

El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral *

ANTONIO GORDILLO CAÑAS

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. *Planteamiento y status quaestionis*. II. *Fundamentación legal del principio de inoponibilidad en su ámbito mínimo*: 1. Sobre el modo de proceder para la fundamentación legal del principio de inoponibilidad. 2. La autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH: a) El artículo 32 es «latino» mientras que el 34 es «germánico». b) Los artículos 32 y 34 se mueven en terrenos distintos y, desde presupuestos diferentes, obedecen a distinta *ratio*. c) Los artículos 32 y 34, siendo distintos, no son incompatibles, y pueden conjugarse en la unidad de un mismo sistema. 3. La autonomía del artículo 32 devuelve a la «primera inscripción» la utilidad que le niega la tesis monista. III. *Los requisitos de aplicación del principio de inoponibilidad: el problema del tercero o terceros hipotecarios*. 1. Nexo e introducción al estudio del problema. 2. La centralidad del «tercero» en el sistema de la publicidad registral inmobiliaria y la peculiaridad dual de nuestro «tercero hipotecario». 3. Diferenciación de los dos terceros favorecidos por la «eficacia ofensiva de la inscripción» y concreta determinación de los requisitos exigibles al tercero del artículo 32: a) Inscripción de su adquisición. b) Buena fe. c) ¿Onerosidad? d) Exclusión de la previa inscripción. IV. *La ampliación del ámbito mínimo de la inoponibilidad registral*. 1. Planteamiento y justificación. 2. La inoponibilidad de las resoluciones judiciales sobre la capacidad del titular registral. 3. La inoponibilidad de los arrendamientos y derechos de retorno arrendaticio no inscritos. 4. ¿Inoponibilidad de derechos no inscritos al anotante del embargo? V. *Algunas indicaciones finales sobre el principio de in-*

* 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 PB 98-1159, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (DGICYT). El autor expresa su agradecimiento por la aprobación y financiación de dicho Proyecto.

ponibilidad: su relación con otros principios, su significación actual y su específico fundamento. 1. Inoponibilidad y fe pública registral. 2. Inoponibilidad y prioridad. 3. Inoponibilidad y apariencia jurídica.

I. PLANTEAMIENTO Y STATUS QUAESTIONIS

El principio de inoponibilidad –lo inscribible no inscrito no perjudica a tercero de buena fe¹– es, paradójicamente, el más clara y abundantemente declarado y formulado en los momentos fundacionales de nuestro moderno sistema inmobiliario registral y, al mismo tiempo, el más combatido, cuando no llanamente silenciado, en nuestra actual doctrina hipotecaria. Comprobemos lo dicho para, a continuación, pasar a explicar la paradoja. Los datos que nos permitirán entenderla son los mismos que nos orientarán en la mejor dirección para fundamentar el principio de inoponibilidad, enmarcarlo en nuestro sistema registral y delimitarlo en su propio espacio.

El más claramente declarado: Cuando la Exposición de Motivos de 1861 se propone precisar el sentido exacto atribuido a la palabra «publicidad» –*porque es necesario fijar bien las palabras que pueden ser de distinto modo interpretadas– dirá que consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas; en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe ...*². Baste este texto, de entre los otros muchos de la misma Exposición de Motivos que en el mismo sentido podrían citarse, para comprobar cómo por

¹ Ese es, en sustancia, el espíritu y contenido del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria: *Los títulos mencionados en los artículos 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro, no podrán perjudicar a tercero*. Posteriormente, y en materia distinta a la inmobiliaria, la Ley de Fundaciones (Ley 30/1994, de 24 de noviembre) lo formulará en su artículo 37.1.º: *Los actos sujetos a inscripción en el Registro de Fundaciones y no inscritos no perjudicarán a terceros de buena fe*. Doctrinalmente, el principio de inoponibilidad ha sido definido por GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid 1993, p. 29 como «aquel principio hipotecario en virtud del cual los títulos de dominio o de derechos reales no inscritos ni anotados en el Registro, no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el Registro».

² E. M. de 1861, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, I, Fuentes y Evolución*. I. C. N. de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1974, p. 228.

los autores de la Ley la inoponibilidad se entiende situada en el meollo mismo de la publicidad, de cuya eficacia constituye la más inmediata consecuencia. Baste también para explicar que la inoponibilidad de lo no inscrito pudiera ser considerada por Gómez de la Serna como el *principio cardinal* de la Ley Hipotecaria³, y que, en la estimación común, el artículo 23 de la misma se tuviera como *el más importante* de toda ella, por ser el precepto que sintetizaba todo su espíritu y la comprendía en la totalidad de su contenido⁴.

Pero, al mismo tiempo —decíamos—, el más combatido, cuando no llanamente silenciado: Muestra principal de su silenciamiento, los «Principios Hipotecarios» de don Jerónimo González⁵; exponente de su combativa negación, sobre todo, Roca Sastre⁶ y, más recientemente, Pau Pedrón, quien hace del radicalismo monista su personal credo hipotecario⁷. Tan mal fueron las cosas al principio de inoponibilidad, que su principal baluarte legal —el originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria⁸— a punto estuvo de sucumbir

³ GÓMEZ DE LA SERNA: *La Ley hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, I*, Madrid 1862, p. 600: «No debió parecer difícil la resolución a la Comisión Codificadora fijándose en el principio cardinal de la Ley. Este es que no perjudique a tercero el acto o contrato de que no haya podido tener conocimiento por el Registro». Cfr., también, DE LA SERNA — MONTALBÁN: *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, II, 14.ª ed., Madrid 1896, p. 531: «Todas estas reglas —dice refiriéndose a los artículos 23, 25, 26, 28, 35, 36 y 38 y 24 LH— son también consecuencia del principio de publicidad, según el cual, no debe perjudicar a ningún adquirente de una cosa raíz o de un derecho real impuesto sobre ella, ningún acto, contrato ni derecho real que no se halle en los libros del Registro ...».

⁴ Cfr. SERNA: *La Ley Hipotecaria ...*, cit., p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo [el 23] era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción, el artículo 354. Sin entrar en la mayor o menor exactitud que puede haber en tal apreciación, es indudable que tenía razón el Ministro en considerar este artículo como el más importante de la Ley, por más que no sea el único fundamental». Antes que SERNA y que el Ministro, ya había dicho LUZURIAGA —en las *Concordancias de GARCÍA GOYENA* (Ed. Zaragoza, 197), p. 951— refiriéndose al precedente del artículo 23 LH en el Proyecto de Código Civil: «puede decirse que todo el espíritu de la ley presente está contenido en el artículo 1858».

⁵ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Principios hipotecarios*, Madrid 1931, esp., p. 159, donde la inoponibilidad aparece sin consideración de principio hipotecario, englobada en el de publicidad como aspecto negativo de la fe pública registral y fundamento de la presunción de integridad registral.

⁶ ROCA SASTRE: «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *RCDI*, 1965, pp. 781-829. En la p. 804 descalifica a la tesis dualista tachándola de «indefendible».

⁷ PAU PEDRÓN, A.: «Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales», *RCDI*, 1994, p. 2197: «me confieso —dice— radicalmente monista».

⁸ También, y sobre todo —cfr. al respecto, e.c., AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, VII, 2.ª, Madrid 1978, pp. 281-288, esp., p. 286 y MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: *El tercero hipotecario y la anotación de embargo*, ADC 1994, pp. 91 ss., esp., p. 110, —responden al principio de inoponibilidad los artículos 606 y 1473 CC; además, en la más completa enumeración de GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. II, Madrid 1993, pp. 29-30, los artículos 13, 313 y 225 LH; 1526 y 1549 CC; y 5 LPH.

en la reforma hipotecaria de los años cuarenta. Lo suprimió la Ley de Reforma de 1944, aunque finalmente fue recuperado como artículo 32 por el Texto Refundido de 1946. De esta crisis vino la reacción que, tras su caída en el olvido y el desinterés, rescató para el nuevo artículo 32 la atención que inicialmente se prestaba al 23 en su consideración de expresión sintetizada del sistema. Sobre la clave del artículo 23, dirá Núñez Lagos⁹, se construyó el edificio de la Ley Hipotecaria; y volviendo a él –añadirá Carretero¹⁰– se hace necesario restaurar en nuestro Derecho Registral el principio de inoponibilidad. A partir de ahora se multiplicarán los esfuerzos por asignarle campo propio, concretar las condiciones necesarias para su aplicación¹¹, y lograr su reconocimiento como auténtico y fundamental principio hipotecario¹². Es mucho lo que en esta línea se ha alcanzado, aunque no tanto como para poder considerar admitida común y pacíficamente su aceptación. El principio de inoponibilidad goza hoy de un cierto reconocimiento oficial como uno de los grandes principios configuradores de nuestro sistema registral¹³, pero el monismo hipotecario sigue contando con importantes valedores.

¿Cómo ha sido posible este estado de cosas? Varias, y de distinta naturaleza, son las causas que pueden explicarlo. Según nosotros las vemos, podrían señalarse las siguientes:

En primer lugar, y en el plano más superficial: la natural torpeza en la percepción y expresión de los principios hipotecarios detectable en los momentos fundacionales del Registro de la Propiedad. Los autores de la Ley Hipotecaria sólo distinguie-

⁹ NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 241-243; ídem.: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp., esp., 573-582.

¹⁰ CARRETERO GARCÍA, Tirso: Los principios hipotecarios y el Derecho comparado, *RCDI*, 1974, pp. 26: «Por ello pretendemos restaurar las líneas originarias del principio latino de inoponibilidad consagrado por la ley de 1861 en su artículo 23 ...»; la misma idea, con anterioridad, en «Retornos al Código Civil», I y II. *RCDI*, 1962, pp. 227 ss. y 1965, pp. 75 ss., respectivamente.

¹¹ Cfr., sobre todo, LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona 1968, pp. 195-235, y AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *RCDI*, 1967, pp. 1523-1586.

¹² Así, GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid 1988, pp. 541-542, y II, *cit.*, pp. 29-226.

¹³ A él se refiere el Preámbulo del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario: [...] *fiel al principio de inoponibilidad respecto de terceros de lo no inscrito* [...]. Antes, la Instrucción de 29 de octubre de 1996, de la DGRN, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos («BOE» 9-11-96), Preámbulo: «Más aún debe concretarse dicho contenido, si se tiene en cuenta el sistema de *numerus apertus* por el que se rige nuestro Derecho, civil y registral, causa de la amplitud y eficacia de la protección jurídica extrajudicial que los principios de legitimación, fe pública e inoponibilidad prestan a los derechos y pactos inscritos y a sus titulares».

ron dos: los caracterizadores del sistema germánico, el de especialidad y el de publicidad¹⁴. Tampoco debe llamar la atención que así fuera: la intuición del fin y la elección de los medios conducentes al mismo, es normalmente anterior a la explicación analítica y detallada del complejo instrumento construido para obtenerlo. En este sentido se entiende perfectamente que la depuración conceptual de los principios hipotecarios, así como su identificación y denominación diferenciada, como perteneciente al periodo analítico-explicativo de la obra ya realizada, sea posterior a la edificación del sistema registral. Valga esta somera indicación para explicar que en el arranque de éste no se encuentre referencia alguna al principio –así distinguido y denominado– de inoponibilidad; lo que no equivale a decir que tal inoponibilidad no estuviera consciente y reflejamente presente en la ideación del sistema registral y en la concepción de su finalidad y eficacia. Justamente, en la inoponibilidad ven los autores de la Ley el sentido preciso atribuido a la publicidad cuando, erigida en principio fundamentador del edificio, se hace necesario concretar su efectividad y resultado: ... *consiste ésta ... en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir ...* Al igual, pues, que ocurre con el de fe pública registral, el principio de inoponibilidad queda indiferenciado e innominado como principio en los primeros tiempos, reducido a ser una manifestación –las más destacada, ciertamente, en aquellos momentos– del principio global de publicidad.

Pasando del plano más superficial de la percepción separada y de la denominación diferenciada, y yendo al problema de fondo, la conflictividad del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho registral se alimenta en la peculiar condición de nuestro ordenamiento hipotecario. Peculiaridad, porque, confesándose germánico, no lo es hasta el extremo de atribuir valor constitutivo a la inscripción, sino que, en este punto, se alinea con el modelo latino, y hace de la toma de razón registral simple elemento de oponibilidad a terceros. Pero la adopción de esta medida, tampoco lleva a convertir en latino a nuestro Registro: desarrollado técnicamente y dando protección a la confianza depositada en la información registral, consigue un efecto de publicidad positiva totalmente

¹⁴ Baste recordar aquí el texto de LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927: «La Comisión General del Códigos adoptó desde luego resueltamente los dos grandes principios de *publicidad* y *especialidad* de las hipotecas: la Sección del Código Civil ha hecho la aplicación de estos principios en este título y en el siguiente, y en consecuencia nuestra Ley Hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel *doble principio*; sistema que ha recibido el nombre de Alemán, porque en efecto la Alemania es su cuna y su principal teatro» (cva. del a.).

ajeno a los Registros latinos. Sistema peculiar, pues, el nuestro, y sistema cuya calificación puede verse dificultada, además de por su propia composición «mixta» o de síntesis ¹⁵, según acaba de indicarse, por la desorientadora o desconcertante circunstancia de que su propia efectividad positivo-germánica será muy frecuentemente explicada en los primeros tiempos recurriendo a la terminología latina.

Y queda todavía un tercero y muy importante factor explicador del eclipse del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho: que una vez llegados en la práctica a la inscripción registral, y desencadenado por ésta el efecto de la fe pública registral, es ya muy reducido el campo que queda al principio neto y autónomo de inoponibilidad. Apenas una inscripción se engarce en otra anterior, al segundo inscribiente le basta con la fe pública registral para obtener del Registro toda la protección que del mismo puede esperarse. Lo que después se llamó «el aplastamiento» ¹⁶ del artículo 32 (originario 23) por el 34 de la Ley Hipotecaria, aunque con algo de exageración, no vino sino a expresar el resultado natural de la convivencia, dentro de un mismo sistema, de elementos tan desiguales como los principios de inoponibilidad y fe pública registral. Aun con su cuña de inoponibilidad latina, un ordenamiento inmobiliario que da entrada en su mecanismo al principio de fe pública, puede obtener sobre ésta sola su finalidad aseguradora del tráfico sin experimentar grandes carencias.

Estas razones, fácilmente hipotizables en su condición de causa del obscurecimiento del principio de inoponibilidad cuando éste se plantea en términos de posibilidad abstracta, son las que concretamente y de hecho han influido efectivamente en la realidad histórica de su solapamiento en nuestra doctrina sobre la publicidad registral inmobiliaria. La idea de los principios hipotecarios, y el interés por su detección y exposición, es alemana; pero, no existiendo en Alemania un principio autónomo de inoponibilidad, y, al mismo tiempo, gustando nuestros hipotecaristas en inspirarse en la doctrina alemana e interpretar nuestro sistema a imagen del alemán, fácilmente se entiende que en nuestras enumeraciones de los principios hipotecarios no haya aparecido por regla general el de

¹⁵ Cfr. CARRETERO: *Retornos* II, *cit.*, pp. 135-136: «Es conveniente acercarse al Derecho Hipotecario comparado con la idea de que nuestro sistema es una síntesis de los latinos y los germánicos que se inclina a los latinos, en el problema de la inscripción como modo [dice] y a los germánicos en el de las presunciones derogadoras del *Nemo dat quod non habet*. Esta posición sintética, más que intermedia [...]».

¹⁶ CARRETERO: *Retornos...*, II, *cit.*, p. 93: «Si hacemos una apretada síntesis de la historia de nuestra legislación hipotecaria, habremos de decir que se reduce a un involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34».

inoponibilidad de lo no inscrito¹⁷. Desde otro punto de vista, el efecto de la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito es típicamente latino, y, considerándose en nuestra doctrina que nuestro sistema hipotecario —sea originariamente, sea por evolución posterior¹⁸— es germánico, no puede llamar la atención que buena parte de la doctrina haya considerado incompatible la inoponibilidad latina con el germanismo de nuestro sistema registral¹⁹; y que, en consecuencia, no haya entendido posible en nuestro Derecho registral más inoponibilidad de lo no inscrito que la negativamente implícita en la fe pública registral: el artículo 32 no es más que uno de los supuestos de inexactitud registral comprendido en el 34 LH²⁰.

¹⁷ En las obras más recientes, el principio de inoponibilidad aparece, nominalmente indicado junto al de legitimación y fe pública, dentro del de publicidad, en CHICO Y ORTIZ, José María: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Madrid 1994, p. 92; igualmente, denominado principio pero no destacado como tal, en PAU PEDRÓN, A.: *Manual de Derecho Registral Inmobiliario*, 1996, p. 79: «Además, la ineficacia de lo no inscrito puede derivar, en rigor, de dos distintos principios registrales: el de fe pública, en uno de sus aspectos —cuando lo no inscrito es un título de dominio o de otro derecho real (art. 32)—, o de inoponibilidad en sentido estricto —cuando lo no inscrito es un título anotable—; silenciado, en CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1989, pp. 173-176; CRISTOBAL MONTES, A.: *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza 1986, pp. 224-272; y CANO TELLO: Celestino: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid 1982; indeciso en cuanto a su autonomía, MONSERRAT VALERO, A.: en su *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 2000, pp. 31-33, aunque poco después tome postura contra ella (Cfr. ID.: «En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario», *RDP* 2001, pp. 505-520).

¹⁸ Lo de la evolución del sistema hipotecario es cosa afirmada por todos, pero entendida en distinta forma y con matices diferentes. Por indicar algunos casos: para ROCA SASTRE (*El problema ...*, cit., pp. 819-822, y anteriormente, en «La nueva Ley de reforma hipotecaria», separata de la *RGLJ*, Madrid 1945, pp. 22-23) la evolución se produce dentro de la adscripción de nuestra Ley al patrón germánico, en el *in crescendo* que va desde el atisbamiento de la fe pública en 1861 hasta su completo desarrollo en 1944-46; para NÚÑEZ LAGOS puede distinguirse una primera evolución en la misma gestación de la Ley, en cuyo final, solamente, se incorpora el artículo (cfr., lugares citados *supra* en la anterior nota 9), y, al parecer otra, posterior ya a su nacimiento, gracias a la cual podrá decirse que nuestro sistema registral, «si un día fue un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español. Las hojas de morera germánicas son ya rica seda española» (El Registro de la Propiedad español, *RCDI*, 1949, p. 141); para COSSÍO: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.ª ed. Barcelona 1956, pp. 220-221, se produce, casi inadvertidamente, al pasar en la reforma de los cuarenta del originario artículo 27 al 34 actual: de esta forma la Ley Hipotecaria deja de estar influida por el sistema de transcripción y se aproxima al Código alemán.

¹⁹ La incompatibilidad de los sistemas registrales fue ya señalada por OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892 pp. 231-232: «[...] los principios que informaban las legislaciones extranjeras que en 1855 representaban cada uno de los dos sistemas alemán y francés, eran no sólo distintos, sino abiertamente contrarios; no podían fundirse ni amalgamarse para formar con ellos un verdadero código científico; eran, como lo son hoy y lo serán siempre, verdaderamente irreductibles». La afirma posteriormente ROCA SASTRE: *El problema ...*, cit., pp. 818-819, 821; y se la invoca hoy, e. c., por VALPUESTA, M.ª R. : *Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral* (Coords. LÓPEZ LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS), Valencia, 1994, pp. 878-882; a cuya opinión se adhiere MONSERRAT VALERO, A.: *Derecho Inmobiliario ...* cit., p. 234, nota 49, y, posteriormente, *En defensa ...*, cit., p. 513.

²⁰ Principalmente, y por todos ROCA SASTRE: *El problema de la relación ...*, cit. Para la consideración de esta doctrina como mayoritaria: LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, 5.º, Madrid 2001, p. 424.

De hecho –se dirá²¹– aunque en nuestra Ley Hipotecaria el originario artículo 23, por su formulación y por su fondo, pudiera parecer una norma de inspiración francesa, consagrada del polémico principio de inoponibilidad, lo cierto es que el más autorizado comentarista de la Ley lo entendió al modo germánico, como un particular supuesto de aplicación de la fe pública registral: la omisión de la inscripción –venía a decir De la Serna– no puede ceder en perjuicio de quien por ella fue llevado a error creyendo en la exactitud del Registro²². En definitiva: que en nuestro sistema registral no queda espacio para un principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito al tercero que inscribe. La inoponibilidad que como inoponibilidad latina parecería resplandecer con gran alcance en el artículo 32 LH no es más que la inoponibilidad más restringida que, como ingrediente o aspecto negativo de la fe pública registral, se produce en los sistemas germánicos.

El planteamiento que acabamos de recoger, por más extendido que esté, no puede ser considerado como el único posible, ni siquiera como el planteamiento acertado. En realidad, la fragilidad de su argumentación invita al esfuerzo por superarlo. Sin entrar a fondo en cada una de las cuestiones que suscita, veámoslo *grosso modo* y con la exclusiva finalidad, en este momento, de comprobar que no está cerrado en nuestro Derecho el camino hacia el reconocimiento de un principio registral autónomo de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito.

