a.).

⁴⁹⁶ CAMPUZANO, *op. cit.*, p. 383: «Los terceros a que se refiere el [tunc] párrafo segundo del artículo 23 son, según la opinión más generalizada y la doctrina de la jurisprudencia, los herederos de mejor derecho que los que inscribieron primero, y las personas que de ellos puedan haber adquirido algún inmueble o derecho real»; COSSÍO, *op. cit.*, p. 226: «Esta suspensión de efectos de la fe pública, no debe entenderse, sin embargo, absoluta y frente a toda clase de terceros, sino tan sólo frente a aquellos que tengan un título preferente al que ha sido objeto de inscripción, no frente a los que traigan causa del titular inscrito»; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 204: «Herederos y titulares auténticos, pues, son los *terceros* a que aluden los artículos 28 y 207» (cva. del a.).

⁴⁹⁷ ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 802, en cuanto al tercero del artículo 28: «Para nosotros este tercero no puede ser otro que el *tercero hipotecario* y sus derechohabientes sucesivos, que durante el indicado plazo de dos años de suspensión de la fe pública del Registro, hayan adquirido, por estar encaminada tal medida a salvaguardar el derecho del heredero real, así como el de sus derechohabientes», y 816 en cuanto al del artículo 207: «Para nosotros este tercero no puede ser otro que el *tercero hipotecario*, o derechohabientes sucesivos, que *durante el plazo* indicado de los dos años haya adquirido, sin perjuicio de que tal medida se dirija a *salvaguardar el derecho del propietario real (versus dominus)* o de sus derechohabientes» (cvas. del a.).

expresión cuando se la utiliza en materia de derechos reales para indicar la proyección *erga omnes* de tales derechos⁴⁹⁸. Sea quien fuere el causahabiente del titular inscrito y en tanto la suspensión opere, el verdadero dueño podrá reivindicar lo que todavía sigue siendo suyo. La suspensión de efectos actúa, pues, entre quienes serían los sujetos contendientes en la reclamación reivindicatoria que normalmente detiene ante el tercero hipotecario la fe pública registral, y que en los supuestos excepcionales de los artículos 28 y 207 puede proseguir libremente su curso hasta alcanzar también al causahabiente inscrito en tanto no hayan transcurrido los dos años de suspensión.

Lo que en cambio sí es cierto es que la suspensión de la fe pública no priva de todo efecto protector a la inscripción que por efecto de ella deja de provocarla. En tal sentido puede decirse con toda razón que la suspensión de la fe pública registral no priva absolutamente de efectos a la inscripción del heredero o legatario ni a la del inmatriculante a que se refiere el artículo 207 de la Ley Hipotecaria. El carácter mixto de nuestro sistema registral, su peculiar dualismo y la consiguiente diferencia de inspiración y naturaleza de los artículos 32 y 34, justifican que la suspensión de la fe pública no impida la inmediata operatividad del principio de inoponibilidad cuando la inscripción se produce. En razón de ello se hace preciso admitir⁴⁹⁹:

1. Que si el inmatriculante a que se refiere el artículo 207 es co-causahabiente de un mismo transmitente, y tal transmitente no es el *verus dominus*, su inscripción, aunque no le haga inmune frente a la reivindicación del *verus dominus*, sí que le protege frente al eventual adquirente anterior de su mismo *causam dans* que no hubiere inscrito su adquisición.

2. Que si durante el plazo de suspensión contendieren entre sí dos causahabientes del heredero o legatario inscrito o del inmatriculante titular inscrito, y de entre ellos uno inscribiere su adquisición y el otro no, el que lo hizo queda protegido por su inscripción frente al que la omitió, aunque no lo esté –ni el que inscribió ni el que dejó de hacerlo– frente al heredero de mejor derecho o frente

⁴⁹⁸ A veces, se niega literalmente: «Esta suspensión de efectos de la fe pública –dice Cossío, *op. cit.*, p. 226– no debe entenderse, sin embargo, absoluta y frente a toda clase de terceros, sino tan sólo frente a aquellos que tengan un título preferente al que ha sido objeto de inscripción, no frente a los que traigan causa del titular inscrito».

⁴⁹⁹ Para la más detallada argumentación de lo que sigue nos remitimos a las pp. 418-427 de nuestro estudio, ya citado «El principio de inoponibilidad...».

al *verus dominus* en tanto perdure el periodo de suspensión de la fe pública generable por la inscripción del transmitente ⁵⁰⁰.

3. Que aun transcurrido el plazo de los dos años de suspensión, si durante él el inmatriculante no dispuso en favor de tercero, el *verus dominus* podrá todavía reivindicar de él la finca inmatriculada, ya que tal inmatriculante, al no haber adquirido de quien en el Registro aparece inscrito como dueño, nunca podrá gozar el efecto protector de la fe pública registral ⁵⁰¹.

No podemos dar por cerrado este punto sin hacer una breve alusión al problema de compatibilidad que en nuestro Derecho plantea el artículo 28 de la Ley Hipotecaria con la figura del heredero aparente, generalmente admitida en Derecho comparado ⁵⁰² y que debe igualmente ser reconocida en el nuestro al estar en él consagrado el principio general de protección de la apariencia jurídica. En nuestra doctrina, Jordano, negando tal consagración ⁵⁰³ y atendiendo al artículo 28, no admitió más posibilidad de protección de los causahabientes del heredero aparente que la que pudiera ser subsumida en los genéricos supuestos de los artículos 464 CC y 34 de la Ley Hipotecaria ⁵⁰⁴. Fuera de ellos no cabría tal protección, entre otras cosas porque, debiendo contar con lo dispuesto en el artículo 28 LH, resultaría absurdo que la adquisición inmobiliaria derivada de heredero aparente y no inscrita pudiera ser mejor tratada jurídicamente que la inscrita ⁵⁰⁵.