Que en las enumeraciones alemanas no aparezca tal principio, no debe significar por sí solo gran cosa para lo que al respecto deba ocurrir en nuestro Derecho. Sobre las bases del Derecho español de Cosas, distintas a las del Derecho alemán, no puede montarse, sin más, un sistema registral que sea mero trasunto del alemán²³. Concretamente, la diferencia de los sistemas transmisivos alemán y español justifica perfectamente que, al no ser constitutiva la inscripción, *loco traditionis*, en nuestro Derecho, y siendo, por tanto, posible en él la transmisión negocial *inter vivos* sin la intervención

²¹ Cfr. ROCA SASTRE: «Transcendencia de la Ley Hipotecaria de 1861», *RCDI*, 1962, p. 601: «Claro que LA SERNA refería tales palabras [las que responden a lo que en el porvenir había de ser el denominado principio de fe pública registral] al artículo 23 de la Ley, pero esto demuestra la comunicabilidad del doble dispositivo protector de terceros adquirentes [...] (cva. del a.).»

²² Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 567: «[...] pero si no lo hizo [si el primer comprador no inscribió], 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, 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.»

²³ Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho en nuestro trabajo *Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales*, ADC 1995, pp. 527-694.

del Registro, la inscripción de los derechos así transmitidos y adquiridos, o su omisión, provoque sobre éstos, en caso de conflicto, un efecto favorecedor o perjudicial, respectivamente, imponible en el sistema alemán de transmisión por acuerdo e inscripción; pero muy congruente, *a priori*, en un sistema donde, aunque la inscripción no sea constitutiva, la publicidad registral es positivamente incentivada y favorecida, en tanto que instrumento de seguridad del tráfico inmobiliario.

Tampoco cierra el camino al principio de inoponibilidad en nuestro Derecho la naturaleza latina de tal principio, aunque nuestro sistema registral sea sustancialmente germánico. Lo hemos indicado ya: germánico, pero sin inscripción constitutiva. Y, justamente, esa peculiaridad consistente en no hacer intervenir al Registro en el mecanismo transmisivo de los derechos reales, es lo que, en ese punto, asimila nuestro Derecho al francés, y da razón de que en él tenga cabida el principio latino de inoponibilidad. ¿No se advierte que, de no admitirse así, se hace forzoso dar entrada en nuestro Derecho al contenido nuclear del principio de inoponibilidad, camufladamente, al amparo del principio —éste sí, admitido sin reparos— de prioridad, asignando a éste un contenido distinto y más amplio que el que admitiría en un sistema pura y absolutamente germánico²⁴?

Finalmente, que Serna involucre el artículo 34 en el original 23, no significa que la inoponibilidad de lo no inscrito haya de diluirse necesariamente en la fe pública registral. Otros textos del mismo De la Serna la fundamentan expresamente, al modo latino, en la prioridad²⁵. La involucración indicada manifiesta tan sólo que, sin atender separadamente a cada uno de estos principios, se imagina el planteamiento del problema de la doble venta en la

²⁴ Puede verse ello, nos parece, en CRISTÓBAL MONTES, A.: *op. cit.*, p. 271, donde los artículos 606 y 1473 CC y 32 LH aparecen recogidos como exponentes del principio de prioridad. Por otra parte, para el mayor significado de la prioridad registral en los Registros latinos, frente a su papel en los germánicos, *vid.* NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ...*, cit., p. 155: «En el sistema alemán del BGB, como no hay prioridad, sino *intra tabulas*, porque el Registro es necesariamente íntegro —lo no inscrito no existe—, el rango absorbe todo el principio de prioridad». Cfr., efectivamente, en tal sentido STAUDINGER-ERTL (en STAUDINGER, J. von: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12., neubearbeitete Auflage. Drittes Buch, Sachenrecht 1989), Vorbem. zu §§ 873-902, Rz 32.3: «f) Nach dem Ranggrundsatz stehen Rechte zu den anderen Rechten am gleichen Grundstück in einem Rangverhältnis, das für den Wert des Rechts und seine Priorität in der Zwangsvollstreckung (vgl §§ 10 ff. 109 Abs 2 ZVG) entscheidend ist». Para el Derecho registral suizo, la obra de DESCHENAUX, H.: *Le Registre Foncier*, 1983, pp. 6-9, ni siquiera enuncia el principio de prioridad.

²⁵ Cfr. para la doble venta, SERNA: *op. cit.*, p. 665: «No debe olvidarse aquí, que según otro artículo de la Ley [se refiere al 17] ... cuando se ha inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no puede inscribirse otro de fecha anterior por el cual se transmita la propiedad del mismo inmueble».

situación de futuro previsible como normal y deseable: estando ya inscrita la finca sucesivamente vendida; caso en el cual, efectivamente, la no inscripción de la venta anterior dará normalmente lugar a una inexactitud registral contra la que el posterior comprador debe ser defendido por medio del principio de fe pública registral. Pero que así ocurra en tal caso, no significa que cuando no hay previa situación inscrita en la que poder confiar, al amparo del puro artículo 32 (originario 23) y en aplicación del principio de inoponibilidad y de su inmediata consecuencia, el de prioridad registral (art. 17), no pueda ser protegido el primer comprador que inscribe frente al que, habiendo adquirido antes, dejó de inscribir su adquisición. Es lo que acabamos de ver en el texto de Serna últimamente citado. Por otra parte, y atendiendo ahora más a lo terminológico que a lo conceptual y de fondo, debe advertirse que en los momentos fundacionales de nuestro sistema hipotecario, con una misma terminología –la francesa– se explican los efectos latinos y germánicos de la publicidad: la misma involucración del artículo 34 en el originario 23, observable en el comentario de Serna a este último, puede también observarse, ahora en sentido inverso, en el del 34²⁶. Incluso, saliendo es estos preceptos, una misma terminología francesa sirve para explicar la prioridad latina establecida en el artículo 17²⁷ y el germánico tracto sucesivo impuesto en el 20²⁸. Todo

²⁶ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 635: «6.ª Que la protección que da la Ley al adquirente de buena fe se limita a dejar salvos los derechos que creyó adquirir contra los que teniendo otros derechos legítimos dejaron de inscribirlos antes que los suyos y le indujeron por omisión a error, haciéndole creer que a su adquisición no había precedido otra más antigua y legítima [...]. 7.ª Que por consecuencia la Ley castiga sólo al que no inscribe cuando da lugar por su apatía a que un tercero adquiera con buena fe la finca engañándose sobre quién era su dueño [...]. 8.ª [...] Sólo el tercer adquirente de buena fe puede obtener victoria contra el dueño cuando éste dejó de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquel se anticipase a inscribir el suyo».

²⁷ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 524: «La disposición única que este artículo comprende tiene bastante importancia, porque es una consecuencia necesaria y una explicación práctica del principio general que domina en la Ley de que sólo pueden perjudicar al adquirente o al prestamista los actos y contratos, derechos y gravámenes que estén en el registro antes de hacer éste su inscripción»; ídem., pp. 525-526: «Esta disposición [...] es una consecuencia rectamente deducida de la regla general de que el que inscribe un derecho se antepone al que dejó oportunamente de inscribir el que había adquirido en la misma cosa».

²⁸ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 548: «Si la Ley no tuviera este artículo, u otro que concedido en términos parecidos consignara el mismo precepto, podría ser profundamente trastornadora del dominio y de los demás derechos en las cosas inmuebles, en lugar de darles la protección, garantía y seguridad, que son los motivos principales que han promovido la reforma hipotecaria. Bastaría que un malvado, que sin tener un derecho en la finca cuya inscripción no constara en el Registro, la vendiera a otro que no participara del engaño, o que aunque lo supiera y obrara con dolo, no fuera posible demostrarlo, para que el verdadero dueño o el que tuviese a su favor otro derecho real no inscrito quedaran despojados de lo que legítimamente les corresponde, porque los títulos no inscritos, como dice más adelante otro artículo de la Ley [remite al 23], no pueden perjudicar a tercero. Necesario era, por lo tanto, adoptar una precaución que saliera al encuentro de semejantes fraudes, y este artículo contiene la que en nuestro concepto podría ser más eficaz para conseguirlo.

No es por lo tanto exacto, como se ha dicho, equivocadamente en nuestro concepto, por alguno de los que han querido explicar este artículo, que a los ojos de la Ley la propie-

tiende a resolverse en la inoponibilidad del derecho no inscrito al tercero que inscribe el que él ha adquirido. Pero, ni esta tendencia a expresar en terminología francesa soluciones impuestas por los principios germánicos, ni la posible concurrencia de la no inscripción de una adquisición anterior con una situación previamente inscrita y, como tal, generadora de fe pública registral, permiten negar que cuando no hay previa inscripción, la simple inoponibilidad de lo no inscrito y la prioridad registral, puedan proporcionar al primer comprador que inscribe una protección exquisitamente registral no subsumible en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y autónomamente sustentada en el 32.

Siendo ello así, resultando inconcluyentes los motivos que llevan al desconocimiento o negación del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho, podemos sentirnos autorizados para emprender el camino hacia la búsqueda y fundamentación de dicho principio. Creemos que sólo así seremos fieles intérpretes de un sistema que —aun sin omitir por completo la referencia a la fe pública registral en sus textos fundacionales²⁹— tan destacada y frecuentemente recurre en ellos a la idea de la inoponibilidad para expresar el efecto atribuido a la inscripción³⁰; sólo así seguiremos la senda trazada por sus autores, que, en la expresión de Lacruz, en trance de elegir entre los modelos registrales alemán y francés, procedieron «por adición», más que por la elección de uno con exclusión absoluta

dad y los derechos reales que no están inscritos, no tienen existencia; la Ley no autoriza semejante doctrina en ninguna de sus disposiciones. Se limita por el contrario a decir que el derecho no inscrito no puede perjudicar a tercero, porque de otro modo se convertiría en daño del adquirente de buena fe la omisión que no había podido ni evitar, y porque es más justo que ceda en perjuicio del que pudiendo inscribir no lo hizo, dando lugar al error cuyas consecuencias recaen sobre él, tanto por ser el culpado, como porque se supone por presunción legal que el que no usa oportunamente de su derecho de inscribir, renuncia tácitamente a la prelación que más previsor hubiera tenido sobre el adquirente posterior que inscribió antes. Y esto lo expresó de un modo terminante la Comisión que formó la Ley Hipotecaria, como en su lugar queda expuesto al transcribir los motivos generales de su proyecto [Y remite en nota al § que comienza con las palabras: *Según el sistema de la Comisión...*].

²⁹ Cfr. E. M. 1861, en *Leyes Hipotecarias y Registrales ...*, cit., p. 333: «La pena de nulidad por defecto de inscripción no podía ser tomada en cuenta, atendiendo al 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 cargas o responsabilidades que no aparecían en el Registro».

³⁰ Cfr. Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid 1995, p. 471: «El artículo en cuestión [el actual 32, originario 23 LH] constituía la pieza clave del sistema instaurado en 1861. El principio fundamental de aquella ley y una de las bases de la misma era que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a terceros». En la idea del predominio de la inoponibilidad en la Ley de 1861 insisten AMORÓS GUARDIOLA: *Comentarios...*, cit., pp. 281-288 y GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 56-62 para fundamentar, respectivamente, la autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH, o el propio principio registral de inoponibilidad.

del otro³¹; y sólo así, en fin, lograremos evitar la inutilidad de la primera inscripción en nuestro Derecho³², y la falta de solución registral a un problema excluido *a limine* en el Derecho alemán pero perfectamente posible en el nuestro: el de la doble venta de finca no inmatriculada³³.

Pasemos, pues, a la fundamentación del principio de inoponibilidad, a su deslinde respecto del de fe pública registral, y a la determinación de su campo de juego y requisitos de aplicación.

II. FUNDAMENTACIÓN LEGAL DEL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD EN SU ÁMBITO MÍNIMO

1. Sobre el modo de proceder para la fundamentación legal del principio de inoponibilidad

Teniendo en cuenta las condiciones del soporte normativo de la discusión acerca del problema planteado y el tono de la argumenta-

³¹ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), p. 164. La misma idea, en CARRETERO: «Retornos...» *cit.*, II, *RCDI*, 1965, p. 90: «[...] la suma y coordinación del principio de inoponibilidad latino con el de fe pública registral germánico no es un ilícito contubernio, sino precisamente lo que hicieron los autores de la Ley Hipotecaria de 1861».

³² La afirmación de HERMIDA LINARES, M.: «El Derecho Inmobiliario Español», *RCDI*, 1951, p. 729: «[...] las inscripciones primeras o de inmatriculación no pueden estar protegidas por el principio de publicidad» —nótese que dice *de publicidad*, no de fe pública registral— es abiertamente contraria a los textos de la E. M. de 1861 que concretan el sentido exacto atribuido a la publicidad, p. 228 (el principio que, con el de especialidad venía a informar toda la Ley), y aplican sus consecuencias en el caso de la doble venta (pp. 237-238): «Así, una venta que no se inscriba 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» Es muy claro que la afirmación de Hermida supone una ilegítima identificación del principio de fe pública con el de publicidad, en el sentido amplio que le atribuían los autores de la Ley. Nosotros, distinguiendo dentro del genérico principio de publicidad el de fe pública y el de inoponibilidad, estamos en este punto con VILLARES PICÓ, M.: «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis monista o dualista del tercero hipotecario perjudica la eficacia de la inscripción», *RCDI*, 1966, p. 373: «Por todo lo expuesto, el afirmar rotundamente que el inmatriculante, que es el *pionnier* que abre camino, que inicia la hoja registral de la finca, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, es tanto como decir que la inscripción de inmatriculación no le va a servir a su titular para nada, como no sea para la prioridad formal, y si acaso para la legitimación dispositiva en la obtención de un préstamo hipotecario»; y con AMORÓS: *La buena fe ...*, *cit.*, p. 1544: «Pero es que, además, [la tesis de que el tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción para estar protegido] tiene en su favor otra razón práctica y real de no pequeño peso: la necesidad de que resulte protegido el inmatriculante sin tener que esperar a una transmisión onerosa posterior. Porque, si no, ¿de qué le sirve formalizar y legitimar su situación, satisfacer gastos e impuestos?».

³³ «¿Es admisible, entonces, —dicen LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 175— que en un Derecho como el español, de inscripción no constitutiva para las transferencias por negocio jurídico *inter vivos* (sería distinto en el alemán), el dispositivo de protección del Regis-

ción doctrinal de sus opuestas soluciones, resultaría escasamente útil y altamente exasperante tener que entrar a desentrañarlo en detalle repasando uno por uno los preceptos legales o las razones doctrinales conducentes a la fundamentación y defensa de su verdadera solución. Nosotros no vamos a proceder de ese modo. Ni vamos a reproducir los términos de la polémica según ésta se ha producido hasta nuestros días³⁴, ni vamos a dejarnos arrastrar al tono de una discusión que hace ya algún tiempo fue considerada «bizantina»³⁵. Tampoco vamos a intentar detectar cuál o cuáles son los preceptos legales que sirven para fundamentar el principio de inoponibilidad frente a los que apoyan y aplican el de fe pública³⁶, tarea ésta difícil y de incierto resultado, tanto por el hecho ya indicado de que nuestro legislador formuló latinamente soluciones germánicas, como por la razón más de fondo –justamente, la que hizo posible este dato– de que un mismo efecto de protección registral puede ser expresado negativa o positivamente, de forma tal que la redacción de la norma que lo impone, por sí sola, será poco orientadora³⁷. ¿Cuál va a ser, entonces, nuestro modo de pro-

tro esté tan mal montado, que lo que ocurre en legislaciones relativamente rudimentarias, como la francesa, la belga o la italiana, no tenga lugar aquí [...]?».

³⁴ Su presentación, por solo remitir a las más significativas desde el punto de vista monista y dualista, respectivamente, puede verse en ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I., 7.^a ed. Madrid 1979, pp. 546-577, ID: *El problema de la relación ...*, cit., pp. 781-829; y en GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, cit., pp. 91-174. La presenta también con detalle MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: *El tercero hipotecario y la anotación de embargo*, ADC 1994, pp. 96-112.

³⁵ CARRETERO: *Los principios hipotecarios ...*, cit., p. 36: «Pero la polémica entre ambos maestros [se refiere, obviamente a ROCA SASTRE y NÚÑEZ LAGOS] terminó en discusión bizantina». Por ello, CARRETERO, para restaurar el principio de inoponibilidad, y «para simplificar el laberinto polémico del que nuestra doctrina no acierta a salir» [ib.], acudirá al Derecho comparado y a la consideración de la realidad del problema propuesto.

³⁶ Desde su posición monista, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 534-535, distingue, refiriéndose a la Ley de 1861, entre el artículo 34, precepto principal en la formulación de la fe pública registral, que se completaba con otros, principalmente los contenidos en los artículos 36-38, y otros que, girando en torno al 23 (arts. 25, 29.1, el 35.1 y 2, el 90.2, el 152.1, el 144, el 146, etc.), establecían que los títulos inscribibles no inscritos, no podían perjudicar a tercero. Desde igual posición y con criterio parecido distingue SANZ FERNÁNDEZ: *op. cit.*, pp. 378-379, entre los artículos que en la Ley vigente recogen la fe pública en su aspecto positivo (34, 77, 37.1.^o) o negativo (37, 29, 31, 40, 220). Desde el punto de vista dualista, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 29-30, indica como preceptos inspirados por el principio de inoponibilidad, frente al de fe pública registral, fundamentalmente, los artículos 32 LH y 606 CC; además de ellos, los artículos 13, 313 y 226 LH; 1473, 1526 y 1549 CC, y, «por no alargar demasiado la lista», el artículo 5 de la LPH.

³⁷ Cfr., desde su posición monista, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid 1947, p. 376: «Ahora bien: aunque es cierto que la Ley de 1861 recogió siempre con preferencia el aspecto negativo de la fe pública [...], es indudable que no faltaron en ella algunas importantes manifestaciones del aspecto positivo del principio, aparte de que conceptualmente es muy difícil distinguir uno y otro de un modo absoluto,

ceder? Vamos a intentar ir directamente al fondo del problema; vamos a dejarnos guiar por la más pacífica y elemental doctrina para captar con exactitud y claridad en qué consisten tanto el principio de inoponibilidad como el que con él entra en pugna discutiéndole o pretendiendo para sí su espacio de juego en nuestro ordenamiento hipotecario: el de fe pública registral. Después tendremos que ver si el primero encuentra algún apoyo en nuestro Derecho; algún precepto que lo consagre y le asigne zona peculiar de aplicación no invadida u ocupada por el segundo.

El principio registral de inoponibilidad expresa el genuino efecto protector de la publicidad en los sistemas registrales latinos, y, formando bloque con el de prioridad, se traduce en la preferencia del derecho –aunque posterior– inscrito sobre el anterior que se dejó de inscribir³⁸. El de fe pública registral, en cambio, denota la protección del derecho que se adquiere confiando en lo que sobre el mismo publica el Registro³⁹. Este último, que por lo que se acaba de decir presupone la previa inscripción del derecho que se va a adquirir⁴⁰, se traduce en la llamada «adquisición *a non domino*»: una adquisición que para ser válida no necesita traer causa del verdadero dueño de la cosa adquirida, y que para ser definitivamente inatacable y firme no necesita esperar a la usucapión. La fe pública registral es así el fruto más consistente y logrado de una publicidad registral que, para poder producirlo, ha tenido que desarrollarse técnicamente, y que, por lograrlo, puede ser calificada

hasta el punto de que generalmente, en los preceptos que se citan como manifestación de alguno de ellos, su clasificación depende más de la redacción que de la orientación misma del precepto».

³⁸ Cfr. artículo 3 de la originaria *Loi sur la Transcription*, de 23 de marzo de 1855: «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l' immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois ...». Lo comentaba TROPLONG: *Commentaire de la loi du 23 mars 1855 sur la Transcription en matière hypothécaire*, 2.^a ed. Paris 1864, p. 338: «D'où il suit que si l'aliénateur confère sur l'immeuble des droits réels plus ou moins étendus, ou même aliène de nouveau la propriété entière, ces droits seront valables, à la seule condition d'être publiés avant que l'aliénation antérieure ait été transcrite».

³⁹ BGB § 892 (1): «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».

⁴⁰ Cfr. STAUDINGER-GURSKY, *cit.*, § 892 Rz 5.3: «Nur der Inhalt des Grundbuchs wird nach § 892 Abs 1 S 1 als richtig fingiert; die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerläßliche objektive Rechtscheinbasis. Ein gutgläubiger Erwerb ist deshalb auch nur dann möglich, wenn das Recht, über das verfügt wird, überhaupt im Grundbuch eingetragen ist».

como publicidad positiva⁴¹. En abierto contraste con la fe pública, la inoponibilidad –el efecto de que el derecho inscrito no resulte perjudicado por el que se dejó de inscribir– ni premia la confianza en el dato registral previo, ni requiere la previa inscripción del derecho en cuya adquisición se va a proteger a quien inscribe. No se monta sobre un Registro técnicamente desarrollado, ni garantiza al adquirente la adquisición *a non domino* en su connatural amplitud. El principio de inoponibilidad denota el efecto de una publicidad justamente calificada como negativa o preclusiva: garantiza a quien inscribe que su derecho no resultará impedido por la existencia de otro otorgado por su causante a favor de cualquiera que no lo haya inscrito; pero no puede garantizarle que su adquisición –la del adquirente protegido por haber inscrito– es definitivamente válida y eficaz: si el transmitente no era dueño, el adquirente que inscribe quedará a merced de la acción reivindicatoria en tanto no logre consumir la usucapción. Protección, pues, relativa, además de negativa o preclusiva⁴².

A la luz de lo que acaba de indicarse inmediatamente se capta que lo que ahora se ha presentado y descrito como dos posibilidades opuestas, puede de hecho venir a superponerse y entrecruzarse en su presupuesto. La fe pública está concebida y montada sobre la hipótesis de la adquisición *a non domino*, mientras que la inoponibilidad de lo no inscrito toma por referencia el caso de la doble venta. Pero, ¿no es perfectamente posible que la doble venta se otorgue respecto

⁴¹ Para la contraposición de la publicidad positiva con la negativa, cfr. OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido: *Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*. Madrid 1892, p. 226: «Por eso puede resumirse la eficacia de cada una de dichas inscripciones en estas dos fórmulas: la inscripción alemana produce efectos en *cuanto a tercero*; es decir, a favor y en perjuicio de tercero (efectos positivos). La transcripción o inscripción francesa produce sólo efecto *contra* tercero (efectos negativos)», (cvas. del a.).

⁴² El efecto relativo de la publicidad latina, criticado ya en nuestra doctrina por OLIVER Y ESTELLER: *op. cit.*, p. 226, aparece expresamente en el artículo 30 de la Ley de Transcripción de 4 de enero de 1955: «Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité [...] sont, s'ils n'ont été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés [...]». Sobre la desprotección registral del adquirente acerca de la titularidad de su transmitente, y, consiguientemente, sobre la necesidad de aquél de esperar a la usucapción para consolidar definitivamente su adquisición, cfr., respectivamente, RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil III*. Paris 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»; y TROPLOG: *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».

de finca inscrita por quien en el Registro aparece como su titular? Superposición de hipótesis, pero ¿también de principios registrales llamados a regularla? Es cierto que en el caso indicado, el primer adquirente del derecho previamente inscrito y doblemente transmitido no podrá oponerlo a quien, habiéndolo adquirido después, se adelantó en su inscripción. En este sentido es cierto que en los Registros de desenvolvimiento técnico y eficacia máxima actúa también la idea de la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, pero no como principio autónomo y con contenido propio, sino como componente negativo de la fe pública registral: para el adquirente protegido el Registro se considera, porque exacto, también íntegro⁴³. Supuesta la inscripción de la titularidad del transmitente, la protección registral obtenida por el segundo comprador que se adelanta a inscribir excede con mucho a la que podría recibir del escueto y mero principio de inoponibilidad. Advertido esto, hemos quedado situados en la mejor posición –nos parece– para plantearnos y abordar el problema de la admisibilidad del principio de inoponibilidad en nuestro Derecho. ¿Tiene sentido admitirlo como principio autónomo en un sistema registral que, como el nuestro, consagra abiertamente el de fe pública registral? ¿Qué puede añadir a la intensidad y contundencia de ésta el efecto más limitado del principio de inoponibilidad, propio, además, de sistemas registrales distintos al nuestro, por no serlo de desenvolvimiento técnico? La solución contraria a la vigencia de este principio en nuestro Derecho sería indudable si los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria se entienden ser normas que responden a una misma inspiración, dependen de un presupuesto común, y cuya aplicación exige iguales requisitos en el tercero registralmente protegido. Pero ese es, justamente, el problema a dilucidar y resolver. De su solución depende el criterio a seguir en orden a la admisión del principio autónomo de inoponibilidad, o a la reclusión de ésta en el de fe pública registral como un aspecto o ingrediente del mismo.

⁴³ Ya en el § 892 BGB: «[...] 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». Sobre ello, STAUDINGER-GURSKY: § 892 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 [...] der Wirkung des öffentlichen Glaubens entzogen sind. Der redliche Erwerber erlangt das Recht also frei von sämtlichen eintragungsfähigen (und nicht unter die betreffenden Ausnahmenvorschriften fallenden) Belastungen [...]»; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, 2.^a Aufl. München 1996, p. 194: «Zugunsten des gutgläubigen Erwerbwers "gilt" das Grundbuch als richtig. Das bedeutet: –Eingetragene Rechte gelten als bestehend (= positiver Vertrauensschutz) [...]. –Nicht eingetragene Rechte gelten als nicht bestehend (= negativer Vertrauensschutz) [...]».

Avisados, pues, de la importancia de la tarea a emprender, entremos en la comparación de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Aunque, previamente a ello, ¿precisamente de estos artículos, y por qué? La pregunta puede parecer ociosa: el vigente artículo 32 (originario 23) es el precepto que por su redacción y contenido más claramente deja ver el influjo latino o francés en la concepción y elaboración de nuestra Ley Hipotecaria; el 34, a su vez, fue entendido desde el primer momento –de ahí la polémica que suscitó, la resistencia que encontró, y la reforma a que se le sometió en 1869– como el que introducía en nuestro Derecho la peligrosa figura de la adquisición *a non domino* en favor de quien adquiriría de titular registral. Siendo ello así, no hay duda de que los preceptos indicados son los que deben compararse entre sí para ver si efectivamente cada uno de ellos responde a principios distintos y desde ellos impone diferentes efectos, o si, por el contrario, uno y otro deben ser reducidos a unidad, integrados en el conjunto sistemático, unitario y coherente, de nuestra Ley Hipotecaria. ¿Cuál es, entonces, la razón de la duda? Por parte del artículo 32 –aparte los escrúpulos que en algunos suscita lo anómalo de su resurrección en el TR de 1946, después de haber desaparecido en la Ley de reforma de 1944–, prácticamente ninguna, aunque sobre su significado y alcance convenga recordar aquí la inmediata reacción de un significativo sector de nuestra doctrina contra lo afirmado por Núñez Lagos sobre el contenido de este precepto; por lo que hace al 34, cabría hoy preguntarse si, tras la reforma hipotecaria de los años cuarenta, sigue éste siendo el exponente principal de la fe pública registral en nuestro ordenamiento, o si ha sido el artículo 40 LH el que ha pasado a desempeñar esta función.

En realidad, creemos, ninguna de estas razones da suficiente motivo para tener que alterar los términos clásicos de la comparación. En cuanto al artículo 32, no debe alterarlos, en primer lugar, la peculiar circunstancia de su restauración. Quienes lo consideran un precepto «inútil» o «ridículo», que no debió ser restaurado⁴⁴, expresan aquí un parecer no compartido ni siquiera por los más combativos monistas. Su desaparición en 1944 planteaba, a juicio de Roca

⁴⁴ SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones...*, I., cit., p. 412: «No obstante las críticas que por la supresión de este precepto se dirigieron a la Ley de 1944, es incuestionable que estuvo perfectamente acertada en la supresión del artículo [...]. La indiscutible vigencia del artículo 606 del Código Civil, que no podía ser derogado por una Ley cuya disposición derogatoria alcanzaba exclusivamente a preceptos de la Ley Hipotecaria anterior, le hacía completamente inútil y causaba una repetición de preceptos indeseable en una buena técnica legislativa»; DEL HOYO, Francisco: «Otra vez el concepto de tercero», *RCDI*, 1949, p. 569: «Este ridículo precepto, que, como muy bien sostienen la mayoría de los autores, debió haber salido de la Ley Hipotecaria [...]».

Sastre, un vacío normativo que habría que integrar desde otras normas; concretamente, en su opinión, desde los artículos 13 y 17 LH⁴⁵. Felizmente, la norma se restableció, pero no para colmar el vacío que obligara a entenderla desde el presupuesto de la previa inscripción, sino, sin tener que prejuzgar ese punto, para continuar manteniendo en la Ley, desde la cobertura de los artículos 606 y 1473 del Código Civil, lo que originariamente expresaba en aquella el originario artículo 23⁴⁶. Tampoco resta protagonismo y significado al artículo 32 lo que respecto del originario 23 interpretaba Núñez Lagos, quien, en una confusa explicación del origen histórico de los artículos 32 (originario 23) y 34 de la Ley Hipotecaria desde los precedentes comparados, vino a sostener que el actual artículo 32 sólo protege al tercero comprendido en su ámbito contra las acciones hipotecaria y confesoria, no contra la reivindicatoria⁴⁷. Con toda razón, a nuestro juicio, la doctrina posterior que se ha ocupado del problema ha considerado gratuita esta restricción del precepto⁴⁸. Nosotros no vamos a detenernos ahora en este punto. Consideramos suficiente indicar que, si bien es cierto que el tercero latinamente protegido por el Registro queda a merced de la acción reivindicatoria del *versus dominus* cuando en su adquisición concurre la transmisión

⁴⁵ ROCA SASTRE: *La nueva Ley de Reforma Hipotecaria*, separata de la *RGLJ*, Madrid, 1945, pp. 33-34.

⁴⁶ La subsistencia del espíritu y contenido del originario artículo 23 a pesar de su desaparición en la Ley de 1944, fue mantenida por DE LA RICA, y ARENAL: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, pp. 25-28, *vid.*, esp., p. 27: «¿Significa la supresión del artículo 23 que ha cambiado el pensamiento del legislador y que desaparece de nuestra legislación tan eficaz, aunque negativa, defensa del título inscrito? [...] por fortuna, no sucede ni puede suceder así. En primer lugar, porque del contexto general de la reforma, puesto de relieve en el preámbulo, y de lo que queda vigente de la Ley anterior, se deduce implícitamente esta norma general: lo no inscrito nunca puede perjudicar a lo inscrito, salvo los casos de excepción que la propia Ley determina; y en segundo lugar, porque no hay que olvidar que el artículo 606 del Código Civil, con más perfección que el suprimido 23 de la Ley Hipotecaria, dice que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero; y este texto continúa vigente en la actualidad. Queda, pues, subsistente el indicado principio negativo, fundamental de nuestro sistema [...]». También, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 176: «[...] se puede justificar [la reposición del artículo 32 en el DL de 1946] por dos vías: la primera, la del artículo 606 del CC, que no fue afectado por la Ley del 44 y reproduce el artículo 32: el poder ejecutivo, entonces, no hizo sino armonizar ambos textos legales, CC y LH, tomando del uno un precepto vigente para hacerlo figurar en la otra, con la vigencia que ya tenía. Y la segunda, a través de las máximas de jurisprudencia del TS, que los redactores podían incorporar a la Ley».

⁴⁷ NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, 1949, pp. 240-243; ídem.: «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», *RGLJ*, 1950, pp. 598-600.

⁴⁸ «La tesis de Núñez Lagos —dijo CARRETERO: *Retornos* ..., II, cit., p. 106— ha sido un magnífico revulsivo para nuestra doctrina hipotecaria; pero no ha sido asimilada ni desarrollada, acaso por la contradicción que en sí misma lleva». Se oponen a ella en el punto concreto indicado en el texto, BALLARÍN, Alberto: «El Registro de la Propiedad español», *ADC* 1949 (nota crítica) p. 680; AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1538-39; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 136-137.

por no dueño con la doble venta –cuando quien doblemente vende es *ab initio* no dueño de la cosa vendida–, en el caso normal de la doble venta por el inicial dueño de la cosa, el segundo comprador que por adelantarse a inscribir adquiere, es un adquirente *a non domino*, y que, en tal caso, es justamente la protección que le otorga el Registro la que impide que el anterior comprador, no obstante haber consumado en su favor el mecanismo de adquisición de la cosa comprada, pueda dirigir contra él la acción reivindicatoria. El artículo 32 es, por tanto, un camino no sólo para adquirir como libre la cosa cuyo gravamen no tuvo acceso al Registro, sino también para adquirir la propiedad de la cosa cuando el que la vende ya no es dueño de ella por haberla transmitido a otro que no la inscribió⁴⁹. En tal caso, y desde este punto de vista, la reducción del ámbito protector del artículo 32 parece poco consistente, y su comparación con el 34, en los términos en que habitualmente se la propone, sigue teniendo pleno sentido.

¿Y el artículo 34? ¿Puede y debe seguir siendo en la actualidad el contra-tipo del artículo 32, en tanto que exponente principal de la protección registral positiva, de eficacia máxima y de inspiración germánica? Hemos adelantado ya cuál puede ser aquí la razón de la duda. Con todo fundamento se ha podido decir que tras la reforma hipotecaria de 1944/46 es el artículo 40 LH el que con mayor amplitud y extensión aplica el principio de la fe pública registral⁵⁰. Siendo ello así –aunque la anterior apreciación diste de

⁴⁹ Baste el testimonio de SERNA: *op. cit.*, en el comentario al artículo 23, p. 568: «La resolución adoptada en este segundo caso por las leyes de Partida, tan lógica atendiendo al 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». No es cuestión, obviamente, de pararse aquí a considerar cómo Serna está involucrando en el artículo 23 el juego de la fe pública registral; lo que interesa destacar es que en su explicación de la solución dada al caso de la doble venta por la intervención de la publicidad registral, el vendedor que dispone de la cosa en favor de un primer comprador que entra en su posesión, pierde, naturalmente, la propiedad de lo que vendió, sin que ello sea óbice para que pueda adquirirla el segundo comprador si se adelanta a inscribirla. Es la conocida interferencia de la publicidad en el sistema transmisivo del título y el modo que ya había expuesto la EM de 1861: «Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que 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. Así, una venta que no se inscriba 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».

⁵⁰ Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 169.

ser pacífica⁵¹– el originario estandarte del germanismo de nuestro sistema registral habría quedado despojado de su condición de tal en beneficio del nuevo precepto, y la comparación de aquél con el originario artículo 23 y actual 32 podría considerarse hoy obsoleta. Nosotros pensamos que, aunque efectivamente el artículo 40 está concebido en términos de mayor generalidad que el 34, ello no es razón suficiente para tener que sustituirlo en la emprendida labor de comprobar cómo en nuestro ordenamiento pueden actuar y conjugarse adecuadamente las fórmulas latina y germánica de la protección registral. Las diferencias entre los artículos 34 y 40 son exclusivamente cuantitativas, y en todo caso es cierto que, a pesar de lo delimitado de la hipótesis de partida del primero, el párrafo dedicado en el mismo a la buena fe del tercero hace consistir ésta en el desconocimiento –ya abiertamente, sin limitación a concretas hipótesis– de la inexactitud del Registro. Si a este dato se añade la circunstancia de que históricamente ha sido el artículo 34 –tanto en su redacción originaria como en la que en 1944 le liberó del impertinente postizo con que se le desfiguró en 1869⁵²–, el que ha tenido que cargar con la función de simbolizar el germanismo de nuestro sistema, no se ve razón alguna que fuerce a relegarlo a un segundo lugar, dando primacía sobre él al 40 y haciendo que sea éste el que deba ser puesto en confrontación con el 32. Y nótese todavía que al propugnarlo así, no es que restemos un ápice de su valor al vigente artículo 40 de la Ley, precepto del que se ha dicho que fue introducido en la Ley en tiempos de confusión⁵³; ni que pretendamos desfigurarle admitiendo que no siempre en él resulta exigida la previa inscripción⁵⁴. Simplemente, pensamos que, respondiendo el

⁵¹ Para ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., pp. 791-792, el artículo 34 LH sigue siendo el precepto básico en la formulación legislativa del principio de fe pública registral, y el 40, al igual que tantos otros, es una, aunque destacada («sobre todo», dice) de sus aplicaciones concretas.

⁵² Para comprobar la temprana concentración de la crítica a la Ley Hipotecaria en el artículo 34, baste repasar la defensa del mismo por SERNA: *op. cit.*, en las páginas (621-640) dedicadas a su comentario, o por CÁRDENAS: «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), pp. 170-173, lamentando su desdichada reforma, con el añadido del sistema de notificaciones, en 1869. Para la frustrada resurrección de la misma crítica tras la reforma de los años cuarenta, *vid.* SANZ FERNÁNDEZ: «Un aspecto de la fe pública registral», *RDP*, 1945, pp. 225-230, respondiendo a Pelayo.

⁵³ GÓMEZ GÓMEZ: «En torno a la polémica Carretero-Roca», *RCDI*, 1966, p. 387: «Pero toda argumentación que se haga a base de dicho precepto [dice, refiriéndose al artículo 40 LH] carece de fuerza, pues tal artículo se ha introducido en nuestra Ley al socaire de la confusión doctrinal de la época».

⁵⁴ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 179: «Ni siquiera el artículo 40 LH, que es el tópicico asidero de la tesis monista, exige el requisito de la previa inscripción. Se trata de un precepto que nada tiene que ver con el artículo 32 LH [...]. Pero es que el artículo 40 ni siquiera exige la previa inscripción en general, sino que tal requisito viene exigido únicamente por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria» (cva. del a.).

artículo 40 a la misma inspiración germánica que anima al 34, la utilización de éste como más adecuado elemento de contraste con el 32, permite plantear y resolver el problema con el mismo criterio y sobre los mismos datos que permitían plantearlo y resolverlo en 1861, fecha en la cual, por cierto, el artículo 34 compartía inspiración y espíritu con el 31⁵⁵, sustancialmente vigente en la Ley actual y contenedor *in nuce* del que hoy aplica el 40, particularizando sistemáticamente los supuestos de su aplicación. En todo caso, la cuestión que respecto al artículo 32 plantea el 40.a) es la misma que se suscita en la comparación de aquél con el 34: la protección registral al tercero que desconoce la inexactitud del Registro consistente en no haber tenido acceso a él algún derecho real, ¿impide la posibilidad de otra forma de protección registral al tercero que adquiere sin previa inscripción del derecho adquirido –sin previo dato registral en el que, aunque inexacto, haya podido confiar– sobre la sola base de que, en concurrencia con otro adquirente, ha sido él quien se ha adelantado a llevarlo al Registro? Ésta, que sin duda es la gran cuestión a dilucidar, es también el problema que, todavía hoy, puede y debe plantearse y resolverse poniendo en mutua comparación y contraste los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. Pasemos, pues, ya inmediatamente y sin más preámbulos, a dicha comparación.

2. La autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH

Dos son, como es sobradamente sabido, las tesis que al respecto se proponen en nuestra doctrina. Reducidas a su núcleo, se las puede exponer diciendo que para una de ellas –la tesis monista– el artículo 32 no es más que un concreto supuesto de aplicación del artículo 34: la no inscripción a que aquél se refiere no es más que una de las causas de inexactitud registral contra cuyo desconocimiento se protege al tercero que adquiere onerosamente confiando en lo que el Registro publica. Para la otra –tesis dualista– el artículo 32 (originario 23) tiene personalidad propia y, respondiendo a razones distintas a las que inspiran la solución contenida en el 34, actúa con autonomía respecto de este precepto. A nuestro juicio

⁵⁵ Precepto del que comentaba SERNA: *op. cit.*, p. 615, que no encontraba precedentes en las legislaciones de los demás países, pero que aplica al caso de que trata «la regla general que domina en la Ley», y que se justifica –en el comentario ya a su desarrollo en el artículo 32, p. 619– en la necesidad de no introducir perturbación «en la confianza que es conveniente que todos presten al Registro, mientras que de sus páginas no aparezca con claridad la omisión o la inexactitud que pueda dar lugar a la declaración de nulidad».

esta segunda es la solución acertada, y su argumentación –también limitada a lo sustancial– puede discurrir del siguiente modo:

a) No es la progenie «germánica» del artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria lo que nuestra doctrina haya puesto en cuestión. Lo que –inexplicablemente– sí viene siendo objeto de una polémica aún no resuelta es la ascendencia latina del originario artículo 23, hoy 32. El artículo 32 es como esos hijos que por sus rasgos revelan su progenitura. Para negarla es preciso cerrar los ojos a la evidencia y buscar apoyo en confusas conjeturas y forzados pretextos. Así ha ocurrido con nuestro precepto. Aunque parece inspirado en el sistema francés de transcripción –ha dicho Roca Sastre– en su auténtica realidad responde al principio germánico de fe pública registral⁵⁶. Lo demostrarían los mismos comentarios de De la Serna, que, al explicarlo, supone que el segundo comprador cuya adquisición, por haber sido inscrita, prevalece sobre la anterior no inscrita, adquirió del vendedor sucesivo engañado por la apariencia registral de que, al disponer en su favor, seguía siendo dueño de la cosa que le vendía⁵⁷. Siendo cierto este dato, también debe serlo que carece de fuerza bastante para desmentir la filiación latina del artículo 32. Por una razón que, sustraída –ésta sí– a toda posibilidad de duda, la proclama abiertamente: las palabras del mismo Gómez de la Serna dando razón del precepto y presentándolo como el fruto de una elección en la cual, los autores de la Ley, teniendo presentes los dos modelos en pugna –el germánico y el francés– se decidieron abiertamente por el segundo. En materia de efectos de la inscripción y consecuencias de su omisión, nuestra Ley Hipotecaria se alinea con la solución francesa, y el originario artículo 23 era el precepto llamado a dar cuerpo y expresar normativamente aquella elección. Releamos el texto de Gómez de la Serna, en la recapitulación que sigue a la relación de los precedentes legislati-

⁵⁶ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 535-536: «De atender solamente a la mera estructura normativa podría afirmarse que así como el artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861 era de inspiración germánica, el artículo 23, 1, de la misma parecía extraído de los sistemas de transcripción [...] Pero, con limitación exclusiva al aspecto evolutivo del sistema, hay que dudar seriamente acerca de si el citado artículo 23, 1, de la primera Ley Hipotecaria pudo ser pensado como un simple trasplante, con todas sus consecuencias, de una norma que es básica en los sistemas de transcripción [...] No puede admitirse que nuestros legisladores de 1861 hubieran incurrido en pleno confusionismo con los sistemas de transcripción al introducir aquel citado artículo 23, 1, pues, a pesar de que los tiempos eran de evolución de los sistemas inmobiliarios registrales germánicos, más bien se vio en dicho precepto la regla general de que lo no inscrito no perjudicaba a tercero o que solamente lo inscrito le perjudicaba. Podrá dudarse, naturalmente, de esto, pero una cosa cierta es que dicho precepto no estaba inspirado en los sistemas de transcripción, a pesar de que por su texto lo pareciera».