⁵⁰⁰ Cossío, *op. et loc. ant. cit.*: «En cambio, si el heredero aparente realizó una doble venta, el que primero inscribió se beneficia de la fe pública –dice– frente al otro comprador que no ha inscrito su derecho, jugando en tal supuesto el principio de fe pública –vuelve a decir– desde el primer momento, sin limitación de ninguna clase».

⁵⁰¹ Cfr. ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 819: «Respecto del *inmatriculante* la fe pública registral no actúa nunca en su provecho por faltarle uno de los requisitos indispensables para esta protección, consistente en haber adquirido el derecho “de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo” según establece el artículo 34 de la ley».

⁵⁰² Vid. JORDANO, *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, originariamente en *ADC*, III (1950), pp. 668-717; posteriormente en la recopilación de su obra: *Estudios Jurídicos*, II, Sevilla, 2006, pp. 65-128. En esta edición, por la cual le citamos en adelante, y concretamente para la admisión de la figura del heredero aparente en Francia e Italia, *vid.* pp. 85-91; para su funcionamiento en Alemania a través del *Erbschein* (§ 2365 BGB), p. 127.

⁵⁰³ JORDANO, *op. cit.*, pp. 120-123. Le sigue ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 794.

⁵⁰⁴ JORDANO, *op. cit.*, p. 123: «En el ordenamiento positivo español resulta, pues, que fuera de los límites consentidos por el juego del artículo 464 y de la *fides publica* no cabe ampliar de ningún modo la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente ni la protección de los terceros adquirentes del mismo».

⁵⁰⁵ JORDANO, *op. cit.*, p. 118: «Finalmente, siguiendo la tesis contraria, se llegaría a una consecuencia absurda: como se recordará, el problema del heredero aparente está enfocado desde el punto de vista hipotecario por el artículo 28 LH, que impone una limitación temporal al juego de la fe pública registral: aplicar analógicamente, de modo puro y simple, el artículo 197 a todo heredero aparente equivaldría a hacer de mejor condición al adquirente que no inscribe que al que inscribe, puesto que a éste le afectaría la limitación del artículo 28».

Nosotros consideramos posible otra forma de solución a este problema. Vaya por delante para sostenerla que el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, en todo caso, no se opondría de forma absoluta a la admisión de la figura del heredero aparente; simplemente se limita a suspender o retrasar su juego en las adquisiciones inmobiliarias cuando en ellas interviene el Registro de la Propiedad. Si con posterioridad al transcurso de los dos años, el heredero de mejor derecho todavía no ha dado señales de vida y el aparente (heredero inscrito) dispone, su causahabiente será legalmente mantenido en su adquisición. ¿En concurrencia con el 34? De acuerdo, pero adquiriendo de quien después podrá comprobarse que sólo en apariencia es heredero. En todo caso, parece necesario admitir que la consagración del principio de protección de la apariencia jurídica envuelve en la generalidad de su hipótesis la de la apariencia hereditaria (cfr. art. 197 CC). Lo que respecto de este criterio general significa la específica cautela del artículo 28 es lo que ya advertimos al comenzar el estudio del principio de fe pública registral y su relación con el principio general de protección de la apariencia⁵⁰⁶: que cuando el vehículo generador de la apariencia se configura técnicamente a través de un instrumento artificial cuyo funcionamiento se hace objeto de una regulación detallada y minuciosa, es posible que, en atención sobre todo al mecanismo del instrumento configurador, se introduzcan matices o desviaciones parciales respecto al régimen general y abstracto de la protección de la apariencia que, sin desdecirlo o negarlo, lo particularizan en algún aspecto concreto en tal caso⁵⁰⁷. Puede, efectivamente, parecer absurdo que el adquirente del heredero aparente que no inscribe su adquisición inmobiliaria sea de mejor condición que el que la inscribe dentro del plazo de suspensión de la fe pública; pero lo cierto es que el artículo 197 CC, sin exigir la inscripción ni distinguir entre muebles e inmuebles, deja a salvo al tercero que onerosamente adquiere del heredero –forzosamente aparente⁵⁰⁸– del declarado fallecido respecto a la reclamación de éste una vez reaparecido y tendente a la recuperación de su patrimonio. En tal sentido

⁵⁰⁶ Vid. «El principio de fe pública registral (I)», *ADC*, 2006, cit., pp. 534-545.

⁵⁰⁷ «En general –dice ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 825, refiriéndose a los supuestos de suspensión de la fe pública registral–, todos los casos expuestos constituyen excepciones al alcance natural del principio de fe pública registral, representando verdaderas *desviaciones* establecidas por nuestra legislación a tal principio. Esto atribuye cierto eclecticismo a nuestro sistema [...]».