⁵⁷ ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 536-537.

vos extranjeros tenidos en cuenta para la concepción y formulación de aquel precepto⁵⁸:

En algunos Estados, como en Bélgica, Bolivia, Estados Romanos, Francia, Friburgo, Soleure y Vaud, está declarado que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero de buena fe. En otros, como en Hamburgo, Hesse y Hungría, se ordena únicamente que sean pospuestos a los inscritos. Cerdeña, Islas Jónicas, Luisiana y Parma, que en general siguen sobre este punto la doctrina del Código Napoleon, determinan que los privilegios sujetos a inscripción y no inscritos en los plazos prefijados por las leyes, no valgan más que como hipoteca, y no puedan perjudicar a tercero sino desde la fecha de la inscripción. En todas estas legislaciones se ve dominante el principio de la nuestra, que es el adoptado por todas ellas, de las cuales algunas, más que en el fondo, se diferencia en la manera de redactar la misma idea: esta es, que el derecho real sobre los bienes inmuebles que no está inscrito, no perjudica a tercero.

Más adelante van otros Estados que niegan absolutamente toda fuerza al título que no está inscrito para el efecto de producir derechos reales. Así sucede en Holanda, territorio de Mecklemburgo-Sheverin-Stretlitz, Noruega y Wismar, y en el proyecto de Ley hipotecaria de Ginebra: según las diferentes legislaciones de estos pueblos, la inscripción es el único medio legal reconocido para dar existencia al derecho real en los inmuebles...

La claridad del texto excusa todo comentario. Lo «germánico» en materia de inscripción es convertir a ésta en condición de existencia del derecho inscrito; lo «latino» o francés, reducirla a elemento de oponibilidad de tal derecho a terceros. En trance de elegir, nuestra Ley Hipotecaria adopta deliberada y paladinamente esta segunda fórmula. Tras un periodo de empeñada discusión⁵⁹, en 1861 la elección estaba ya decidida y madura. Tres años antes, en tono transaccional y refiriéndola a la constitución de la hipoteca, la había formulado Cárdenas con estas palabras⁶⁰:

Entre el sistema absoluto de exigir la transcripción del contrato para que sea válido y el de atribuir efectos al mismo contrato desde que se celebra y no desde que se inscribe, hay un camino medio que sería el que yo aconsejaría, si tuviera alguna intervención en la formación de esa ley... existe un término medio que consiste en no dar efecto a la hipoteca respecto al tercero, sino desde el momen-

⁵⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 573.

⁵⁹ Sobre ella, cfr. OLIVER: *op. cit.*, pp. 29 ss. Recientemente, con gran amplitud y detalle, SERNA VALLEJO, Margarita: *La publicidad inmobiliaria en el Derecho hipotecario histórico español*, Madrid, 1996, pp. 358 ss.

⁶⁰ Cfr. sobre la discusión de la Ley de Bases de 1858, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, I, *cit.*, p. 127.

to de la inscripción, sin perjuicio del efecto que tenga esa misma hipoteca entre los interesados desde el momento en que firmaron la escritura.

Definitivamente adoptada, y ya en toda su generalidad, la expresará después la Exposición de Motivos de 1861 ⁶¹:

No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro. ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión... No es esta la opinión de la Comisión... Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que 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...

Obviamente, el originario artículo 23 es el precepto que legalmente enuncia y aplica el criterio elegido: el derecho real podrá existir entre los otorgantes con arreglo al criterio histórico de su constitución; pero, aunque válidamente constituido, no podrá perjudicar a tercero si no se le da publicidad en el Registro de la Propiedad.

Y, a su vez, el artículo 34 es «germánico». Está inspirado por la idea de dar completa seguridad al tercero que adquiere confiando en lo que el Registro publica. También su texto lo deja ver con toda claridad:

... 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, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo Registro...

Pero, si después de su lectura pudiera quedar alguna duda, vayan a continuación dos textos, uno de Serna y otro de Cárdenas. En el primero, lamenta su autor la ola de críticas que provocó el precepto, y, dejando traslucir una cierta sensación de incomodidad y cansancio, reprocha a quienes las airean su silencio hasta ese momento, cuando el artículo en cuestión no hacía sino aplicar el criterio germánico que, como inspirador de la Ley y según era

⁶¹ Pp. 236-237, en la edición de la EM que venimos citando.

notorio, había sido decidido ya por el Gobierno e impuesto a la Comisión encargada de la redacción de la Ley⁶²:

En el Proyecto del Código Civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán, que es el que ha adoptado la nueva Ley Hipotecaria. Esto era conocido desde que de publicó en el «Derecho Moderno», revista que dirigía en 1851 el ilustrado jurisconsulto D. Francisco de Cárdenas, y lo fue aún más desde que el magistrado don Florencio García Goyena, uno de los autores del proyecto, publicó las Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español, por la grande circulación que tuvo esta obra bajo la protección del Gobierno.

Mas el sistema que en el Código Civil se proponía, si bien sólo por la gran autoridad de los jurisconsultos que en él intervinieron merecía ser examinado y discutido, debió llamar preferentemente la atención desde el momento en que el Gobierno aceptándolo como suyo, lo indicó a la Comisión de Codificación para que formulara el proyecto de ley hipotecaria. Esto era en agosto de 1855...

Y ya que entonces no se hiciera esto, otra ocasión se presentó oportuna también, aunque no tanto como la que acabamos de referir, en que pudo promoverse de nuevo el examen en la prensa. Esta fue en el espacio que medió desde la presentación del proyecto de ley en el Senado hasta su discusión, habiendo mediado de uno a otro tiempo muy cerca de cinco meses.

Sensible es, pues, que los que creyeron que el sistema adoptado no era el conveniente y preferible a los demás, permanecieran silenciosos, y que en cierto modo hagan tardíamente indicaciones de su poca conformidad con los principios capitales de la ley.

No participamos de semejante opinión: creemos por el contrario que ha sido bien elegido el sistema: estamos en la inteligencia de que la Comisión de Codificación al desenvolverlo ha sido siempre fiel a él, tanto en la ley como en el reglamento para su ejecución...

El segundo texto recoge la protesta de Cárdenas⁶³ contra la reforma, por efectos de aquella crítica, que en 1869 logró alterar el texto y mudar el espíritu del artículo 34. Tal artículo, dirá Cárdenas, fue *el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley*, y constituía pieza clave para la finalidad aseguradora del Registro, cifrada en la garantía de las adquisiciones realizadas *bajo la fe del Registro*. Con el extraño añadido de las notificaciones que ahora se introducía, el precepto quedará sustancialmente desfigurado, y el íntegro sistema resultará alterado: del sistema alemán de publicidad positiva se habrá pasa-

⁶² Vid. SERNA: *op. cit.*, p. 637, nota.

⁶³ CÁRDENAS: *Memoria histórica...*, cit., pp. 170-173.

do al mixto francés, de publicidad con efectos limitados y, de suyo, sin eficacia verdadera:

La Comisión, verbalmente consultada sobre este proyecto, aceptó casi todas sus disposiciones, pero no sin manifestar los defectos que notaba en algunas y particularmente la que tenía por objeto adicionar con una restricción importante el artículo 34 de la Ley. Este artículo, el más meditado y el más discutido por la Comisión de todos los que comprendía la Ley, había sido objeto de vivas impugnaciones. Su objeto era asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro, contra el peligro de ser perjudicado, si este derecho llegara a resolverse en virtud de título no inscrito en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro. Al acordarlo así la Comisión, se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no era por sí garantía bastante contra derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él, con todas las formalidades requeridas. En vano se suprimirían las hipotecas tácitas y otros gravámenes ocultos, si el adquirente de un derecho inscrito a favor suyo y de su causante había de quedar expuesto a las resultas de un litigio entre éste y un tercero que no hubiese inscrito oportunamente su título, pero que sin embargo lograra vencer con él a su contrario en juicio, por no haber perdido su fuerza entre las partes. Si una sentencia judicial fundada únicamente en este documento no registrado, privara de su derecho al que lo hubiera adquirido 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.

Pero a estas consideraciones irrefutables se opuso el temor de los fraudes que podrían cometerse, simulando o inscribiendo una escritura de venta de bienes ajenos y enajenándolos después el comprador simulado a un tercero de buena fe. En vano se contestó que el verdadero dueño de los bienes que no los había inscrito, pudiendo, es menos digno de consideración que el tercero de buena fe que no omite esta formalidad. De cualquier modo que fuese, es lo cierto que semejantes fraudes tienen mucho de imaginarios [...], que es remotísimo el peligro de que el propietario cuidadoso sea despojado en beneficio del adquirente posterior de buena fe [...], y por último que sin esta condición, no cumple su objeto el Registro. Un medio creyeron encontrar los redactores del proyecto de ley en cuestión para salvar todas estas dificultades en cierto procedimiento de liberación, que fuera el que realmente diese a la inscripción la fuerza que le atribuía el artículo 34 citado. Tal es la notificación personal o por edictos, de las inscripciones a que trate de darse aquella virtud a cuantos hayan poseído en los veinte años anteriores la finca inscrita.

[...] El sistema de publicidad y el de liberación se excluyen recíprocamente: cuando el primero es completo, el segundo es innecesario. Si todo derecho real para ser efectivo contra tercero ha de constar en el Registro, ¿para qué notificar y anunciar su constitución cada vez que se transmite o modifica? Y si el derecho real no

ha de ser efectivo contra tercero, sino cuando se le haga saber por la notificación y el edicto, ¿qué vale su inscripción, ni para qué los requisitos y solemnidades con que se verifica? [...] con la adición que después se ha hecho al artículo 34 [...] del sistema alemán de publicidad previa y efectiva pasamos al sistema francés mixto y de publicidad con efectos limitados y sin eficacia verdadera, a menos de completarla con un procedimiento especial dilatorio, costoso y que repugnarán de seguro los propietarios.

No es necesario añadir nada más. Los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria hablaban por sí solos, como lo siguen haciendo hoy el 32 y la redacción vigente del 34. Pero, por si ello no bastaba, los más autorizados intérpretes de la Ley dejaron expresamente afirmada y contundentemente sostenida la progenie latina y germánica, respectivamente, de cada uno de estos preceptos. Siendo ello así, obvia y necesariamente, el 32 tiene que ser autónomo respecto al 34.

b) Advertida la diferencia de inspiración u origen de los artículos 32 y 34, la admisión de que cada uno de ellos responde a «filosofía» diferente es corolario inmediato que, como tal, habría de tenerse como insoslayable evidencia y afirmación necesariamente pacífica. No son así las cosas, como ya sabemos, y alguna razón debe haber para que ello ocurra; tan poderosa además, al menos en apariencia, como para permitir que en su valimiento se llegue a negar el dato averiguado y cierto de la obediencia francesa del artículo 32. Para nosotros, comprobado este dato, no hay más remedio que estar a la diferencia entre los artículos 32 y 34; pero, conscientes también de la dificultad que tan frecuentemente lleva a su negación, tendremos que ocuparnos de ésta, en la idea de que no será imposible desvelar su inconsistencia real, y con la finalidad, una vez detectada, de allanar el camino que lleve a extraer las consecuencias que lógicamente deben seguirse de la diversidad de origen de las normas cuya comparación nos viene ocupando. Comencemos, pues, por la superación de la dificultad, para entrar después más expeditamente en la indicación de las diferencias de fondo que distinguen y separan a estos importantes y tan discutidos preceptos.

¿Cuál puede ser la razón que con tanto éxito –atendidos el número y calidad de sus seguidores– ha llevado a la desvirtuación del artículo 32, a la negación de la peculiaridad que tan manifiestamente delata su fisonomía, y a su reducción a la condición de casi anodino satélite del omni-atractivo artículo 34? A nuestro modo de ver, una: que, según se piensa, la implantación del artículo 32 en un sistema germánico, tiende necesariamente a diluirlo en éste, y en

razón de ello, le fuerza a funcionar animado del flujo vital que sustenta al organismo que lo acogió. Siendo ello así, poco importará ya –si es que algo importa– que el habla del artículo 32 ponga de manifiesto su naturaleza latina. Su integración en un sistema germánico le habrá re-naturalizado; a partir de ella, aunque arrastrando el acento de su lengua de origen, tendrá que hablar alemán y, sobre todo, sólo podrá funcionar bajo el imperio de los principios por los que se gobierna la publicidad germánica.

Manifestación muy temprana de lo que venimos diciendo es la interpretación de Oliver al conjunto de legislación hipotecaria contenida en el Proyecto de Código Civil de 1851⁶⁴. En la certeza de que dicho conjunto respondía al sistema germánico⁶⁵, explica Oliver los artículos reguladores de la inscripción y sus efectos –entre ellos, el 1858, equivalente al 23 de la futura Ley Hipotecaria de 1861, y el 1859, posterior 1473 del Código Civil⁶⁶– como normas de publicidad de eficacia positiva, en las que la inscripción registral está llamada a actuar en la doble perspectiva de su proyección hacia atrás, o como «modo de adquirir» –dice– del derecho que se inscribe, y en su proyección de futuro, como fundamentadora de ulteriores adquisiciones de terceros, en tanto que soporte de la legitimación del titular ya inscrito y de la confianza (fe pública registral) que su inscripción deberá suscitar en quienes para adquirir con seguridad van a cerciorarse por el Registro acerca de la titularidad de su transmitente⁶⁷. Es, en lo sustancial y como puede verse, la

⁶⁴ OLIVER: *op. cit.*, pp. 60-73.

⁶⁵ Invoca para demostrarlo –cfr. p. 62– las palabras de Luzuriaga en las *Concordancias* de GARCÍA GOYENA [p. 927, ed. Zaragoza, 1974]: «La Sección del Código civil ha hecho la aplicación de estos principios [los de publicidad y especialidad] en este título y en el siguiente, y en consecuencia, nuestra Ley Hipotecaria concuerda con los Códigos o leyes hipotecarias que han abrazado aquel doble principio; sistema que ha recibido el nombre de *alemán*, porque, en efecto, Alemania es su cuna y su teatro».

⁶⁶ Decían así los indicados artículos del Proyecto: artículo 1858: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra el tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público [...]; artículo 1859: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

⁶⁷ Cfr. OLIVER: *op. cit.*, pp. 67-70: «[...] los autores del Proyecto no definen con igual claridad el concepto que tenían de esa misma publicidad, ni los demás principios orgánicos que informan la institución del Registro en todas las naciones, ni aun entre aquellas que siguen el sistema llamado alemán.

Esto no quiere decir que los autores del Proyecto dejaran de consignar en el articulado del mismo varios preceptos, de los cuales podemos deducir nosotros cuáles eran los principios que, más o menos conscientemente, aceptaban como buenos aquellos distinguidos jurisconsultos.

Empezando por el de *publicidad*, podemos afirmar que el Proyecto de Código civil de 1851 exige una publicidad verdaderamente *positiva*, en el mero hecho de atribuir efectos positivos a los asientos del Registro, en relación a los derechos o actos jurídicos en ellos consignados.

misma forma de argumentar y pensar que hoy seguimos encontrando en los actuales monistas.

Con todo, entre la base normativa utilizada por Oliver y la que hoy sirve de sustento a la tesis monista se produce una diferencia sobre la que es preciso parar la atención. Contando actualmente con los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, los negadores de la distinción entre ellos interpretan que el 32 es sólo una parte del 34, cosa que en su tiempo, y para el Proyecto de 1851, no habiendo en éste una norma equivalente al actual artículo 34, no podía afirmar Oliver. Lo que éste venía a sostener es que los precedentes del artículo 32 (1858 y 1859 del Proyecto), debidamente interpretados y exprimidos en una ley inspirada por el sistema germánico pero carente de un precepto que proclamara y expresamente aplicara el principio de fe pública registral, venían a servir de sustento a ese mismo principio.

Podría parecer que la diferencia es irrelevante. Nosotros no lo creemos así. Decir que un precepto parecido al actual artículo 32 LH lleva al 34 en un sistema de folio real⁶⁸, donde se exige el tracto sucesivo⁶⁹, la documentación auténtica⁷⁰ y la calificación regis-

Por eso dice Luzuriaga que «admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción».

He aquí un efecto verdaderamente positivo de la publicidad.

El que aparece como dueño en el Registro, es el verdadero propietario. Ese es el único que puede vender, permutar, gravar e hipotecar el inmueble. En él residen únicamente, y de un modo transcendente, todas las facultades del dominio [...].

Otro de los efectos de la inscripción que demuestra el concepto *positivo* del principio de publicidad es el consignado en el artículo 1859, según el cual se atribuye y adjudica la propiedad de una finca, enajenada por el propietario inscrito a favor de diversas personas y por actos distintos, al adquirente que haya inscrito antes su título. Este precepto no es más que la aplicación del carácter positivo de la inscripción en el Registro, según el sistema alemán, toda vez que no se limita a dar a conocer al tercero los actos y contratos relativos a un inmueble, sino que por sí sola constituye un modo de adquirir la propiedad. En último término, dicho precepto viene a declarar que, por la mera inscripción de uno de aquellos contratos de enajenación, es propietario quien contrató con el anterior dueño, cuando ya había dejado de serlo según los principios del Derecho civil tradicional [...].

Según todos estos preceptos, que reconocen tan importantes efectos a la inscripción, es evidente que la publicidad que aceptan y proclaman los autores del Proyecto de 1851 no tenía el concepto de mera publicación o notoriedad de los actos inscriptos, sino el carácter y los efectos de un verdadero acto público, atribuyendo verdadera *fe pública*, a los asientos del Registro, es decir, a lo consignado en los mismos» (cva. del a.).

⁶⁸ Artículo 1819 del Proyecto de 1851: «En cada uno de los distritos señalados en los reglamentos, habrá un oficio de registro público de los derechos reales sobre los bienes inmuebles, situados dentro de la demarcación».

⁶⁹ Artículo 1820: «No se hará ninguna inscripción, cuando no conste del Registro que la persona de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el actual propietario de los bienes sobre los que ha de recaer la inscripción ...».

⁷⁰ Artículo 1821: «Solo podrán inscribirse los títulos que consten de escritura pública, y las providencias judiciales que consten de certificaciones expedidas en forma auténtica».

tral⁷¹ –requisitos completamente ajenos a un sistema latino o francés⁷²– y en el que el legislador ha declarado además expresamente su voluntad de hacer del Registro un instrumento completamente asegurador del tráfico, no es más que colmar legítimamente una laguna legal. En el Proyecto de 1851 ocurrió lo que, según Núñez Lagos, a punto estuvo de ocurrir en nuestra Ley Hipotecaria: que, habiéndose concebido uno y otra desde el patrón germánico, se omitió en el primero y sólo muy tardíamente se incluyó en la segunda el precepto más significativa y expresamente aplicador del principio de fe pública registral. En cambio, supuesta la existencia del artículo 34, sostener que el 32 –confesadamente latino o francés– es sólo parte de aquél, supone arrebatarse a éste lo que de peculiar ofrece al que inscribe, por el solo hecho de haber inscrito, frente al que dejó de hacerlo: la aportación registral latina al tercero que inscribe su adquisición; esto es: su preferencia relativa –sólo respecto a eventuales co-causahabientes del transmitente común– aunque sin prejuzgar la eficacia definitiva de su adquisición ni exigirle haber adquirido de titular previamente inscrito.

En consecuencia, pues: que, contando hoy, y desde 1861, como dato normativo con la Ley Hipotecaria, no es ya necesario apoyarse en la formulación negativa del efecto de la publicidad, para, desde ella, inducir la voluntad legal inexpressada de extraer también de ésta consecuencias positivas; ni es lícito saltar de un artículo, el 23, –o 32, según fecha–, cuyo origen se desatiende o se falsea, para fundamentar normativamente una fe pública registral que cuenta ya con reconocimiento y declaración legal expresa en artículo separado y distinto. En la actualidad, encontrando en la Ley Hipotecaria formulación propia y diferente los artículos 32 y 34, tenemos que ver en estos preceptos lo que realmente son: dos normas distintas que como tales deben ser identificadas y tratadas.

Y es esta constatación la que nos devuelve a nuestro anterior punto de partida: el artículo 32 es latino, mientras que el 34 es germánico. En esta diversidad de origen es donde radican las diferencias de «filosofía», presupuesto, efecto y *ratio*, que los separan. Señaladas ya éstas en nuestra doctrina, a veces con sumo detalle y

⁷¹ Artículo 1883: «El tenedor del Registro examinará los títulos por el orden que le hayan sido presentados; y concluido el examen, inscribirá bajo su responsabilidad únicamente los que estuvieren arreglados a la ley».

⁷² Nos hemos referido a ello con más detalle en «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *ADC*, 1994, pp., 50-52.

cuidado ⁷³, baste a nuestro actual propósito destacar las más básicas y principales.

La filosofía del artículo 34, desde luego, no va a plantear problemas, ni tampoco éste sería el lugar apropiado para detenerse en ellos. Está fuera de duda que responde al principio de fe pública registral, del que constituye la aplicación más destacada. Su finalidad es proteger la confianza que el Registro está llamado a generar, y su efecto consiste en mantener en su adquisición a quien la realiza dejándose guiar por lo que el Registro publica. Implica ello que en la *ratio* del precepto cuenta más la inscripción antecedente –la fundamentadora de la confianza del adquirente– que la del mismo acto adquisitivo realizado en tal confianza, y que el efecto del precepto, para que dé satisfacción a su propia finalidad, tiene que llegar hasta el aseguramiento a todo trance de la adquisición que trae causa del titular previamente inscrito como dueño con facultades para disponer, aunque en la realidad no publicada de las cosas éste no fuera efectivamente dueño o no lo fuera en condiciones de poder disponer tal como lo hizo. Volvamos de nuevo al texto de Cárdenas ⁷⁴: el objeto del artículo 34 es *asegurar al tercero que contrata con el que ya tiene su derecho inscrito en el Registro contra el peligro de ser perjudicado si este derecho llegara a resolverse en virtud de título no inscrito en el tiempo en que contrató, o de causas que no resultaran del mismo Registro*; y su razón de ser: *que el Registro sería inútil para los fines de su institución si no era por sí garantía bastante contra derechos*

⁷³ Cfr. AMORÓS: *Comentarios...*, cit., p. 285: «En mi opinión, los artículos 32 (equivalente al 606 C. c.) y 34 L. h. reflejan dos principios distintos. Las diferencias entre ambos preceptos pueden apreciarse desde varios puntos de vista: a) El caso contemplado por cada uno: en el artículo 32, la doble venta, o la enajenación como libre de cargas de una finca previamente gravada; en el 34, la nulidad o resolución del título anterior del transferente. b) El fundamento de la solución legal: en el 32 se sanciona la falta de inscripción, se protege la apariencia negativa creada por la falta de publicidad, y se da eficacia a la prioridad o anticipación en la inscripción; en el 34, se protege la confianza en los pronunciamientos registrales. c) La estructura técnica de ambos artículos: el 32 aparece como una regla general, el 34 como una excepción a lo dispuesto en el artículo 33. d) La fórmula expresiva: en un caso se habla de inoponibilidad de títulos (y esta expresión ya es significativa para demostrar su origen latino), en otro de eficacia frente a terceros del derecho inscrito, aunque después resulte ineficaz. e) El problema planteado: en el 32 se trata de la colisión entre un título inscrito y otro no inscrito, en el 34 la colisión se produce entre dos títulos inscritos cuando el anterior resulta ineficaz por causa no inscrita. f) La inspiración de ambas normas, que en un caso es romana o latina, y por eso alude a la inoponibilidad de títulos no inscritos, y en otro germánica, basada en la presunción de exactitud del contenido del Registro en beneficio del tercer adquirente. g) El destinatario de las normas: el tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción, le basta con inscribir para que le sea inoponible lo no inscrito. Así lo confirman los antecedentes históricos de esta disposición. Mientras que el tercero protegido por el artículo 34 necesita la previa inscripción de su transferente. [...]. h) La eficacia social de ambas normas: el antiguo artículo 23 se aplicó desde el principio, mientras que el 34 sólo entró en juego después de sucesivos aplazamientos».

⁷⁴ CÁRDENAS: *op. cit.*, pp. 170-171.

desconocidos, de la seguridad de los consignados en él con todas las formalidades requeridas [...].

En cambio, la filosofía del 32, visto su origen latino y su concepción desde la hipótesis de la doble venta –lo que, además de su origen, acreditan las tan conocidas y repetidas palabras de la Exposición de Motivos de 1861 sobre la interferencia de la inscripción en el sistema adquisitivo: *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 [...] Así, [...] si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*–, dicha filosofía, decíamos, consiste en premiar la diligencia del primer comprador que inscribe, atribuyéndole el dominio de la cosa comprada por haberla inscrito, aunque no haya sido él el primero en haber consumado el proceso adquisitivo ordinario, apto, de suyo, para convertirle en dueño ⁷⁵. Lo circunscrito de la hipótesis tenida en cuenta, de una parte, y lo rudimentario del sistema latino de publicidad, de otra, hacen que el efecto protector del artículo 32 se limite al ámbito relativo en que se produce la preferencia del comprador que inscribe, sin que se extienda a asegurarle más allá la eficacia de su adquisición. Para esa otra seguridad hay que esperar en el sistema latino a la consumación de la usucapión. El contraste con la hipótesis normativa del 34 y con el efecto que en él se sanciona es claro: ni en el 32 se exige ni tutela la confianza en dato registral previo alguno, cuya existencia, por otra parte, tampoco se requiere; ni a la adquisición registralmente protegida se otorga protección absoluta: el *dominus* de la cosa adquirida e inscrita –si no lo era el vendedor que de ella dispuso– podrá reivindicarla con éxito de quien la inscribió a su favor.

⁷⁵ En el dilema entre publicidad y clandestinidad, dice GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 178, «lo que importa es la inscripción del título del tercero frente al título clandestino, y no importa la previa inscripción del transmitente». En términos negativos, para nuestro artículo 32, cfr. Díez-Picazo: *Fundamentos...*, cit., p. 471: «[...] en el origen del precepto hay una privación de derechos o de los efectos de un derecho, que resulta motivada por la negligencia del verdadero titular. Se estima como fundamento de la norma la idea de sanción del propietario negligente». Positivamente, y para la Ley francesa de Transcripción, Belleyme, en la Discussion, *apud* Troplong: *op. cit.*, p. 69: «Cela est-il juste? Essentiallyment juste: il fallait choisir, entre l'acquéreur et le tiers, celui de deux qui serait victime de la non-exécution de la loi. L'acquéreur a été rendu responsable; car c'est lui qui aurait dû remplir les formalités de la loi, les tiers ne pouvant être chargés de la faire, puisqu'ils ne connaissent pas la vente. La faute étant à la partie contractante, le préjudice doit être supporté par elle. Dans l'exemple qui a été cité, le deuxième acquéreur est un tiers vis-à-vis du vendeur primitif; mais il a fait transcrire avant tout autre, il doit donc être investi de la propriété; car il est naturel que la loi préfère celui qui la fait exécuter».

Así marcadas las diferencias que separan a los artículos 32 y 34, podría todavía preguntarse: ¿Merece la pena mantenerse en ellas? ¿Justifica la peculiar y tan parva aportación del artículo 32 el rompimiento de la unidad del sistema? Parva aportación del 32, hemos dicho; y por dos razones: por la debilidad de la protección en él dispensada, y por lo circunscrito de la hipótesis en la que el precepto está llamado a actuar con eficacia propia. Pues, a pesar de tales razones, y por encima de aquella parvedad, la respuesta afirmativa se impone: por exigencias de precisión y distinción conceptual, y en evitación de vacíos normativos.

Distinción conceptual: Porque contra la absorción del artículo 32 por el 34 hay que hacer valer que uno y otro se mueven en regiones teóricas diferentes. Por indicarlas empleando términos acuñados: el 32 actúa en el ámbito del foráneo principio de inscripción, ámbito que en nuestro Derecho habría de indicarse como el dominado por el principio de no inscripción⁷⁶; mientras que el 34 lo hace en terrenos del principio de fe pública registral⁷⁷. El principio de inscripción, o en nuestro caso el de no inscripción, se refiere al valor de la inscripción registral respecto de la adquisición que va a ser su objeto. Y es aquí donde nuestro artículo 32 se va a pronunciar, sin ambages, como latino. Lo germánico es hacer de la inscripción elemento de constitución de la adquisición inscrita; lo latino, mantenerla en su condición de simple requisito de su oponibilidad a terceros. El principio de fe pública registral, por el contrario, atiende principalmente al valor de la inscripción del derecho del transmitente como justificadora de la confianza del tercero que, por adquirir confiando en ella, va a ser mantenido en su adquisición. Al tratar del valor de la inscripción, las cosas no pueden ser examinadas tan groseramente que se pase por alto esta diferencia. En el artículo 32, por una parte, y en el 34, por otra, se atiende, respectivamente, a inscripciones distintas: a la propia de quien por solo inscribir resulta preferido, en el 32; y a la previa o del transmitente, en el 34: la que al presentar a éste como dueño, va a justificar que adquiera —también inscribiendo, claro está— el que en ella confió.

Y evitación de vacíos normativos, decíamos: No hay que insistir en este punto. Como muy autorizadamente se ha dicho⁷⁸, la

⁷⁶ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 64.

⁷⁷ Significativo en este punto, el trabajo de GÓMEZ GÓMEZ: «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *RCDI*, 1952, pp. 558-580.

⁷⁸ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 173: «[...] mientras que si se acepta que *adicionalmente* [a la protección a la apariencia registral] persiste el sistema latino de salvar la adquisición de cualquiera que lleva al Registro su escritura, también el segundo comprador de un finca no registrada que la inmatricula en su favor puede repeler, en cuanto tercero

absorción del artículo 32 por el 34 deja sin solución registral el caso de la doble venta de finca no inmatriculada; o, dicho de otra forma, niega todo valor a la inscripción cuando lo que con ella se hace llegar por primera vez al Registro es una finca previamente vendida por el mismo vendedor a otro comprador que no la inscribió. Pero de este punto tendremos que ocuparnos con más detalle después de haber superado la objeción que contra lo hasta ahora dicho se nos podría oponer, y de la que inmediatamente pasamos a ocuparnos.

c) Tal objeción no puede consistir —ya se lo habrá adivinado— sino en la a veces afirmada incompatibilidad de los sistemas registrales latino y germánico. En dos planos diferentes, o desde dos puntos de vista se ha argüido tal incompatibilidad: considerando globalmente los sistemas y contrastándolos entre sí, al modo en que lo hizo Oliver⁷⁹, o concentrando la atención en el artículo 32 para deducir —como lo hace Roca Sastre⁸⁰— la imposibilidad de integrarlo en el sistema, al considerarse éste germánico y si se entiende como latino aquél. Ocupémonos del problema en ambos planteamientos.

La contraposición, más que mera diferencia, entre los sistemas latino y germánico es indudable. Aunque ambos se propongan dar seguridad al tráfico inmobiliario, es tan distinto el efecto asegurador que en cada uno se pretende, y, consiguientemente, la forma de organizar el Registro que para obtenerla en ellos se adopta, que la adunación de ambos modelos en la formación de otro globalmente ecléctico o mixto parece imposible. El sistema latino se construye teniendo a la vista el problema de la doble venta; el germánico, con mayor amplitud, se propone dar solución al de la adquisición *a non domino*. El primero se conforma con dar preferencia a la adquisición del comprador que inscribe, pero sólo relativa; esto es, sólo frente a cualquier otra anterior no inscrita pero procedente del mismo vendedor. El segundo, en cambio, protege al adquirente positivamente y en la forma absoluta connaturalmente exigida por el derecho real: contra el *verus dominus*, quienquiera que éste sea y

protegido, la acción del primer adquirente que no adoptó la misma precaución»; AMORÓS: *La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios*, cit., pp. 1548-1549: «[...] si se admite esta interpretación, entonces tenemos que la eficacia práctica de la norma contenida en el artículo 32 quedará vinculada a los casos de inmatriculación o primera inscripción. [...] Esta es, a mi juicio, la eficacia más característica del artículo 32: la protección del inmatriculante frente a lo no inscrito, el cual no puede ser protegido por el artículo 34».

⁷⁹ OLIVER: *op. cit.*, pp. 231-232: «[...] los principios que informaban las legislaciones extranjeras que en 1855 representaban cada uno de los dos sistemas alemán y francés, eran no sólo distintos, sino abiertamente contrarios; no podían fundirse ni amalgamarse [...] eran, como lo son hoy y lo serán siempre, verdaderamente irreductibles».

⁸⁰ ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., pp. 818-822.

con independencia del origen de su derecho. Aquél organiza rudimentariamente el Registro, sin ordenarlo por fincas, admitiendo a transcripción el documento privado y prescindiendo de la calificación registral y del tracto sucesivo. Por el contrario, éste se organiza sobre los principios contrarios: folio real, documentación auténtica, calificación registral y tracto sucesivo. En tales condiciones, ciertamente, los modelos son tan distintos que ante ellos lo que se impone es la elección. Ni la debilidad de la organización latina soporta el efecto fuerte de la protección registral germánica, ni el rigor del soporte germánico de la publicidad permitiría reducir su eficacia protectora en los estrechos límites de la eficacia negativa y preclusiva propia de los sistemas latinos. Lo hemos visto en la interpretación de los títulos dedicados a la hipoteca y al Registro de la Propiedad en el Proyecto de Código Civil de 1851: sin un precepto que formulara positivamente, o *germanico more*, el efecto de la publicidad, las garantías que rodeaban a la inscripción, y la forma elegida para la organización del Registro, permitían deducir aquella eficacia, por más que su efecto se hubiera expresado mediante la fórmula latina del «no surtir efectos contra tercero». No surte tal efecto lo no inscrito, de acuerdo con la expresión literal de la ley, pero, además, según fundadamente puede interpretarse, lo inscrito debe contar como cabal expresión de lo realmente existente en favor del tercero que en ello confió.

De acuerdo, pues, con lo dicho, podemos concluir admitiendo la incompatibilidad, en globo, de los sistemas, tal como la vimos afirmada en Oliver. Lo que ya no es igualmente claro es que, en razón de dicha incompatibilidad, haya también de sostenerse la del artículo 32 en el conjunto de nuestro sistema registral; calificado éste, con razón, como germánico, e interpretado aquél como latino, según consta expresamente por la declaración de sus autores. Al situar el problema en este plano, pasamos ya al planteamiento de Roca Sastre. Ése va a ser, justamente, el núcleo de su argumentación del monismo hipotecario: porque el sistema de transcripción es incompatible con el de fe pública registral, el artículo 32, que en la mayor indefinición de los primeros tiempos (entonces, artículo 23) podía parecer latino, al evolucionar el conjunto cada vez con mayor claridad en sentido germánico, no puede ser hoy entendido más que participando de esta misma condición. En lugar de revelar, pues, autónomamente el principio latino de inoponibilidad, se limita a enunciar parcial y negativamente el principio germánico de fe pública registral.

En nuestra opinión, no puede pasarse tan automática y simplemente de la incompatibilidad global de los sistemas a la de alguna

de sus piezas, que, por no decir relación necesaria con el conjunto, pueden igualmente integrarse en el funcionamiento de ambos contrapuestos sistemas ⁸¹. Naturalmente, la pieza en que aquí pensamos es el artículo 32: la norma que impone que los derechos no inscritos no perjudican al del tercero que inscribe. Y, naturalmente también, para que nuestro planteamiento tenga sentido, norma que aquí debemos entender como de naturaleza latina y, por ello mismo, perteneciente a terrenos de nuestro principio de «no inscripción». Así situado el problema, hemos encarado ya la cuestión decisiva: ¿es incompatible la fe pública registral con la inscripción no constitutiva? Por proteger al tercero que confía en la realidad del derecho inscrito de su transferente, ¿entra el sistema en contradicción consigo mismo si también protege, además, al que primero inscribe cuando no hay inscripción previa en la que poder confiar?

Nuestra respuesta tiene que ser aquí decididamente negativa. No hay razón de incompatibilidad alguna, porque los preceptos hipotecariamente en injustificada pugna se mueven en terrenos distintos, donde, por no tocarse, tampoco pueden entrar en colisión; y donde, en momentos y aspectos también diferentes, atribuyen a la inscripción funciones distintas pero no contradictorias. El artículo 32, al preferir por su inscripción al derecho inscrito frente al que se dejó de inscribir, presupone necesariamente que la inscripción no es constitutiva, pero dispone, obviamente, que tampoco es indiferente para la valoración y eficacia del derecho inscribible: el no inscrito no puede prevalecer sobre el inscrito, o, lo que es lo mismo: al derecho inscrito no puede perjudicar el que se dejó de inscribir. Y, admitido y establecido este criterio, con proyección principalmente de pasado: ¿qué puede impedir que, además de él y con proyección ahora de futuro, de la inscripción ya practicada se haga fundamento de la confianza de los terceros que se propongan adquirir el derecho ya inscrito? ¿Para qué, entonces, la desarrollada organización de nuestro Registro y los controles impuestos a la registración ⁸²? Por el camino sencillo y

⁸¹ Son aquí de suscribir las palabras de GÓMEZ GÓMEZ: «En torno a la polémica Carretero-Roca», *RCDI*, 1966, p. 388: «Y a pesar de sus esfuerzos por confundir los artículos 32 y 34 no creo que pueda negar Roca, hablando también en teoría, que la fe pública y la inoponibilidad son también cosas diferentes, si no lo fueran en Francia habría plenamente fe pública. Y que ambas cosas pueden idealmente separarse o yuxtaponerse. Y así, hipotéticamente, puede pensarse en un sistema con inoponibilidad y sin fe pública (sistema concreto latino), en otro con fe pública y sin inoponibilidad (que es el que le gusta a Roca) y en otro con fe pública y con oponibilidad (Tirso Carretero)».

⁸² Son de recordar aquí las palabras de LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 944: «Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funda».

sin precedentes de la protección del tercero que confió en el Registro⁸³, nuestro legislador pudo fundamentar una fe pública registral no necesitada de la inscripción constitutiva y plenamente compatible con la protección registral autónoma al comprador que en la doble venta se adelanta en llevar al Registro la finca hasta entonces no inmatriculada⁸⁴.

Terminemos, pues, este punto sintetizando y concretando algo más cuanto en él hemos tratado. Hay que estar de acuerdo en que, globalmente considerados, los sistemas latino y germánico se muestran como incompatibles entre sí: la distinta ambición de sus metas y el peculiar modo de organizarse uno y otro, impiden la componenda entre ambos. En cambio, no es imposible que en un sistema globalmente germánico se inserte, sin desajustes, una pieza latina. Naturalmente, afirmar esto implica admitir que la inscripción constitutiva no pertenece a la esencia del sistema germánico; que éste se identifica, sin necesidad de ella, por el efecto plenamente asegurador de la fe pública registral. Así fue calificada como germánica nuestra Ley Hipotecaria por sus propios autores y más señalados intérpretes⁸⁵. En tal caso, la inoponibilidad latina, como distinta pero compatible con la fe pública registral, no es pieza que no pueda encajarse en un mecanismo registral germánico. ¿Cuándo sería incompatible con él? Obviamente, cuando dicho mecanismo hubiera adoptado el criterio de la inscripción constitutiva⁸⁶ —lo que, ciertamente, no es nuestro caso—, o cuando, sin inscripción constitutiva, la posible pugna entre derechos inscritos y no inscritos se produjera a partir de una situación previamente inscrita [art. 40 *a*) LH]. En este caso —éste sí, perfectamente posible en nuestro Derecho e imaginado por De la Serna en el comentario al originario artículo 23— el comprador que se adelanta a inscribir recibirá autónomamente de la fe pública registral (arts. 34 y 40) una protección que haría perder todo su interés a la relativa, preclusiva y negativa que podría obtener del

⁸³ Cfr. sobre ello, CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, Madrid, 1949, p. 192, y NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 243.