⁵⁰⁸ Se ve obligado forzosamente a negarlo JORDANO, *op. cit.*, pp. 116-118: «Los sucesores del declarado fallecido son unos verdaderos herederos, con los mismos derechos y obligaciones que todos los herederos» (p. 116): «Los terceros que contratan con él a título oneroso adquieren en firme, como si negociaran con un heredero verdadero, aunque tengan conocimiento de la existencia del ausente [...]. No se puede exigir la buena fe a quienes traen causa de un titular con dominio pleno y poder de disposición expreso».

parece claro que la protección del tercero que confía en la apariencia hereditaria de su transmitente, más que limitarse al supuesto de su subsunción o concurrencia en el arquetipo de la fe pública, se ve forzado a padecer la suspensión temporal que en su concreción registral le impone excepcionalmente el artículo 28 de la Ley Hipotecaria.

b) *La doble inmatriculación*

La doble inmatriculación constituye una patología registral, no exclusiva de nuestro Derecho⁵⁰⁹ pero sí más frecuente en él por razón de las causas que la provocan. Son éstas, como se sabe, de una parte, el defectuoso sistema de identificación de las fincas inmatriculables, propiciado especialmente en nuestro sistema por la tradicional descoordinación entre Catastro y Registro⁵¹⁰; y de otra, la facilitación de los procedimientos inmatriculadores, más acentuada también entre nosotros como medio para incentivar la inmatriculación en un sistema donde la inscripción no es constitutiva. La conjunción de estos datos permite que con indeseable pero relativa frecuencia en nuestra práctica hipotecaria se dé el caso –escandaloso, según lo califica Bercovitz⁵¹¹– de que «una misma finca, o parte de ella, se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad en dos –o más– folios a nombre de personas distintas»⁵¹².

Así entendida, la doble inmatriculación plantea evidentemente un claro supuesto de discordancia entre el Registro y la realidad. No es posible la compatibilidad de los dos historiales distintos ni la simultaneidad de las dos titularidades diferentes que sobre la misma finca cada uno de los folios abiertos y dedicados a ella publican. Se entiende así que el artículo 313, 3.ª del Reglamento Hipotecario faculta al titular de cualquier derecho real sobre la finca doblemente inmatriculada a acudir al Juez de Primera Instancia del lugar donde la misma finca radique para que dicte auto ordenando que se extienda nota expresiva de la doble inmatriculación, ordenando, además, que en el auto se reserven a los interesados las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

⁵⁰⁹ Sobre ella, e. c., en el Derecho alemán, *vid.* HAGER, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, München, 1990, pp. 433-435; en la suiza, DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 621.

⁵¹⁰ Recientemente sobre esta problemática, VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán, «Nuevo marco de colaboración entre el Catastro y el Registro de la Propiedad», *Bol. Colegio de Registradores*, núm. 134, pp. 1027-1039.

⁵¹¹ *Op. et loc. ant. cit.*

⁵¹² Así expresa el concepto de la doble inmatriculación CLEMENTE MEORO, Mario, *Doble inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad*, Valencia, 1997, p. 15.

Dos datos se desprenden inmediatamente de esta norma: Primero, que una vez detectada la anomalía de la doble inmatriculación, sobre los folios abiertos simultáneamente a la finca se cierne la sospecha de su irregularidad; la nota extendida en ellos pone sobre aviso a eventuales terceros y les impide apoyar en los mismos discreta y razonablemente su confianza. E implícitamente, en segundo lugar, que la constatación de la doble y contradictoria publicidad provocada por la doble inmatriculación suscita una incertidumbre acerca de la situación jurídica de la finca por ella concernida de la que, en defecto de acuerdo entre los interesados (art. 313, 2.^a RH), sólo es posible salir recurriendo al juicio declarativo correspondiente.

En este segundo dato se concentra el efecto o resultado de la doble inmatriculación: la publicidad contradictoria resultante del Registro no puede servir al conocimiento ni a la determinación de la situación jurídica así disparmente publicada; los diferentes folios se neutralizan el uno al otro, y la averiguación de la realidad habrá de emprenderse acudiendo a las normas del Derecho Civil. Así viene a indicarse el efecto de la doble inmatriculación tanto en nuestra doctrina⁵¹³ como en la extranjera⁵¹⁴.

La regla, como se ve, es meramente negativa, y por sí sola bien poco resuelve; pero es también, con seguridad, la única que puede expresar el efecto necesario inmediatamente derivado de la doble inmatriculación: la neutralización de la publicidad y el bloqueo de sus normales efectos, entre ellos, por lo que aquí interesa, el efecto protector de la fe pública registral, excepcionado en este caso. Todo lo que pase de ahí no será ya efecto de la doble inmatriculación sino resultado —ésta supuesta— de las normas sustantivas de oportuna aplicación para la solución del caso en función del mismo; esto es: para fijar los criterios conforme a los cuales, sin poder contar ya con el Registro como dato decisivo, podrá llegar a determinarse cuál es la verdadera situación jurídica de la finca y cuál —entre los de los contra-

⁵¹³ Cfr. por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, p. 790, en el párrafo, prácticamente el único, que dedica a la doble inmatriculación en tanto que excepción a la fe pública registral: «En rigor es un caso de excepción evidente en la aplicación de la fe pública registral la existencia de alguna doble, o múltiple, inmatriculación registral de finca, cuando el valor o fuerza de ambas hojas o registros particulares se neutralizan, pues en este caso la jurisprudencia tiene declarado que hay que prescindir del ordenamiento inmobiliario registral y resolver el conflicto suscitado mediante aplicar normas del Derecho civil puro, quedando, en consecuencia, apartado en su actuación el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria». Para la comprobación de esa jurisprudencia, *vid.* CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 33-34, notas 29 y 30; de entre la posterior a su obra, pueden verse, e. c., las sentencias de 30 de mayo de 2001 y 11 de octubre de 2002.

⁵¹⁴ DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 621: «Quand un immeuble est, par inadvertence, immatriculé sur deux feuillets et que les inscriptions y figurant ne concordent pas, il ne peut y avoir protection de la foi publique: les fictions d'exactitude attachées aux deux feuillets s'annulent réciproquement; [...] c'est comme s'il n'y avait pas d'inscription régulière en la forme».

puestos titulares registrales— el mejor derecho sobre ella⁵¹⁵. De todas formas, sobre la regla general antes indicada, y sobre su formulación, cabe hacer algunas precisiones.