⁸⁴ Por curiosa paradoja, mientras Roca Sastre, combativamente monista, admite sin dificultad la posibilidad de una fe pública registral no fundamentada en la inscripción constitutiva (cfr. *La nueva Ley de reforma hipotecaria...*, cit., p. 34; ID: «Trascendencia de la Ley Hipotecaria de 1861», *RCDI*, 1962, p. 604), Carretero, dualista igualmente combativo, entiende que una fe pública registral sin el fundamento de la inscripción constitutiva sería una «hermosa fachada vacía por dentro» (cfr. *Retornos...*, II, cit., p. 96).

⁸⁵ Recuérdese el testimonio de LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 927, en cuanto al Proyecto de 1851, o, en cuanto a la Ley de 1861, el de CÁRDENAS (*Memoria histórica...*, cit., pp. 170-173) y SERNA (*op. cit.*, p. 637, nota) en la defensa y comentario de su artículo 34.

⁸⁶ El invento de la inscripción constitutiva, es, como indica CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 88, lo que lleva en el sistema alemán a la desaparición del tercero de nuestro artículo 32 LH.

artículo 32⁸⁷. Pero, fuera de este supuesto, cuando la colisión entre compradores sucesivos se produce respecto de finca no inmatriculada, excluida por tanto la inexactitud registral y el juego de la fe pública, es justamente este último artículo, el 32, el llamado a proteger —a su modo— al que primero inscribe. Sin él, y siendo extra-registral en nuestro derecho la constitución y transmisión de los derechos reales, la sola fe pública registral, si no «dieta harto severa» para la seguridad de nuestro tráfico inmobiliario, como decía Lacruz⁸⁸, sí que sería dieta abiertamente incompleta. Extrañamente incompleta, además, porque no puede entenderse fácilmente que, siendo posible entre nosotros, al igual que en Francia, la doble venta de finca no inscrita, dicho problema encuentre solución registral en el rudimentario sistema francés y quede sin ella en el nuestro, tan concienzudamente concebido y técnicamente desarrollado.

3. La autonomía del artículo 32 devuelve a la «primera inscripción» la utilidad que le niega la tesis monista

Está fuera de duda que el monismo hipotecario, privando de solución registral al problema de la doble venta de finca no inmatriculada, condena a la primera inscripción a una esterilidad sin paralelo en los sistemas comparados. En los germánicos puros, el expediente de la inscripción constitutiva elimina de raíz el problema, pero lo logra atribuyendo a la inscripción —a la primera como a todas las restantes referidas a las transmisiones negociales *inter vivos*— valor constitutivo. En los latinos, que es donde al no ser constitutiva la inscripción, el problema —como en el nuestro— puede plantarse, la toma de razón de la adquisición en el Registro proporciona a ésta un aumento de valor relativo que se traduce decisivamente dando preferencia a la adquisición inscrita sobre la que se dejó de inscribir. Nada de ello ocurriría a nuestra primera inscrip-

⁸⁷ En el sentido del texto, aunque sin excluir la posibilidad de opinión en contrario, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1548: «Personalmente creo que el caso de doble venta, cuando el vendedor aparece inscrito y el segundo comprador resulta protegido al inscribir, puede ser válidamente llevado al principio de fe pública registral en sentido amplio y apoyado en la aplicación conjunta de los artículos 34, 37 y 40. Pero aunque así no fuera, siempre resultaría protegido el comprador que inscribe frente al que no lo hizo por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria». En cambio, decididamente contrario a la inclusión del supuesto de la colisión de títulos cuando derivan éstos de otro previamente inscrito, en los artículos 34 y 40 a) LH, y consiguientemente, a la admisión de su solución por el principio de fe pública registral, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 76-80.

⁸⁸ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 175. Además de Lacruz-Sancho, para la solución en el artículo 32 LH al problema de la doble venta de finca no inmatriculada, cfr. AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1545-1549.

ción en la interpretación monista de nuestro sistema registral. Sin valor constitutivo, no excluiría el problema de la colisión entre adquisición inscrita y no inscrita; y sin más eficacia protectora que la sancionada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dejaría al adquirente que por primera vez inscribe sin protección registral, al no contar éste con una norma que autónomamente le proteja ni poder lucrar la protección del 34 por impedírsele el no haber adquirido confiando en dato registral previo alguno. Con gran parte de razón, pues, ha podido decirse que la tesis monista hace inútil la primera inscripción⁸⁹, pues, por más que quien la obtenga se beneficie de la presunción *juris tantum* de exactitud de que goza toda inscripción⁹⁰, es lo cierto que, en la tesis criticada, no comenzará a haber definitiva y completa protección registral hasta que alguien adquiera en las condiciones que exige el artículo 34: concretamente, por lo que ahora interesa, confiando en una inscripción anterior.

Extraña inutilización ésta de la primera inscripción, que, sobre su propia contraindicación, no sólo tiene que sacrificar la autonomía del artículo 32 absorbiéndolo en el 34, sino que tiene que entrar además en abierta oposición con lo dispuesto en el artículo 1473 II CC: si fuera inmueble la cosa vendida a diferentes compradores, su propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Por dos vías intentarán los monistas superar el obstáculo: forzando la interpretación del artículo 1473 CC, que, según ellos, y en atención a lo dispuesto en el artículo 608, deberá entenderse desde la Ley Hipotecaria, esto es: exigiendo al compra-

⁸⁹ Así, e. c. y con matices diferentes, DEL HOYO: *op. cit.*, esp., p. 572: «Y todo esto para nada; para seguir siendo todavía tercero civil después de la inscripción»; VILLARES PICÓ: *La polémica...*, cit., p. 373: «[...] afirmar rotundamente que el inmatriculante, que es un *pionnier* que abre camino, que inicia la hoja registral de la finca, nunca podrá valerse de su condición de tercero hipotecario, es tanto como decir que la inscripción de inmatriculación no le va a servir a su titular para nada, como no sea para la prioridad formal, y si acaso para la legitimación dispositiva en la obtención de un préstamo hipotecario»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 136: «Hay países donde no hay Registro, otros donde la inscripción es constitutiva, otros donde la transcripción es requisito de inoponibilidad. Sólo en España hay Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve de nada [...]»; AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1544: «Pero es que, además [la idea de que el artículo 32 no exige la previa inscripción], tiene a su favor otra razón práctica y real de no pequeño peso: la necesidad de que resulte protegido el inmatriculante sin tener que esperar a una transmisión onerosa posterior. Porque, si no, ¿de qué le sirve formalizar y legitimar su situación, satisfacer gastos e impuestos?»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 177: «Y es un problema crucial [...] para la eficacia del sistema registral y para la utilidad social del Registro [...]. ¿Es justo que a esa masa mayoritaria de terceros se les niegue protección registral por el hecho de que en el momento de adquirir o de presentar su título en el Registro no esté previamente inscrito el derecho del transferente?» (cva. del a.)

⁹⁰ Insiste en esta idea, viendo en ella la única consecuencia de la primera inscripción, DE LA RICA y MARITORENA, Ramón: «Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria», *RCDI*, 1970, pp. 703-730, *passim*.

dor protegido por inscribir haber adquirido de titular inscrito, según lo dispuesto en el artículo 34 LH⁹¹; o bien –segunda vía– negando que el artículo 1473 CC tenga aquí nada que ver, ya que, al referirse a los aspectos jurídico-personales de la doble venta, no es norma que, en paralelo con el 32 LH, esté llamada a dar solución al problema jurídico-real de la adquisición de la propiedad que se suscita en el caso propuesto⁹². Intento fallido por ambos caminos. Por el primero, porque la argumentación pretendida incurre en manifiesta petición de principio, y porque su apetecido resultado choca literal y frontalmente con el orden de preferencia establecido en el precepto: contra lo que en éste se dispone, el comprador que se adelanta a inscribir inmatriculando resultaría vencido por el comprador anterior que, no habiendo inscrito, hubiere entrado en la posesión del inmueble comprado⁹³. Y por el segundo, porque la identidad de naturaleza y criterio de solución aplicado en los actuales artículos 1473 CC y 32 LH, además de directamente perceptible por sí misma⁹⁴, quedó expresamente afirmada por los autores de la Ley. Baste para comprobarlo recordar tres textos, uno de Luzuriaga, otro de la Exposición de Motivos de 1861, y otro de Gómez de la Serna.

Los artículos 1859 [el actual 1473 CC] y 60 –dice Luzuriaga⁹⁵– son aplicación del principio consignado en el artículo anterior [el 1858, paralelo al actual 32 LH], y aunque, por lo mismo, pudieran haberse excusado, ha parecido conveniente consagrar estas disposiciones especiales por la grande importancia del objeto que encierran, y que no debía dejarse dependiente de interpretaciones...

«Por la doble venta de una misma cosa cuando alguna de las ventas no se haya inscrito». Consecuencia es esto –*Exposición de Motivos*⁹⁶– del principio expuesto al manifestar los motivos de las

⁹¹ 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. 458-459; ROCA SASTRE: *El problema...*, cit., p. 804; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 597-598.

⁹² PAU PEDRÓN: *Comentario del Código Civil*, I. Ministerio de Justicia, Madrid 1991, ad artículo 606, pp. 1535-1536.

⁹³ Así, RUBIO GARRIDO: *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona, 1994, p. 97: «Y, dado que la inmatriculación no puede ser base para ninguna adquisición *a non domino*, el otro comprador no inmatriculante podrá perseguir la cancelación del asiento obrado y su sustitución por el suyo, mediante la plena prueba de su título y de que él fue el único que entró en posesión de la finca vendida (o que fue el primero en hacerlo) [...]». Nos hemos referido más ampliamente a este problema en «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. 194-201.

⁹⁴ Para la relación entre los artículos 23 (originario) LH y 606 y 1473 CC, cfr. AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 288-290. También, con breve referencia a sus antecedentes, VILLARES: *op. cit.*, pp. 367-368.

⁹⁵ LUZURIAGA: *op. cit.*, p. 951.

⁹⁶ E. M. 1861, p. 253.

bases de la Ley. 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. Así lo establece también el Proyecto del Código Civil, ordenando que 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.

Esta misma doctrina –finalmente, Gómez de la Serna⁹⁷– prevaleció en la formación del Código Civil: dos artículos hay en él que tienen relación inmediata con lo que comentamos [la prioridad registral: artículo 17 LH]. Estos son el 1859 y 1860. Ordena el primero, que «cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito su título».

El nuevo obstáculo no superado que contra la tesis monista levanta ahora el artículo 1473, más la distinción y autonomía del artículo 32 respecto al 34 LH que hasta este momento hemos venido argumentando, excusan tener que entrar a desmontar la inconsistencia de la práctica aniquilación del valor de la primera inscripción, pero nos fuerza a tener que precisar cuál es exactamente dicho valor: en qué consiste esa otra forma de «eficacia ofensiva» –en la terminología de Lacruz⁹⁸ que la inscripción, además de la fe pública registral –y algo residualmente, ésta supuesta– produce en nuestro Derecho. Lo haremos distinguiendo tiempos y ámbitos.

Primero.–Para el adquirente que inscribe. A nuestro juicio, debe mantenerse como cierto que la publicidad, en su dimensión latina, da a quien se adelanta a practicar la primera inscripción de la finca la preferencia que por el hecho de haberse adelantado a inscribirla le otorgan los artículos 1473 II CC y 32 LH, en caso de doble venta frente a cualquier comprador anterior⁹⁹. Debe, ade-

⁹⁷ SERNA: *op. cit.*, p. 525.

⁹⁸ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 161 y ss.

⁹⁹ Así, inequívocamente, SERNA: *op. cit.*, p. 665, en el comentario al artículo 38. 4.ª LH: *En consecuencia de lo establecido en el artículo 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes: ... 4.ª Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita*. Tras repetir las palabras de la Exposición de Motivos referidas a este problema, añade como fundamento de esta disposición: «No debe olvidarse aquí, que según otro artículo de la Ley [y cita el artículo 17], que ya dejamos comentado, cuando se ha inscrito en el Registro cualquier título traslativo del dominio de los inmuebles, no puede inscribirse otro de fecha anterior por el cual se transmita la propiedad del mismo inmueble». Posteriormente, en el sentido del texto, ALONSO FERNÁNDEZ, José: «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», *RCDI*, 1945, pp. 315-316. En contra, DE LA RICA y MARITORENA: *op. cit.*, pp., esp., 712: «Nunca las inscripciones primeras o de inmatriculación han estado protegidas por el principio de inoponibilidad. Sucedió así porque el tercero latino, trasplantado a un sistema de fondo germánico y con principios que le son incompatibles, queda totalmente desvirtuado e inoperante», y 725-726, donde aduce

más, añadirse que el resultado protector de dicha preferencia se produce sin tener que esperar, cuando proceda, el transcurso del plazo suspensivo impuesto por el artículo 207 LH para que las inscripciones de inmatriculación surtan efecto contra tercero¹⁰⁰. Volveremos enseguida sobre este punto.

Debe mantenerse como igualmente cierto que al inmatriculante no alcanzan los efectos de la fe pública registral, por faltarle el requisito de haber adquirido de titular previamente inscrito y confiando en la exactitud del Registro. En consecuencia, el *verus dominus* —que no lo sea por adquisición anterior no inscrita y derivada del mismo transmitente— puede reivindicar con éxito contra dicho inmatriculante: desde luego, antes del transcurso de los dos años de suspensión de efectos de la inmatriculación contra terceros; pero también, en nuestra opinión, después de dicho plazo, ya que el mismo lo que suspende es el juego de la fe pública registral, y ésta, como hemos indicado, no aprovecha al inmatriculante¹⁰¹.

como base normativa de su opinión el último párrafo del artículo 298 RH: *Los que se crean con derecho a la finca o parte de ella cuya inscripción se haya practicado conforme al artículo 205 de la Ley, podrán alegarlo ante el Juzgado o Tribunal competente en juicio declarativo, y deberá el Juez ordenar que de la demanda se tome en el Registro la correspondiente anotación preventiva*. El argumento, a nuestro juicio, no tiene el valor absoluto que se le pretende atribuir: por no referirse a la primera inscripción, como tal, sino a la obtenida por el concreto procedimiento del artículo 205 LH, y, sobre todo, porque no permite concluir que entre los que realmente puedan considerarse con derecho a la finca inmatriculada estén los compradores anteriores que en caso de doble venta hayan omitido la inscripción.

¹⁰⁰ Así, ALONSO FERNÁNDEZ: *op. et loc. ant. cit.*: «[...] la inscripción de inmatriculación produce los siguientes efectos contra tercero, antes de los dos años a partir de su fecha: [...] 2.º Los del artículo 1473 del Código Civil, que por sus términos absolutos declara que pertenece la finca, en caso de doble venta, al adquirente que antes la haya inscrito, pues, como dice Gayoso Arias, es un efecto de la inscripción instantáneo que se produce de una vez». En contra, exigiendo el transcurso de los dos años, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1545: «Terceros aquí son [en el artículo 207 LH] tanto el causahabiente del inmatriculante (tercero registral) que ve paralizados los efectos protectores de la inscripción por dos años, como el *verus dominus* (tercero civil no inscrito respecto al acto de adquisición del inmatriculante) que tiene igualmente paralizados en su favor, y por el mismo plazo, los efectos ofensivos de la inscripción del otro comprador. Esta es la peculiaridad restrictiva del procedimiento inmatriculador del artículo 205 por sus menores garantías»; también, VILLARES PICÓ: *La polémica...*, cit., p. 365.

¹⁰¹ Así, entre los que más de cerca se han ocupado del tema, GÓMEZ GÓMEZ, M.: *Ámbito de aplicación...*, cit., p. 573: «Solamente en los asientos de inmatriculación el titular de los mismos no trae su derecho de un titular registral anterior, pero tratándose de inmatriculaciones es imposible hablar de terceros hipotecarios, ni de fe pública registral, pues es sabido que los asientos de inmatriculación no están protegidos por el principio que nos ocupa, según sostiene la doctrina más generalizada (aunque no sin algún contradictor)». Entre éstos, DEL HOYO: *Otra vez el concepto de tercero...*, cit., quien, a partir del plazo de suspensión, entiende debe considerarse al inmatriculante como «tercero hipotecario», favorecido, también, por la fe pública registral: cfr., esp., pp. 566: «Este artículo [el 207 LH] es totalmente claro, y los efectos contra tercero que quiere producir son, sin ningún género de duda, los efectos hipotecarios. Pero, ¿a qué tercero se refiere? Entendemos que al tercero civil, y por consiguiente quiere decir que las inscripciones de inmatriculación, transcurridos dos años, producen plenos efectos de fe pública registral contra el

Para que la reivindicación del *verus dominus* resulte impedida por la protección registral es menester que, transcurridos los dos años a partir de la inmatriculación, la finca haya pasado a tercero que la haya adquirido en las condiciones exigidas por el artículo 34 LH. Entre el titular inscrito que no sea tercero del artículo 34 LH, y el *verus dominus* las cosas discurren, sin peculiaridad alguna, con arreglo a la legislación civil (art. 36 LH).

Aquí llegados, con todo, una duda puede asaltarnos. Lo antes dicho sobre el valor de la primera inscripción para el titular que inscribe cuadra exactamente con la efectividad latina de la inscripción; la efectividad, además, que por su origen latino cabe esperar de la prevista y regulada en el artículo 32. Pero, ello admitido, la cuestión que podría suscitarse es la siguiente: Integrada una inscripción latina en un sistema germánico, ¿no podría tal inscripción resultar metamorfoseada por consecuencia de dicha integración o inserción? La misma cuestión se puede proponer desde un planteamiento más general: Venimos manteniendo que la protección registral actúa en nuestro Derecho como una concreta hipótesis de protección de la apariencia jurídica. Va en ello implícito que la apariencia jurídica es el género, y que la protección de las actuaciones llevadas a cabo en la confianza de su coincidencia con la realidad es el principio general que concretamente se aplica cuando positivamente se protege al adquirente que inscribe. Siendo ello así, la pregunta es ya directamente la siguiente: si el adquirente que por primera inscribe adquirió de buena fe en el marco de una situación protegible de apariencia —extra-registral, por hipótesis— de titularidad de su transferente, ¿podrá obtener de la inscripción la tutela inmediata y definitiva que la teoría de la apariencia dispensa a los terceros de buena fe ¹⁰²? Concretando algo más el supuesto: si el vendedor no es dueño, pero por la posesión en concepto de dueño parece serlo (art. 448 CC): ¿resultará protegido el comprador que

tercero civil. De donde se deduce que al pasar los dos años el titular de la inscripción de inmatriculación toma la categoría de tercero hipotecario protegido»; 573: «Creo, pues, sinceramente que no hay motivos ni fundamento ninguno para negar la cualidad de tercero hipotecario a los titulares de inscripciones primeras [...]. No hay ningún precepto que se oponga a ello en la Ley Hipotecaria. Es más, los artículos 32 y 207 de la misma Ley parece que lo están pidiendo a gritos»; 574: «Creemos que, en honor de la moralidad y de la Ley misma, hay que conceder la categoría de tercero hipotecario al titular de la inscripción primera, conforme a sus artículos 32 y 207 corroborados por el 1473 del Código Civil». En la jurisprudencia reciente, y en el sentido de lo afirmado en el texto, STS 15-1-01, con cita de la de 21-1-1992.

¹⁰² Nos remitimos aquí a lo dicho en *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp., esp., 441-442 y 479, en cuanto al resultado final de la protección de la apariencia; y a lo que apuntaremos al final de este trabajo (*infra* V. 3) sobre la relación entre el principio autónomo de inoponibilidad y al principio de protección de la apariencia jurídica.

inscribe al modo relativo y preclusivo de la protección registral latina, o al modo definitivo y absoluto en que el ordenamiento protege al que actúa confiando en la apariencia jurídica? Tenemos que remitir el tratamiento más a fondo y detenido de este problema al momento en que, ocupándonos del principio de legitimación registral, tengamos que entrar a estudiar las posibles interferencias entre las apariencias registrales y las posesorias. Por ahora baste indicar, como criterio de principio, que donde específicamente se predispone por el Derecho un instrumento artificial y específico de manifestación de la realidad, la apariencia de tal generada por éste cuando no coincide con ella debe prevalecer sobre la resultante espontáneamente de otros medios capaces de provocarla de forma aunque más natural menos inequívoca. Otra sería la solución, naturalmente, en aquellos casos en que, supuesto ciertamente un elemento cualquiera de apariencia interesadamente creado por el *dominus*, incognoscible, en principio, por los terceros, y efectivamente desconocidos por éstos, la ley termina por proteger la buena fe de quien confía en la aparente normalidad del estado de cosas relativo al objeto de su actuación, frente a la maniobra de quien interesada y sospechosamente encubre en ella la realidad de una situación anómala. Es lo que ocurre en la simulación y sus figuras adláteres. Pero que el adquirente de titular simulado –aunque no registral– que inscribe su adquisición pueda resistir la reivindicación del dueño real disimulado u oculto, es algo que dicho adquirente lo obtiene no propia y peculiarmente por haber inscrito, sino porque el Derecho impide sacar la simulación de la relación entre los simulantes y hacerla valer en perjuicio de terceros de buena fe¹⁰³.