La primera: que el envío en general al Derecho Civil como necesaria instancia decisoria no debe entenderse rígidamente o como expresiva de la absoluta exclusión de toda norma o principio hipotecario: Justamente, porque el Derecho Hipotecario sustantivo es tan Derecho Civil como en contenido en el Código Civil⁵¹⁶.

La segunda: que aunque realmente vendría a constituir un caso de doble inmatriculación, no debe tratarse como tal el supuesto en que el primero o anterior comprador de un mismo vendedor lograra irregularmente inmatricular la finca pretendidamente adquirida cuando ésta ya figuraba inscrita o cuando fue anteriormente inmatriculada por otro comprador posterior a él pero que se le adelantó en la inmatriculación. Esta inscripción del primer comprador no puede desvirtuar por sí sola la preferencia que la ley concede al causahabiente de un mismo vendedor que es primero en la inscripción. Mantener lo contrario sería tanto como negar frontalmente la ventaja que la ley atribuye a la prioridad en la inscripción, tanto cuando ésta actúa al interior del principio de fe pública registral⁵¹⁷ como cuando lo hace fuera de él y en sintonía con el principio de inoponibilidad (art. 1473, II CC)⁵¹⁸. Supone lo dicho que la primera inscripción por sí sola de la misma finca en folio distinto, aunque materialmente suponga doble inmatriculación, no puede ser tratada como tal. La recíproca neutralización de los folios contradictorios debe suponer que en uno y otro se contiene un historial distinto de la misma finca constituido por el encadenamiento de una serie de transmisiones que hace imposible *prima facie* la determinación de su verdadero y único titular.

Más difícil resulta —nos parece— la admisión del criterio, doctrinalmente discutido pero aplicado con reiteración por la jurisprudencia, según el cual el problema de la doble inmatriculación puede ser resuelto sin necesidad de acudir a las llamadas normas civiles cuando de entre los titulares resultantes de uno y otro folio sólo en uno se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para la pro-

⁵¹⁵ *Vid.*, para ello la ya varias veces citada monografía de CLEMENTE MEORO, *Doble inmatriculación...* dedicada a la tarea indicada en el texto.

⁵¹⁶ Cfr. RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., p. 101; CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 190-193. Nosotros mismos nos ocupamos de este punto en el epílogo a nuestro anterior estudio «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-registrales», *ADC*, 1995, pp. 685-694.

⁵¹⁷ Cfr. CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, p. 208: «De otra manera, bastaría con conseguir —de cualquier manera— la doble inmatriculación de la finca para eliminar el juego del principio de fe pública registral, con claro perjuicio de la seguridad jurídica y, en definitiva, del sistema de publicidad registral».

⁵¹⁸ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 207: «Según constante jurisprudencia, la inaplicabilidad del artículo 34 LH. no excluye la invocación del 1473 CC cuando proceda su aplicación».

tección registral del adquirente *a non domino*⁵¹⁹. Sostener tal criterio implicaría entender que, contra el punto de partida universalmente admitido, la fe pública registral, más que resultar excepcionada por la doble inmatriculación, sería justamente norma o regla directamente aplicable a su solución. De otra parte, ante la colisión de dos derechos igualmente inscritos pero provenientes de historiales incompatibles, no se ve por qué razón habrá de ser preferido el del titular que reúne los requisitos necesarios para la adquisición registral *a non domino* frente al de quien pudo adquirir *a vero domino* sin necesidad de la especial intervención protectora de la publicidad registral. Parece más razonable entender que la duda que la doble inmatriculación suscita debe ser resuelta –si los criterios civiles extrahipotecarios no permiten la posibilidad de evitarlo⁵²⁰– comparando el historial contenido y reflejado por los distintos folios elevándose al origen de cada uno de ellos⁵²¹. Lo que este discutible criterio hace es lo contrario: prescindiendo del dato de origen que permitiría descubrir cuál es la cadena que puede sustentar el mejor derecho sobre la finca, trata de hacerlo comparando, autónomamente considerados, los últimos eslabones de cada una de ellas.

No creemos necesario extendernos más en este punto. Cuanto en él pudiera añadirse pertenecería, como antes dijimos, no al objeto inmediato y propio de la doble inmatriculación sino al de los caminos para salir del embrollo que la misma suscita. Y ello no depende ya del supuesto patológico abstracto de la doble inmatriculación sino de las concretas circunstancias en que ésta se produjo y de los hechos determinantes de la situación real y del historial legítimo de la finca doblemente inmatriculada.

c) *Las hipotecas tácitas*

La más flagrante excepción a la fe pública registral, por cuanto en ellas la ley se pronuncia en frontal oposición al espíritu y princi-

⁵¹⁹ Lo acepta, con la jurisprudencia –que cita extensamente (nota 199) y a la que posteriormente se podrían añadir, e. c., las sentencias de 1-3-1997 y 9-3-2003–, CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 206-209; lo considera discutible GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 465-469 («creemos que esta cuestión [...] está todavía por estudiar a fondo» dice, concretamente en la p. 467); lo niegan LACRUZ-SANCHO, p. 206: «Ningún adquirente según uno de los folios puede oponer contra los inscritos en otro su condición de tercero protegido por la fe pública registral [...]. En efecto, cuando el artículo 40 y concordantes amparan al tercero que adquiere de quien en el Registro aparece con facultades para transferir, se entiende que no llega su protección hasta el punto de despojar a quien también aparece en el Registro con facultades para transferir [...]».

⁵²⁰ Sería el caso de la usucapión. Sobre su juego en la jerarquización de los criterios de solución aplicable al problema de la doble inmatriculación, *vid.* CLEMENTE MEORO, *op. cit.*, pp. 198 ss., esp., p. 206.

⁵²¹ Es el que ROCA SASTRE, *op. cit.* (III), pp. 254-260 considera *segundo criterio* jurisprudencia, sólo aplicable tras el *primer criterio*: que ha de *prevalecer la hoja registral* cuyo derecho dominical inscrito sea de *mejor condición según el Derecho civil puro*, y, por tanto, abstracción hecha de las normas inmobiliarias registrales.

pio que más señaladamente la domina, es la constituida por los últimos y residuales vestigios de las hipotecas tácitas en nuestro Derecho. Todo el empeño de la moderna legislación hipotecaria se dirigió a la supresión de este tipo de hipotecas mediante la transformación de las antiguas hipotecas legales, haciendo que éstas, a partir de entonces, lejos de ser obra inmediatamente nacida de la ley, pasaran a ser hipotecas de constitución forzosa pero –al igual que la de las voluntarias– necesariamente expresa, formal y necesitada de inscripción para poder perjudicar a terceros (arts. 146, de una parte; y 158, 159, 161, de otra; de la LH de 1861)⁵²². Pues bien, contra este tan central y básico criterio van a admitirse en nuestro Derecho las hipotecas tácitas que en favor del Estado y de los aseguradores establecieron en la originaria Ley Hipotecaria, respectivamente, los artículos 218, I y 220⁵²³, y que en la vigente siguen manteniendo los artículos 194 y 196. De «verdadera excepción» califica Roca Sastre estas hipotecas no formalizadas, ya que sin tal formalización e inscripción afectan y perjudican a terceros⁵²⁴. A

⁵²² Cfr. EM 1861, p. 293: «Adoptado por la Comisión el sistema que queda expuesto, la frase *hipoteca legal* no tendrá ya la acepción antigua, sino que significará el derecho o la obligación de pedir y obtener una hipoteca especial sobre bienes raíces o derechos reales que sean hipotecables y de que pueda disponer el hipotecante».

⁵²³ Artículo 218: «El Estado tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, para el cobro de una anualidad de los impuestos que gravan a los inmuebles [...]»; artículo 220: «Mientras no se devenguen los premios de los dos años, o los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos». La EM (pp. 306 y 307) las justifica del siguiente modo: «La hipoteca de los bienes de los contribuyentes para el pago de las contribuciones se ha limitado a un año, porque no es de presumir que dentro de él deje la Administración de hacer que se satisfaga lo que en este concepto se adeude. El que compra una finca debe suponer que está al corriente en el pago de contribuciones, porque nadie ignora las vías de apremio que tan ejecutivas son contra los morosos. Si los agentes de recaudación han sido omisos, esta falta no debe recaer sobre un tercero, que no puede menos que considerarlos como diligentes. Así sabe el adquirente hasta dónde puede llegar la responsabilidad de una finca, y tendrá buen cuidado, si la adquisición es por título oneroso, de que la acredite el enajenante que no tiene descubiertos, o sabrá por lo menos de un modo fijo los que tenga»; «El premio del seguro es deuda que debe afectar con hipoteca a la finca asegurada: no hay ley que terminantemente lo ordene, pero no puede dudarse de su justicia [...]. Por esto el Proyecto, siguiendo el ejemplo de otras naciones, y atendiendo más a lo que debe ser que a lo que derecho existe [*sic*], comprende entre las hipotecas legales la de los bienes asegurados por los premios del seguro de dos años, y cuando el seguro es mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho. Los premios devengados anteriormente no deben exigirse en perjuicio de tercero: la ley presume que estaban satisfechos. Si no lo están, es por culpa de los aseguradores, los cuales pueden perpetuar su derecho exigiendo y obteniendo una hipoteca especial por las cantidades que se adeuden, cualquiera que sea la fecha en que debieron satisfacerse, pero sin que esto perjudique al tercer adquirente, que obtuvo el dominio de la finca u otro derecho real sobre ella antes de que la inscripción llegara a efectuarse».

⁵²⁴ ROCA SASTRE, *op. cit.*, I, p. 787: «... lo cual supone una verdadera excepción a la fe pública registral»; ID, IV, pp. 904-905: «[...] en las hipotecas legales tácitas por contribuciones y seguros, existe verdaderamente un derecho real de hipoteca de creación y constitución legal, en garantía de unos créditos a los que la ley atribuye la cualidad, condición o propiedad de privilegiados, con lo cual queda confirmado lo dicho al principio, esto es, que el privilegio y la hipoteca legal tácita, no son dos figuras opuestas, pues ésta es un derecho real, aunque de constitución no formalizada, y el privilegio es una simple cualidad del crédito garantido».

partir del pronunciamiento legal la doctrina no podrá negar que en una y otra hipótesis se produce, en igual forma, la excepción a la fe pública registral que, por su parte, confirman en el Código Civil los artículos 1923, 1.º y 2.º, y 1927, 1.º

Tan contrarias al moderno Derecho de la publicidad son estas excepciones que cuando posteriormente el legislador ha pretendido ampliar su número (art. 9.5 LPH de 1960; 9.1 tras su reforma en 1999), a pesar de la inequívoca univocidad de los términos empleados para hacerlo⁵²⁵, la doctrina, tanto la de los autores como la de la Dirección General de los Registros, se ha manifestado polémica en su interpretación y reacia a su admisión: la afección del piso al pago de las cuotas por gastos comunes correspondientes a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior, vienen a constituir –se dice– una afección real que ha de acceder a la publicidad registral a través de la anotación de embargo o de demanda para poder gozar de la eficacia plena del sistema⁵²⁶. No parece ser ese, según la expresión de la Ley, el régimen impuesto al funcionamiento y efectividad de esta nueva carga asimilada legalmente en todo a las clásicas y excepcionales hipotecas tácitas que establecen los artículos 194 y 196 de la Ley Hipotecaria⁵²⁷.