Segundo.–Efectos de la primera inscripción para los terceros. Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los artículos 205 y 206 de la Ley Hipotecaria –dispone el 207– «no surtirán efectos respecto de tercero» hasta transcurridos dos años desde su fecha. Y en términos parecidos, el artículo 28: las inscripciones de derechos adquiridos por herencia o legado «no surtirán efecto en cuanto a tercero» hasta transcurridos dos años desde la muerte del causante.

Primera observación, legalmente obvia, pero necesitada de ser expresamente advertida y especialmente destacada: la suspensión de efectos en cuanto a tercero ordenada en estos preceptos no es un límite impuesto propia ni exclusivamente a la primera inscripción *ut sic*, sino sólo a la inscripción practicada en las dos hipótesis que

¹⁰³ Por todos, CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pp. 360-365.

se indican, y en atención a motivos singulares¹⁰⁴: que la una se obtuvo en procedimiento que no da garantía completa de la realidad de lo inscrito, y la otra resulta de un título cuya eficacia no puede tenerse como definitiva y absolutamente comprobada al tiempo de su inscripción¹⁰⁵. Dicho de otra forma y en términos positivos: la primera inscripción, como tal primera inscripción, no resulta discriminada en nuestro sistema registral. Produce para quien la obtiene los efectos normalmente derivados de la práctica de la inscripción, y sirve para suscitar en los terceros la misma confianza que puede generar cualquiera de las ulteriores inscripciones.

Esto advertido, cuando la suspensión de efectos procede: ¿cuáles son los que «respecto de terceros» pretenden suspender los artículos 28 y 207 LH? Según la mejor interpretación —creemos—, los relativos a la legitimación registral en su concreta dimensión de dar fundamento o abrir cauce a la fe pública registral¹⁰⁶. De ahí que, según dijimos, dentro del plazo de suspensión, tanto el genérico *versus dominus* (no el comprador anterior que en la doble venta no inscribió) como el heredero verdadero puedan hacer valer su derecho contra quien logró inscribirlo como propio sin que realmente lo fuera¹⁰⁷. ¿Y una vez transcurrido dicho plazo? Habrá que

¹⁰⁴ A veces, la suspensión de los efectos en cuanto a terceros de la inscripción se presenta, sin más, como efecto referible a toda primera inscripción. Cfr., e. c., VILLARES: *La polémica...*, cit., pp. 372-373: «[...] aquí está el amplio campo del artículo 32, en el que cabe la inscripción de inmatriculación, al transcurrir los dos años de su fecha [...]; «Por tanto es de alegrarnos que el Tribunal Supremo se haya inclinado hacia el buen sentido de dar valor de prioridad material a las inscripciones de inmatriculación, transcurridos los dos años. Además, ¿qué daño causa a nuestro sistema el criterio dualista? Al contrario, interpretado según lo expuesto anteriormente hace más amplia la protección registral, incluso respecto a las inscripciones de inmatriculación consolidadas por el transcurso de los dos años». Más atento al dato observado en el texto, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 203: «En el caso de este precepto [el artículo 207 LH], se aplaza la vigencia de ciertos tipos de inmatriculación (no todos) [...]».

¹⁰⁵ Por todos, por más que la cosa es obvia, LACRUZ-SANCHO: *op. et loc. ant. cit.*: «El artículo 28 [...] 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 a otro heredero, o un pariente de mejor grado [...]. El artículo 207 cumple la misma función de prevenir posibles sorpresas causadas por una inscripción inexacta [...] a causa de sus faltas 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».

¹⁰⁶ Así, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 203: «La suspensión temporal de efectos de la inscripción se refiere sólo al principio de fe pública registral (eficacia ofensiva), pero no al de legitimación (eficacia defensiva), que actúa desde el primer momento»; DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 359: «Se establece, pues, un período de *vacatio* de los efectos de la inscripción en relación con la posible fe pública del Registro».

¹⁰⁷ *Ad rem*, GÓMEZ GÓMEZ: *Ámbito de aplicación...*, cit., pp. 577: «Ni que decir tiene que este retraso en la protección del tercero solamente tiene lugar frente a las acciones del heredero real no inscrito», y 579: «Hay una notable diferencia entre esta suspensión [la ordenada en el artículo 207 LH] y la anteriormente examinada del artículo 28 de la Ley

distinguir: si la cosa pasó a tercero que la adquirió en las condiciones del artículo 34 LH, nada podrá reclamarse de éste; por el contrario, mientras la apariencia de titularidad derivada de la inscripción (consolidada, incluso, por el vencimiento del plazo de suspensión) no haya provocado un acto de adquisición registralmente protegible como adquisición *a non domino*, el dueño o el heredero verdadero, según sea el caso, podrá reclamar su derecho de quien todavía lo tiene inscrito como suyo en inscripción registral que sigue aún siendo la primera¹⁰⁸. La primera inscripción, de acuerdo con su condición latina, sólo protege frente al derecho anterior, derivado por tercero de un mismo transmitente y no inscrito. A ese concreto «tercero» (comprador anterior que no inscribió) es al que está llamado a perjudicar la inscripción latina; nuestra primera inscripción, que para lograr tal efecto no necesita transcurso de plazo alguno¹⁰⁹. Lo necesitado de suspensión son los efectos derivados de la confianza que, por sus requisitos y controles, puede suscitar la inscripción en futuros adquirentes que mediante ella intenten cerciorarse de la titularidad de su transmitente. En una palabra: en los casos de los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria, la inscripción –no siempre primera ni siempre la

Hipotecaria, pues en aquella se trataba de una suspensión parcial, que sólo se producía frente a las acciones correspondientes al heredero real; mientras que la suspensión que nos ocupa es total, se da frente a toda clase de acciones “*erga omnes*”, cualquiera que sea la persona a quien corresponda su ejercicio»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 204: «Herederos y titulares auténticos, pues, son los *terceros* a que aluden los artículos 28 y 207. La suspensión de efectos sólo opera frente a su derecho, y no a los de otros cualesquiera».

¹⁰⁸ Cfr. SS 21-1-92 y 15-1-01. En la doctrina, en contra, como vimos *supra*, nota 101, DEL HOYO: *Otra vez el concepto de tercero...*, cit. *passim*; en el sentido del texto, DE LA RICA Y MARITORENA: *op. cit.*, p. 728: «Una vez transcurridos dos años [...], la inscripción de inmatriculación no mejora la condición»; Díez-PICAZO: *op. cit.*, *ib.*: «Sería inexacto pensar que el paso o transcurso de los dos años hace inatacable y definitiva la posición del inmatriculante. El artículo 207 no dice que con el paso de dos años la posición del inmatriculante sea inatacable, sino que, a partir de ese momento, el adquirente del inmatriculante, que reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 34, será un tercero hipotecario típico, que estará protegido por la fe pública del Registro».

¹⁰⁹ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 426-427: «Como la *ratio* del artículo 207 de la LH es la desconfianza del legislador hacia el título del inmatriculante, *no se producirá la suspensión de efectos del citado artículo, en aquellos supuestos del artículo 32 LH en que se enfrentan o se produce un conflicto entre dos títulos que derivan de un mismo “auctor”*, pues ambos títulos están en las mismas condiciones, y entonces es ajeno a ello el artículo 207 LH y juega exclusivamente la prioridad en la inscripción. Así, en un supuesto de doble venta, el comprador que primero inscribe prevalece sobre el que no ha inscrito, pues la solución de ese conflicto se resuelve según el artículo 1473.2 CC, a través del que inscriba antes, y *no importa aquí se trate de primera o segunda inscripción*, pues no se atiende a la clase de medio inmatriculador ni éste tiene nada que ver con la cuestión de la doble venta, sino que *lo que interesa es la fuerza de la prioridad y de la publicidad registral del que primero acude al Registro de la Propiedad, frente a la negligencia del que no accede al Registro o llega después*. Aquí, el efecto de la inoponibilidad es *instantáneo* porque no está en juego un problema de debilidad o no del título inmatriculador, que es para lo que se dictó la suspensión de efectos del artículo 207 LH» (cva. del a.); ídem., antes, pp. 225-226.

primera— no genera *fe pública* sino transcurridos dos años, respectivamente, desde la muerte del causante o desde la fecha de la misma inscripción.

III. LOS REQUISITOS DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD: EL PROBLEMA DEL TERCERO O LOS TERCEROS HIPOTECARIOS

1. Nexo e introducción al estudio del problema

Cuando el artículo 27 de la originaria Ley Hipotecaria —sin contar con precedente alguno, sin necesidad de hacerlo y con la sola intención, según testimonio de Gómez de la Serna¹¹⁰, de disipar eventuales dudas y evitar problemas— definió al tercero hipotecario como *aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito*, justamente al contrario de lo que con él pretendían sus autores, estaba prendiendo la mecha de una polémica que, trascendiendo la supresión del precepto en la reforma legislativa de los años 1944-1946, ha llegado viva hasta nuestros días y nada permite pensar que vaya a darse por definitivamente resuelta bajo el imperio del régimen hoy en vigor. Es de lamentar que así hayan ocurrido las cosas, porque la discusión acerca de la figura del «tercero hipotecario» dista mucho de ser mero malabarismo conceptual para recreo de hipotecaristas desocupados y tormento de estudiantes¹¹¹, y alcanza a tener importantes consecuencias de orden práctico.

El problema que el artículo 27 planteaba no era que el tercero que en él se describía no fuera un auténtico tercero hipotecario, sino que aquel tercero se propusiera como el exponente único del tercero amparado por la publicidad registral en un sistema que tan

¹¹⁰ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 589, en la nota final al comentario del artículo 27: «No encontramos ni en nuestra legislación anterior a la actual Ley hipotecaria ni en las extranjeras, disposiciones que definiendo la palabra *tercero*, concuerden con el artículo que acabamos de comentar [...]. En las legislaciones extranjeras se ha confiado su interpretación a la práctica. No encontraríamos inconveniente en que lo mismo se hubiera hecho en la Ley, sin que por esto nos parezca mal que se haya descendido a definir lo que tal vez en el silencio del legislador daría lugar a diferentes interpretaciones».

¹¹¹ Así aparece calificada por Cossío en dos lugares distintos: en *Instituciones...* cit., p. 215: «La obscuridad de este precepto, y su sentido contrario al general de la Ley, hizo que su interpretación se convirtiera en recreo de comentaristas y aficionados, y en tormento de estudiantes, siendo causa de no pocos erróneos conceptos [...]. y, anteriormente, en *Proyecto de Bases en que podría inspirarse una reforma de la actual legislación inmobiliaria*, Anales de la Universidad Hispalense, Sevilla, 1945, p. 143, donde se acusa a la «técnica perniciosa del “tercero” de no haber tenido otra virtud «que la de estimular el malabarismo conceptual de hipotecaristas desocupados».

peculiar y deliberadamente había logrado ensamblar preceptos tan distintos como los artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria. De ahí la sorpresa y el desconcierto de los comentaristas: el tercero del artículo que fue presentado como el alma de la Ley, el que venía a resumirla y contenerla en su esencia ¹¹², no cabía en la estrechez de los términos del artículo 27 ¹¹³. Y tras la desconcertada sorpresa, la crítica, la denuncia de la insuficiencia del artículo 27, la búsqueda de otros terceros especiales que, además del previsto en el artículo 23, vinieran a dejar en evidencia el desacertado reduccionismo del criticado precepto... ¹¹⁴. No faltaba razón a esta corriente crítica, pero la inseguridad de su formulación cuando todavía no se ha captado con exactitud y rigor la singularidad de nuestro sistema en su peculiar adscripción al sistema germánico ¹¹⁵, cuando al tercero del

¹¹² Recuérdense los testimonios de SERNA y de LUZURIAGA en el comentario a los artículos 23 de la Ley Hipotecaria y 1858 del Proyecto de Código Civil de 1851, respectivamente, ambos transcritos *supra*, nota 4.

¹¹³ Así, e.c., MORELL: «Tercero en la Ley Hipotecaria», *RGLJ*, 1921, p. 24: «Estimamos equivocada esta inteligencia que quiere atribuirse al concepto del tercero en general, suponiendo que su más completa definición se encuentra en el artículo 34. Este artículo, que ni siquiera emplea para nada la palabra tercero, legisla para un caso especial [...]. El tercero hipotecario, en general, no necesita adquirir por título oneroso, ni de persona que en el Registro aparezca con derecho para transmitir o contratar, ni aun tener buena fe».

¹¹⁴ La indicación de esos otros terceros y la crítica a la insuficiencia del artículo 27 puede verse, e. c., en GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*, I, 2.ª ed., Madrid, 1890, p. 425: «[...] no caben todas las clases de terceros en el estrecho marco de la definición que da el artículo 27»; MORELL: *op. cit.*, p., entre otras, 27: «Este principio no obsta a que la misma Ley, en casos excepcionales de gravedad o de mayor trascendencia jurídica, o en situaciones especiales, exija en ese tercero determinadas condiciones, también excepcionales, y de ello presentan ejemplo, además del artículo 34, los 36 al 38, el segundo párrafo del 23, el 35, y aun, según algunos, el 355, al ocuparse de la liberación de cargas y gravámenes no inscritos»; LACAL: «Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema», *RCDI*, 1931, pp. 107-108: «[...] la Ley llama tercero en cada caso al extraño a la situación hipotecaria que examina, de la cual puede derivarle algún perjuicio [...]. El tercero es, pues, dentro de nuestro ordenamiento positivo, un elemento que cambia y varía. Es tercero el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito (art. 27). Lo es también el que no ha intervenido en el acto o contrato no inscrito (art. 23). Asimismo es tercero el que no ha intervenido en un acto o contrato inscrito con relación a causas de nulidad, rescisión o resolución que no constan en el Registro (arts. 31 y 36). Por último, contra lo previsto en los artículos 23 y 27, niega la condición de terceros a los que no han intervenido en el acto o contrato inscrito frente a los que ostentan derechos no registrados (párrafo último del art. 35). El análisis pudiera continuarse [...]».

¹¹⁵ Exponente de esa inseguridad, el trabajo de MORELL que venimos citando, en su sorprendente apostilla final (pp. 48-49). Después de haber criticado la redacción y contenido del artículo 27 LH, acaba por confesar:

«Terminado este estudio, o la serie de reflexiones que nos ha sugerido el examen del tercero en la Ley Hipotecaria, no queremos dejar de consignar cierta duda que nos ha asaltado al escribirle.

Cabe en el artículo 27 una interpretación en que hasta ahora no habíamos pensado, que no la hemos encontrado en otros estudios, y que en parte pudiera conciliar las opuestas tendencias de que nos hemos ocupado, en cuanto al concepto del tercero.

Al decir la Ley que son terceros los que no han intervenido en el acto o contrato *inscrito*, parece suponer que, *necesariamente*, existe ya o con anterioridad un acto o contrato

artículo 34 se le había maltratado con el impertinente postizo de las notificaciones y edictos, y cuando progresivamente va calando en la doctrina la superioridad del sistema germánico frente al latino o francés, va a provocar la reacción de una tendencia en contrario, dirigida no tanto a la defensa del artículo 27 como a la afirmación y defensa del tercero netamente germánico frente al latino que, desde el artículo 23, podría hacerle sombra o entrar en competencia con él. Sabido es el rumbo en que se movía la polémica a la altura de la reforma hipotecaria de los años cuarenta y su incidencia en la nueva formulación de la Ley Hipotecaria. La Ley de Reforma de 1944 comienza por suprimir el artículo 27 de 1861, pero haciendo que éste arrastre en su caída la del artículo 23 y –sin llegar a acceder a la extremosa pretensión de quienes propugnaban la erradicación hasta del nombre mismo de «tercero» para designarlo–, fijando en el 34 los requisitos que necesariamente tendrán que singularizar al «tercero hipotecario»¹¹⁶. Era la forma de tropezar de nuevo, aunque con diferencias de detalles y desde sensibilidad distinta, en la misma piedra: la elevación de un determinado tercero –ahora el del art. 34– a exponente universal del tercero hipotecario¹¹⁷.

Afortunadamente, tampoco ahora la intervención legal podía dejar definitivamente zanjado el problema. El Texto Refundido de 1946 rescató al originario artículo 23, que, retocado en su redacción, fue devuelto al texto de la Ley Hipotecaria, constituyendo desde entonces su artículo 32 y formando bloque, de nuevo, con los artículos 606 y 1473 II del Código Civil. A la doctrina tocará desde entonces clamar, otra vez, por los fueros de un

inscrito, para calificar el tercero a partir de él, y siendo así, el concepto de tercero ha de estudiarse con relación a ese acto o contrato primero. El que no fue parte en tal acto e inscribe después, es en tal caso el verdadero tercero que perjudica. En su consecuencia, el tercero debe siempre resultar por terminante exigencia del artículo 20, que adquiere de persona que según el Registro, tiene derecho para transmitir [...].

¿Será eso lo que quiso decir o establecer el artículo 27? La Exposición de Motivos debió aclarar debidamente ese concepto tan esencial en la Ley, y no solamente no lo hizo, sino que sus palabras en general, y determinadamente con relación a los artículos 23 y 389, que son precisamente de los más fundamentales, no autorizan tal interpretación. Solamente en el artículo 34 se exige la previa existencia de una inscripción anterior, y en él la exigencia se presenta tan natural que no se ve la razón de extenderla a otros casos y circunstancias. Presentamos, pues, la expresada interpretación, como algo digno de estudio, pero en modo alguno claro y conveniente. Por ahora no podemos profundizar más en esta cuestión, que exigirá un extenso artículo.»

¹¹⁶ Vid. EM de la Ley de Reforma, de 30 de diciembre de 1944: «Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis, con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de *tercero*, han sido allanadas al precisar su concepto el artículo 34».

¹¹⁷ Cfr. VILLARES PICÓ: *La polémica...*, cit., p. 371: «[...] y se intentó configurar –dice refiriéndose a la redacción del artículo 34 en la Reforma de 1944-46– un concepto del *tercero* con visos de carácter general, sin conseguirlo».

«tercero» registral que, siendo hijo legítimo de la Ley Hipotecaria, quedaba fuera de la descripción del preponderante «tercero» del artículo 34. No se tratará ahora de rebajar el germanismo de nuestro sistema registral, ni de poner trabas al principio, ya perfectamente asimilado, de fe pública registral; se tratará, simplemente, de advertir y hacer por colmar la carencia que en nuestro sistema de inscripción no constitutiva vendría a provocar el juego en exclusiva del indicado principio de fe pública: concretamente y como mínimo: el desamparo en que deja al comprador posterior de finca no inmatriculada que se adelanta a inscribir su adquisición. De nuevo, pues, la polémica doctrinal sobre la condición una o dual del tercero hipotecario; y ahora, ya bajo las contrarias e identificadoras banderas de las denominadas tesis «monista» y «dualista».

Al defender la autonomía del artículo 32 frente al 34 de la Ley Hipotecaria, nosotros ya hemos tomado partido en dicha polémica. Nuestro sistema registral no sólo protege al tercero que adquiere confiando en lo que el Registro publica, sino que ampara también, y en forma distinta, al que, sin dato registral previo en el que poder confiar, se adelanta en la publicación de su adquisición. Es evidente que al mantenerlo así nos estamos adscribiendo a la tesis dualista; pero en esta materia la mera adscripción no es bastante para expresar la propia manera de comprender y explicar la completa solución del problema. La tesis monista excluye la posibilidad de variantes en su contenido esencial. No ocurre lo mismo cuando en la tesis dualista se trata, sobre todo, de determinar los requisitos exigibles al tercero ajeno al del artículo 34 y la mutua relación en que se integran en nuestro sistema los elementos de procedencia latina y los de inspiración germánica. De ahí que haya dualismos de diferente talante, y, por consecuencia de ellos, distintas representaciones del tercero en pugna con el prototípico del 34. Nosotros no lo concebimos como un tercero objetiva y propiamente en pugna. Es demasiado desigual como para poder enfrentarse con su pretendido contrario y disputarle el terreno. Simplemente, se trata de otro «tercero», mucho más débil y casi residual, pero aun así, otro tercero, distinto y necesario en la reducida parcela que en nuestro Derecho le han reservado el Código Civil y la Ley Hipotecaria. Explicarlo con algún detalle impone entrar ya en la polémica sobre el tercero hipotecario.

2. La centralidad del «tercero» en el sistema de la publicidad registral inmobiliaria y la peculiaridad dual de nuestro «tercero hipotecario»

Al hablar de la centralidad del «tercero» en el sistema de la publicidad, estamos tomando partido a favor de la corriente que –hoy prácticamente sentada– destaca el interés de aquella figura en cuanto en ella se encarna el efecto principal de la inscripción registral; y, al referirnos a su peculiaridad dual, estamos advirtiendo que en nuestro Derecho Registral son dos y distintas las manifestaciones más fuertes de la eficacia de la inscripción, y, consiguientemente, dos y distintos los «terceros» que son sus respectivas criaturas. Entramos así en el estudio del turbulento problema del «tercero hipotecario».