⁵²⁵ Artículo 9, 5.º de la Ley de 1960: «[...] Al pago de estos gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente estará afecto el piso o local, cualquiera que fuere su propietario actual y el título de su adquisición, siendo este crédito a favor de la comunidad de propietarios preferente a cualquier otro, y sin perjuicio de las responsabilidades personales procedentes». En la reforma de 1999, ya en la Exposición de Motivos: «Otra de las grandes demandas de la sociedad es lograr que las comunidades de propietarios puedan legítimamente cobrar lo que les adeudan los copropietarios integrantes de las mismas. Lo que se viene denominando “lucha contra la morosidad” se pretende combatir con esta reforma a través de una pluralidad de medidas dirigidas a tal fin: [...] afección real del inmueble transmitido al pago de los gastos generales correspondientes a la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año inmediatamente anterior [...]»; y en el texto de la Ley, artículo 9.1.e):

«[...] Los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y al año natural inmediatamente anterior tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 CC y preceden, para su satisfacción, a los enumerados en los apartados 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores.

El adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación.

[...].»

⁵²⁶ Así, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.* (II), p. 564, negando a esta figura su carácter de hipoteca tácita y tratándola como un supuesto de excepción al funcionamiento del principio de prioridad.

⁵²⁷ Nos remitimos en este punto al estudio de REALES ESPINA, J. I., «La garantía del crédito por los gastos comunitarios del artículo 9.1.e) de la LPH: ¿un supuesto de hipoteca tácita?», *AC* núm. 29 (2002) pp. 979-995.

d) *¿La retroacción de la quiebra, antes; y la acción rescisoria del artículo 71.1 de la Ley Concursal, hoy?*

Al habernos ocupado ya de esta materia con cierta extensión y detalle⁵²⁸, podemos someter ahora su tratamiento a la mayor brevedad posible limitándolo a sus puntos esenciales. Por lo que hace al régimen hoy derogado de la quiebra, la doctrina detectó en su retroacción un supuesto de excepción al principio de fe pública «no previsto por la doctrina ni –al parecer– por la Ley»⁵²⁹, o, más escéptica y críticamente, una «pretendida excepción»⁵³⁰ a dicho principio. Efectivamente, fue la jurisprudencia la que en una interpretación tan rigorista y forzada como inconsistente del artículo 878, II del CCO, vino a consagrarla en la famosa sentencia de 17 de marzo de 1958: los actos del deudor alcanzados por el periodo de retroacción de la quiebra se verán afectados por la más inusitada y enérgica nulidad conocida en el ordenamiento; una nulidad radical *ipsae legis potestate et auctoritate*, indefinidamente propagable a todo eventual subadquirente, no obstante lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, como medida necesaria para evitar el injusto demoramiento de la masa de la quiebra en el *proximum tempus decoctionis*⁵³¹. Aquí estaría, obviamente, la

⁵²⁸ Lo hicimos, primero, en nuestro estudio «*Par conditio creditorum* y protección del tráfico. (Un apunte en el paso de la retroacción de la quiebra a su supresión en la Ley Concursal)», AC, núm. 17, 2003, pp. 413-432, y después en «Protección del tráfico inmobiliario y *par conditio creditorum* (De la desmesurada retroacción de la Quiebra a la malograda normalización registral del Concurso)», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2005, t. IV, pp. 4083-4124. A ellos nos remitimos para la ampliación y desarrollo de lo que a continuación sigue en el texto.

⁵²⁹ LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 199.

⁵³⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 610.

⁵³¹ Entresacamos algunos de sus párrafos más significativos:

«[...] el artículo 878 del CCO [...] determina de manera inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado en período comprendido dentro de la fecha de retroacción declarada y firme de la quiebra [...], nulidad *ipse (sic) legis potestate et auctoritate*, a pesar de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y de la buena o mala fe en la adquisición, inoperante en los casos a que se refiere aquel precepto [...].»

«[...] ni tampoco se produce conflicto de leyes, porque el Código de Comercio y la Ley Hipotecaria regulan materias especiales que se armonizan y completan, que no se derogan [...] por cuanto en aquél se contemplan casos especiales que han de prevalecer en interés de la quiebra para evitar el injusto desmoronamiento de la masa de la misma en el *proximum tempus decoctionis*, no previsto específicamente en el Derecho inmobiliario como lo está en la legislación mercantil.»

«[...] la nulidad radical admitida por la sentencia recurrida no puede ser subsanada por la inscripción, arrastra en aras del patrimonio del quebrado, intengible para éste a partir de la fecha de la retroacción de la quiebra, la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos a los que derivan causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes [...].»

«[...] no puede ser amparado el derecho del recurrente [*subadquirente*] por pretender algo que no puede tener efectividad por la ausencia de poder para transmitir en su causante y la cancelación de su inscripción, que rompe civil e hipotecariamente el tracto sucesivo por pérdida del dominio y cancelación de la inscripción del transmitente [...].»

pretendida excepción a la fe pública registral. Tan extremosa y perturbadora en sus resultados, y tan frágil en su fundamento, que nunca pudo sustraerse a la crítica doctrinal ni asentarse pacífica y definitivamente en la misma jurisprudencia⁵³². La más autorizada doctrina la rebajó en su punto más débil: pase que el acto del deudor afectado por la retroacción sea un acto nulo; pero a él sólo se refería el artículo 878 del Código de Comercio: los actos dispositivos de su causahabiente quedan fuera del mismo y entran, en cambio, de lleno en el tenor del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El adquirente directo del quebrado –se dirá⁵³³– adquiere en virtud de acto nulo cuya nulidad no puede sanar la Ley Hipotecaria, pero en el subadquirente se cumplen los requisitos necesarios para que en su favor actúe el principio de fe pública registral. Siendo ello así, la retroacción de la quiebra no vendría a suponer la excepción a tal principio que tan extremosa y temerariamente pretendió la sentencia de 17 de marzo de 1958 y que posteriormente han venido a negar tanto la jurisprudencia que en sus últimos coletazos viene aplicando el ya derogado artículo 878 del Código de Comercio⁵³⁴ como los preceptos que en la vigente Ley Concursal se ocupan de la reintegración de la masa (arts. 72.2 y 73.2). El interrogante que encabeza el tratamiento de esta discutida excepción debe, pues, cerrarse negativamente: en la actual jurisprudencia la retroacción de la quiebra no excepciona el funcionamiento del principio de fe pública, y tampoco lo hace en la vigente Ley Concursal el régimen de las acciones de reintegración de la masa activa del concurso.

Pero, admitida esta respuesta, y aunque tenga que ser excediendo el delimitado campo en que aquí nos movemos, debemos proseguir por un momento en la indagación sobre la relación entre la solución al problema de la reintegración de la masa de la quiebra o del concurso y la seguridad del tráfico que la Ley Hipotecaria se propuso lograr. ¿Podemos considerar que la protección de los subadquirentes a través del principio de fe pública proporciona a la seguridad del tráfico la *completa* satisfacción que la Ley Hipotecaria pretendió darle? La respuesta, lamentablemente, tiene que ser negativa. La Exposición de Motivos de 1861 dejó claramente afirmado y argumentado que la única amenaza a la seguridad del adquirente no es el defecto de titu-

⁵³² Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Nulidad de los actos del quebrado en el período de retroacción de la quiebra. La sentencia de 12 de marzo de 1993 y la jurisprudencia del último decenio», *Aranzadi Civil*, 1993, pp. 2489 ss.

⁵³³ Así, señaladamente, entre los hipotecaristas, ROCA SASTRE, «Imperfecciones hipotecarias», *Información Jurídica*, julio-agosto 1951, p. 748, y, entre los mercantilistas, OLIVENCIA, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, pp. 107-109.

⁵³⁴ *Vid.*, entre ellas, la de 13 de diciembre de 2005, y las de 14 de febrero y 19 de junio de 2006.

laridad del transmitente sino también su incapacidad o la limitación de sus facultades dispositivas. Si contra ellas no se protege al adquirente la obra aseguradora de la Ley sería incompleta⁵³⁵. Para cerrar esa indeseada y evitable fuga a la seguridad del tráfico van a admitirse a inscripción y anotación preventiva las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar o se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes así como las demandas por las que tales resoluciones se insten (arts. 2.5 y 42.4 LH). Aquí entra indudablemente la declaración de quiebra o concurso (art. 142 RH)⁵³⁶, y respecto a este expediente protector hay que dejar en claro, de una parte, que su beneficiario no es el «tercero» o subadquirente del artículo 34; y de otra, que su mecanismo protector no es el principio de fe pública registral sino el de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito tal como palmariamente se desprendía del tenor del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria y aún hoy –a pesar de su retoque redaccional cuando a última hora se le repesca en la reforma de 1944-46– debe desprenderse de la recta exégesis del artículo 32 de la misma⁵³⁷. Precisamente porque su mecanismo protector es éste, y no el principio de

⁵³⁵ Cfr. E. M., p. 243: «Después de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse a la inscripción por ser traslativos de dominio o constitutivos de un derecho real, ha añadido la Comisión algunos otros documentos cuya inscripción ha considerado no menos necesaria. A esta clase corresponden ante todo las ejecutorias de los tribunales en que se declara la incapacidad legal para administrar, o la presunción de muerte de personas ausentes, o se impone la pena de interdicción o cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada en el Proyecto de Código Civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Sólo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la Ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido».

⁵³⁶ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, pp. 295-296: «Aquí añadiremos que debe tenerse presente lo que acerca de este punto agrega el Reglamento en su artículo 4.º, que ya dejamos transcrito. Según él, las sentencias ejecutorias que deben inscribirse no son sólo las que expresamente declaran la incapacidad para administrar o modifican con igual expresión la capacidad civil en cuanto a la libre disposición de los bienes, sino todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante. Así sucede con las ejecutorias en que se admite la cesión de bienes que hace el deudor que no puede satisfacer a los acreedores; así con las que declaran a alguno en quiebra y con las que ordenan un secuestro [...]»; HERNÁNDEZ ARIZA, *Ley Hipotecaria comentada*, Madrid, 1861, I, p. 507, «También entendemos comprendidos en el mismo § 4 los fallos ejecutorios que impiden al propietario o al administrador hábil para contratar en uso de cualesquiera de sus facultades, como son aquellas en que se ordena la separación de bienes del matrimonio, o se confiere su administración a la mujer, o se declara una quiebra, y otros análogos».

⁵³⁷ Nos remitimos para el desarrollo de lo dicho y de lo que inmediatamente sigue a nuestros anteriores estudios: «El principio de inoponibilidad...», *cit.*, pp. 493-500, y «El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral...», *ADC*, 1998, pp. esp. 544-595.

fe pública, puede sortear la protección del adquirente inmediato del incapaz –en nuestro caso, del quebrado o concursado– el obstáculo que, de no ser así, contra ella alzaría el artículo 33. Efectivamente, tal inmediato adquirente, aunque *parte* en el acto «nulo», es ajeno (tercero) respecto a la quiebra o al concurso y a las relaciones existentes entre el deudor común y sus acreedores; y, en todo caso, resulta evidentemente absurdo y frontalmente contrario a la comprobada finalidad protectora de la Ley, que tal protección pueda estrellarse contra el granítico muro del artículo 33: ¡Si todo el juego del principio de inoponibilidad se cifra aquí en el blindaje del adquirente inmediato contra la «nulidad» derivada de la incapacidad o limitación dispositiva de su transmitente! Pero sabido es en qué ha quedado, de hecho, este peculiar mecanismo protector en la práctica de nuestro Derecho. Don Jerónimo González, reconociendo la verdad de su asentamiento en la Ley⁵³⁸, pero sin comprenderlo, lo sometió algo altaneramente a crítica tan acalorada como inconsistente, que arropada posteriormente en el extendido e influyente monismo hipotecario, ha terminado por llevarlo a su inutilización más absoluta. A costa, naturalmente, de esa seguridad del tráfico que la Ley Hipotecaria se había propuesto lograr completamente. El hecho ha sido que frente a la quiebra no anotada ni inscrita, el adquirente inmediato del deudor no ha llegado a gozar el efecto protector de la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, porque al ser nulo su acto adquisitivo –se dice⁵³⁹– el artículo 33 le impide lucrar la protección registral. En la vigente Ley Concursal esta desprotección registral de quien ha sido parte en el contrato impugnado aparece expresamente formulada en su artículo 72.2. Es por aquí por donde padece la seguridad del tráfico si ésta consiste, como con razón indicaba Ehrenberg, en que nadie se debe ver sorprendido por una nulidad que razonablemente no pudo prever⁵⁴⁰. El problema, como se sabe, se planteaba agudamente en el régimen anterior a causa de la retroacción de la quiebra, y

⁵³⁸ «Aplicando, por lo tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23 –reconoce en *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, p. 347–, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero cuando no se hallen inscritas o anotadas».

⁵³⁹ De nuevo, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 349: «Frente al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, según el cual la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, se estrallarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada». La confusión a que se refiere es la se produce en la Ley: «La Comisión redactora –había dicho poco antes (p. 347)–, siguiendo las huellas de algunas legislaciones hipotecarias, se orientó en un equivocado sentido: “Si la ley no atendiera, dice la Exposición de Motivos, a que la capacidad de la persona constara en el Registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el objeto apetecido”».

⁵⁴⁰ EHRENBURG, «Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Rücksicht auf das Handelsregister», *Iherings Jahrb.*, 1904, p. 282. «Die Verkehrssicherheit besteht darin, daß eine beabsichtigte günstige Veränderung des gegenwärtigen Bestandes an vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person nicht vereitelt wird durch Umstände, die ihr unbekannt sind».

subsiste hoy en esa, a nuestro juicio, su camuflada prolongación en la particularísima acción rescisoria de los actos celebrados por el concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso que ha venido a consagrar el artículo 71.1 de la Ley Concursal. Extraña rescisión basada en un perjuicio que no tiene por qué consistir en la provocación por el deudor de su propia insolvencia y que tampoco requiere intención fraudulenta por parte de nadie⁵⁴¹. Por más especiales que sean las acciones rescisorias propias del concurso, cuesta trabajo integrar la que aquí se dibuja en la genérica esencia de la rescisión por fraude de acreedores⁵⁴² y en el molde de su regulación registral⁵⁴³.

⁵⁴¹ Cfr. LEÓN, FRANCISCO J., en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, p. 1304: «[...] para facilitar el ejercicio de estas acciones rescisorias especiales se prescinde del elemento subjetivo o intención fraudulenta (art. 71.1) y no se exige que se aprecie la situación de insolvencia del deudor en el momento de realizar el acto objeto de impugnación, aun a costa de la inevitable inseguridad en el tráfico».

⁵⁴² Por todos, criticando ciertas explicaciones excesivamente sencillas pero no aceptables de la acción pauliana, CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1911 y 1111 CC», *RDP*, 1932, p. 201, «[...] se crea un deber de soportar una ejecución sin que se nos explique el porqué. ¿Qué títulos tiene el acreedor para pedir una ejecución en el patrimonio de un tercero? En nuestro Derecho no puede pensarse en ejecución sino en el caso de la acción real o de incumplimiento de un deber de prestar [...]. El escollo de estas teorías es el no haberse preocupado de la existencia de un negocio jurídico válido, en el que se basa la legítima adquisición del tercero; mientras esta posición jurídica no sea impugnada eficazmente, habrá un obstáculo insuperable para el actor».

⁵⁴³ Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, «La acción rescisoria concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, cit., pp. 4134-4135: «Suscita dificultades el encaje del artículo 37.4.º de la Ley Hipotecaria con la regulación de los efectos de la rescisoria concursal, pues aquel precepto protege a terceros adquirentes a título oneroso cuando no hubiesen sido cómplices en el fraude, y esta circunstancia ha quedado sustituida en la LC por el simple perjuicio a la masa concursal. No requiere un especial ánimo defraudatorio del adquirente».