¿Merece la pena hacerlo? El «tercero hipotecario» ha sido visto en nuestra doctrina como una especie de inasible tabú, un fantasma que en los escritos hipotecarios –venía de decir Núñez Lagos¹¹⁸– iba y venía como una lanzadera, estrangulando las acciones reales del viejo Derecho Civil con pasmo de jueces y letrados; o como un personaje mítico¹¹⁹, cuya indagación o estudio hacía recordar a don Jerónimo González¹²⁰ el ingenuo proceder de quienes emprenden la búsqueda de la Isla de San Balandrán en vez de investigar los fundamentos y orígenes de la leyenda. Mejor sería, entonces, olvidarse del personaje y de su inadecuada denominación¹²¹: si con él se apunta al protagonista de la Ley Hipotecaria ¿cómo desmentir la principalidad de su rango denominándole mediante la postergadora y degradante noción de «tercero»¹²²? Nada se perdería y todo quedaría resuelto si, abandonado el viejo y entorpecedor concepto, pasara a hablarse lisa y llanamente del titular registral o

¹¹⁸ NÚÑEZ LAGOS: *Don Jerónimo*, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, II, Madrid, 1948, p. 8.

¹¹⁹ URIARTE BERAÁTEGUI, José: «Inexistencia del tercero hipotecario», *RCDI*, 1931, p. 561: «[...] aventuramos, con convencimiento no exento de temor, la siguiente afirmación: el tercero hipotecario no existe; es un ente de la mitología jurídica [...]. El presente trabajo no tiene otro fin que el de iniciar la lucha por su eliminación».

¹²⁰ J. G., recensión a ANA-MARÍA LE PELLEY: «La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española», *RCDI*, 1932, p. 75.

¹²¹ Cfr. CAMPUZANO: *Elementos de Derecho Hipotecario*, I, 2.ª ed., Madrid, 1931, p. 392: «[...] el empleo de la palabra tercero para designar el protegido hipotecario es notoriamente inadecuado, puesto que no es ésta la acepción vulgar de aquella palabra, que significa un adjetivo numeral ordinal y supone la existencia de un primero y de un segundo, después del cual viene, ni tampoco la acepción jurídica [...]. Es de notar que esa denominación impropia ha sido una de las causas que más ha contribuido a todas las confusiones sobre el concepto de tercero [...]». Contrario, también, al empleo del concepto de «tercero», por el confusionismo que sigue provocando aun después de su simplificación en el artículo 34 tras la reforma de 1944-1946, SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones*, I, cit., pp. 422-424.

¹²² LACAL, Pascual: «Dependencia en que el concepto de tercero se halla respecto de los principios fundamentales del sistema», *RCDI*, 1931, pp. 109 y 111. Dice en la primera: «Tercero, gramaticalmente, es un adjetivo numeral ordinal. Indica orden; pero orden no es

titular inscrito, viendo en la protección que éste recibe de la Ley lo que tan polémica y confusamente se pretendió indagar escudriñando en el concepto del «tercero hipotecario»¹²³.

Nosotros no podemos compartir esta opinión. La cuestión del «tercero» sigue siendo una cuestión polémica y difícil, cuya solución, obviamente, no se obtiene haciendo desaparecer nominalmente al personaje envuelto en ella¹²⁴. Lo que se hace necesario es detectar la razón de su dificultad y tratar de explicarla satisfactoriamente. Sin duda, que al emprender este camino inmediatamente se advertirá que el problema no deriva de la relatividad del concepto de «tercero» utilizado en su tratamiento; y que nada de espurio o de impreciso se produce cuando con tal nombre se hace referencia al beneficiario de la doble forma de eficacia ofensiva que la inscripción registral desencadena en nuestro Derecho. Comencemos, pues, por justificar la expresión «tercero hipotecario», para ver a continuación los motivos que en nuestro sistema han enturbiado su concepto y las razones que en él justifican su peculiaridad dual.

Es, desde luego, indudable que lo que en el fondo de las disquisiciones acerca del «tercero hipotecario» está en juego y trata de investigarse es nada menos que el problema de la eficacia protectora de la inscripción registral y las ventajas que, principal y más señaladamente, ésta reporta a quien, sirviéndose de ella y colabo-

sólo relación, sino también subordinación. Tercero es el que ocupa tal lugar en un ordenamiento. No es el primero de una jerarquía, sino el que va después de aquél y del segundo. El tercero no ocupa el lugar más preeminente, no es la figura más destacada. Conforme al sentido gramatical y a las razones jurídicas expuestas, el tercero, dentro del sistema, no puede ser nunca el sujeto hipotecario, es decir, el titular inscrito al que la Ley otorga todas sus defensas [...]», y añade en la 111: «El nombre de tercero debe reservarse para quienes ostenten, dentro de la jerarquía hipotecaria, un rango inferior de subordinación y dependencia», repitiendo la misma idea en la p. 112, como conclusión tercera».

¹²³ Así, además de LACAL: *op. et loc. ant. cit.*, URIARTE BERASÁTEGUI: *op. cit.* (conclusión) *RCDI*, 1932, pp. 10-11: «Está tan arraigada en nosotros la idea del tercero hipotecario, que tal vez pretendamos verlo en el nuevo ordenamiento inmobiliario. Diremos: tercero protegido es aquel extraño al negocio jurídico no inscrito, ante el que éste suspende sus efectos. Ese extraño protegido es el titular inscrito. [...] la Ley Hipotecaria caracterizará al titular hipotecario, sin definirlo —y menos con el término de relación que implica el nombre de tercero—, de acuerdo con los principios hipotecarios: a) Por ser titular de una inscripción derivada. b) Tener buena fe, etc». También partidario de prescindir del innecesario y perturbador concepto del tercero, COSSÍO: *Proyecto de Bases...* cit., p. 143: «Asimismo hemos abandonado la técnica perniciosa del “tercero”, reminiscencia del sistema francés de transcripción, que no puede subsistir en un régimen que consagra los principios del germánico, y que es ventajosamente sustituida por una buena formulación de las ideas de legitimación y fe pública registral [...]».

¹²⁴ Cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed. Madrid, 1979, I, p. 625: «Eliminar la denominación de tercero en una futura reforma legislativa hipotecaria, como, según se ha visto, pretende URIARTE BERASÁTEGUI, no será más que una exclusión meramente nominal o formal del concepto, ya que el tercero existirá igual».

rando *eo ipso* con la finalidad aseguradora del tráfico jurídico a cuyo servicio se ordena la publicidad registral, trata de asegurar su derecho ¹²⁵. El problema del tercero, en tal sentido, viene a plantear una cuestión en sí misma capital e insoslayable. Pero es el caso, además, que nada hay de criticable en que tal cuestión se haya planteado entre nosotros centrada en la figura del tercero y orientada a concretar los requisitos exigibles al tercero hipotecario. Que en su estudio y tratamiento se hayan introducido considerables dosis de desorientación, excesos y desvíos, es cosa ya sabida y admitida; pero de su admisión no puede derivarse en el desprestigio del «tercero hipotecario» ni en la ocultación o negación de la transcendencia que para la comprensión del sistema tiene la tarea de su adecuada y exacta identificación. Varias son las razones que imponen no prescindir del tercero y seguir contando con él cuando se trata de estudiar los efectos de la inscripción y las consecuencias de su omisión. De ellas, unas parecerían ser razones extrínsecas o sólo de autoridad; otras, la principal, es intrínseca o de fondo.

El argumento de autoridad viene aquí aportado por el proceder del legislador. El nuestro es pródigo en este punto. No sólo recurre al tercero cada vez que tiene que precisar hasta dónde llega la eficacia del derecho inscribible y dónde la suple o la detiene la inscripción o su omisión (arts. 11, 13, 28, 31, 32, 34, 36, 37, 40, 69, 76, 207... LH), sino que, al dar razón de sus disposiciones distinguirá invariablemente entre «partes» y «terceros», y repetirá cual *leitmotiv* que la publicidad es cosa que no interesa para aquéllas y que limita a éstos su eficacia. Es lo que ocurre en la Exposición de Motivos de 1861, cuando, sin sentir todavía la necesidad de escudriñar en la figura del tercero, se entiende suficiente referirse a él *grosso modo* apuntando, sin más, a la evidencia que le distingue de quién es parte:

«No es menos grave que las cuestiones hasta aquí expuestas la de la extensión que debe darse a los efectos de la falta de inscripción de los derechos reales en el Registro: ¿Deberán limitarse a los terceros interesados, o comprender también en su rigor a los mismos contrayentes? Los que quieren que el Registro sea un verdadero censo de la propiedad inmueble, se decidirán indudablemente por esta última opinión...

No es esta la opinión de la Comisión...

Por eso no contiene el Proyecto la pena de nulidad de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y a sus modifica-

¹²⁵ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J: «Principio de buena fe, Estudios ...», I, cit., p. 400: «[...] tercero, palabra que en las discusiones hipotecarias sirve de fórmula mágica con que se hacen surgir o se destruyen las defensas extraordinarias del sistema».

ciones que no hayan sido inscritos, cuando la cuestión es entre los mismos contrayentes...

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que 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 ...»¹²⁶.

La de 1944 adopta un tono diferente. A su fecha, el problema del «tercero» era ya una cuestión manoseada, hipertrofiada y enraizada hasta el extremo de haber provocado la negación de su propio sujeto y la propuesta de su eliminación en el texto de la Ley. El legislador, transigiendo en parte con quienes combatían la calificación de la Ley Hipotecaria como una «ley de terceros», vendrá a sostener que las referencias a éstos se hacen necesarias en la delimitación legal del ámbito del principio de publicidad: «se trata —dice— de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir»¹²⁷.

Y lo dicho sobre nuestro legislador vale, *mutatis mutandis*, para el comparado; tanto para el que se acoge al modelo registral latino como para el que se atiende al germánico. En cuanto al primero, la cosa es clara y basta con recordar, como muestra, que el artículo 3 de la Ley

¹²⁶ Cfr. E.M. pp. 236-237. Apostillaba SERNA: *op. cit.*, pp. 210-211, nota a) esta explicación, añadiendo: «Puede además añadirse aquí, que, mientras no hay perjuicio a un tercero, que es el interés que principalmente consulta la Ley hipotecaria, no es justo alegar contra ningún acto ni contrato la falta de inscripción, porque, de otro modo, una omisión que a nadie hubiera perjudicado, daría lugar a la pérdida de derechos legítimos y a especulaciones indignas». Otros párrafos de la E. M., e. c., en p. 249: «Ya queda expuesto que el principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero es una de las bases de la Ley»; p. 252: «Pero la Comisión no se cansa de repetirlo: esto se entiende respecto de los terceros poseedores; nunca afecta a las relaciones entre el vendedor, el comprador primitivo y el retrayente o tanteante»; p. 253: «Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la Ley. 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»; p. 255: «Por estas consideraciones la Comisión, circunscribiéndose a los límites indispensables del Proyecto, y fiel a su pensamiento, niega el beneficio de la restitución para despojar de la propiedad o de cualquiera otro derecho en la cosa al tercer poseedor que la ha adquirido con buena fe, si ha sido ajeno al contrato en que se ha causado el perjuicio»; p. 307: «[...] 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»; p. 314: «Esto es consecuencia necesaria del principio de que a los terceros sólo pueden perjudicar los derechos inscritos, no los que dejen de estarlo, por más que realmente existan y tengan fuerza entre los contrayentes».

¹²⁷ «El principio de legitimación, los preceptos sobre rectificación registral y ejercicio de acciones reales [...] hacen poco apropiada para nuestra Ley la para algunos preferente o exclusiva denominación de o para terceros. Ni la noción de *tercero* es privativa de las leyes inmobiliarias, ni puede desconocerse que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica, precisamente al fijar el ámbito del principio de publicidad. Se trata de una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas, que el legislador no puede preterir [...]. Podría, es verdad, haberse sustituido la palabra *tercero* por la de *adquirente*; pero se ha estimado más indicado mantener un término habitual en nuestro lenguaje legislativo.»

francesa de Transcripción no puede enunciar el efecto negativo o preclusivo atribuido a la inscripción, sino por referencia a los «terceros»:

*Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois*¹²⁸.

Pero, ¿y en cuanto al sistema germánico? ¿No se dijo en nuestra doctrina que la aparición del «tercero» en la Ley Hipotecaria fue una reminiscencia del sistema francés de transcripción, imposible como tal de conservar al remozarse el sistema para dar plena acogida a los principios germánicos de legitimación y fe pública¹²⁹? Sin razón. El Código Civil suizo, tan germánico en lo registral como el BGB, literalmente tiene que acudir a la figura del «tercero» para negar la protección del Registro al concedor de la realidad extra-registral (art. 974, I¹³⁰) y para indicar positivamente el efecto protector de la fe pública registral (art. 975, II¹³¹). Pero es que incluso el BGB, aunque al formular la aplicación de este mismo principio omita la referencia nominal al «tercero» y se refiera a él denominándole por su consideración de adquirente (§ 892¹³²), la condición de «tercero» de tal adquirente va implícita en la necesidad de su buena fe, propia de su calidad de adquirente a *non domino*¹³³. Siendo ello así, el adquirente de que aquí habla la ley no es más que un particular «tercero» protegido por la específica apariencia configurada por el Registro de la Propiedad. Su denominación como adquirente no le priva de su condición de «tercero»¹³⁴.

¹²⁸ Comentaré TROPLONG: *Commentaire...*, cit., p. 300: «Sans doute, entre les parties et leurs ayants cause, la mutation de la propriété est toujours opérée par le seul consentement, et l'idée mère du Code Napoléon [...] subsiste dans tout sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accompli que par la transcription du titre sur un registre public».

¹²⁹ COSSÍO: *Proyecto de Bases...*, cit., p. 143.

¹³⁰ «Ist der Eintrag eines dinglichen Rechtes ungerechtfertigt, so kann sich der Dritte, der den Mangel kennt oder kennen sollte, auf der Eintrag nicht berufen.»

¹³¹ «Vorbehalten bleiben die von gutgläubigen Dritten durch Eintragung erworbenen dinglichen Rechte...».

¹³² «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 ...».

¹³³ Cfr. MENGONI: *Gli acquisti «a non domino»*, 3.^a ed. Milán, 1975, p. 113: «[...] il dominus (chiunque egli sia) e l'acquirente a non domino sono terzi fra loro in quanto non sono parti del rapporto di alienazione di cui trattasi».

¹³⁴ Cfr. STAUDINGER-GURSKY, cit., ad § 892, Rz 6: «Die §§ 892, 893 schützen also nicht, daß nachgewiesenes, sondern nur ein potentielles Vertrauen auf den Grundbuchinhalt; die Kausalität des Rechtsscheintatbestandes für das rechtsgeschäftliche Handeln *des Dritten* wird, wenn dieser die wahre Rechtslage nicht kannte, vom Gesetz einfach unterstellt, gleichsam unwiderleglich vermutet» (la *cva.* es nuestra). En el Código Civil suizo la necesaria condición de tercero del adquirente resulta claramente de la comparación entre los textos de los artículos 973, I, y 975, II: el que en el primero es descrito como adquirente registral de buena fe es el principal tercero de buena fe a que se refiere el segundo. En nuestra doctrina, cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 625: «El hecho de que una legislación inmobiliaria registral no emplee el concepto de tercero no implica que esta idea haya desaparecido, sencillamente porque sin él no se concibe la fe pública registral».

Pero también, según decíamos, una más profunda razón, intrínseca o de fondo, justifica la atención concedida en nuestra doctrina hipotecaria al «tercero» y el empleo de este nombre para designarlo. Seguramente apuntaba a ella el legislador de 1944 cuando en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma indicaba que su figura jurídica viene a ser una realidad impuesta por la naturaleza de las cosas. ¿Cuál es esa naturaleza y qué realidad es la que impone? Sin necesidad de descender a detalles de los que ahora puede prescindirse, la naturaleza de las cosas impone aquí su propia ley haciendo valer la diferencia entre la existencia del derecho publicado y el dato de su publicación. Ni siquiera en los ordenamientos germánicos de inscripción constitutiva llega a borrarse esta diferencia, ya que en ellos, como es bien sabido, la inscripción registral, más que para el nacimiento y existencia del derecho real, es tan sólo necesaria para su transmisión negocial *inter vivos* o mediante los llamados negocios del tráfico. Va implícito en ello que en todo sistema registral es posible, aunque en distinta medida, la discordancia entre la realidad publicable y el dato efectivamente publicado, y que, en razón de la posibilidad de tal discordancia, la virtud del Registro deberá consistir en el amparo de quien al mismo se acoge frente a quien, pudiendo haberlo hecho, dejó de hacerlo. Consiste este amparo en preferir al que en estricto rigor no podía considerarse titular verdadero y real del derecho en cuya adquisición se le protege, frente a quien, objetivamente y de suyo, debería ser su auténtico titular. Es muy cierto que quien debe su adquisición al Registro es el protagonista del Derecho Registral; pero no lo es menos que, en el orden de la realidad, la publicidad es instancia subordinada a la de la existencia del derecho publicable. En tal sentido, nada de vicioso hay en llamar «tercero» a quien en la representación registral es la figura estelar. Lo es, genuina y realmente, porque es ajeno al dato real sustantivo, entitativamente superior al de su publicación, de la constitución del derecho que gracias al Registro va a adquirir. Personaje principal, pues, desde el punto de vista de la inscripción y de la protección registral, pero «tercero» respecto a la realidad extra-registral realmente existente contra la que la instancia subordinada del Registro viene a protegerle.

Siendo ello así, y salvadas de este modo las reservas a veces manifestadas contra el tercero y su denominación, es ya el momento de entrar en el fondo del problema: ¿quién es, o quiénes son, en nuestro Derecho tal «tercero» o «terceros»?

Comenzando por lo más fácil: ¿quién es «tercero hipotecario»? Tenía razón De la Rica cuando decía que su concepto ha sido defini-

do por cada autor a su gusto y por la Ley al gusto de nadie ¹³⁵. De hecho así ha sido. Por eso no vamos a intentar la propuesta de una nueva definición formal y expresa ¹³⁶, aunque sí vamos a señalar los datos necesarios para su identificación. Esto último, que en realidad es el presupuesto necesario para la formulación de la definición, se impone como algo insoslayable si, defendiendo el interés de la figura del tercero, se quiere precisar ésta y delimitarla conceptualmente; en cambio lo otro –encerrar dicha delimitación en una fórmula breve y exacta– es cosa de la que se puede prescindir.

La figura del tercero registral o hipotecario viene integrada por dos datos: negativo uno y positivo el otro. Jurídicamente, y en su acepción más propia ¹³⁷, el tercero se identifica negativamente en su contraposición al concepto de «parte» contractual (art. 1.257 CC) ¹³⁸. Puesto que el derecho real tiene transcendencia *erga omnes*, y que su constitución u origen no siempre es contractual (art. 609 CC), habrá que decir que «tercero» en el campo de los derechos reales y del Registro de la Propiedad es, desde luego, quien no es parte en los contratos por los que, mediante la tradición, se transmiten y adquieren los derechos reales, sino también quienes son ajenos a la realidad de su constitución y existencia. Este simple dato negativo basta para ser genéricamente «tercero» ¹³⁹. Para ser «tercero» específicamente hipotecario es necesario un dato más, y éste ya de carácter positivo e índole registral: es menester haberse acogido al Registro, y, por ello mismo, haberse puesto en la situación que permite gozar la eficacia protectora que éste dispensa a quien inscribe frente a

¹³⁵ DE LA RICA: *Comentarios...*, cit., p. 32.

¹³⁶ «La palabra tercero –dijo D. Jerónimo GONZÁLEZ en la ya citada recensión a *La noción de tercero en la Ley Hipotecaria española*, de ANA-MARÍA LE PELLEY (RCDI, 1932, p. 75) –, *terminus technicus* que abre y cierra la cueva de los tesoros hipotecarios responde a un serie de principios de tal modo entrelazados que resultan infructuosos los intentos dirigidos a obtener una definición sencilla, una fórmula que, como el “ábrete, sé-samo” resuelva instantáneamente las dificultades». Con todo, la propone en la doctrina actual, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, p. 53: «[...] podemos definir al tercero hipotecario en general como aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro.»

¹³⁷ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 586, en el comentario al artículo 27 LH: «La palabra *tercero* no tiene siempre en el derecho la misma significación. No es de esta obra detenernos en las diferentes acepciones que se les dan; nos limitaremos a ligeras indicaciones: *tercero en discordia* se llama en nuestro derecho al árbitro, al amigable componedor [...]. *Tercero o tercer opositor* se llama en el juicio ejecutivo al que se opone a la ejecución alegando [...]. Basta esto a justificar la definición de la palabra *tercero*, para los efectos de la Ley hipotecaria [...].

¹³⁸ Cfr. MENGONI: *op. cit.*, p. 113: «In senso generale e assoluto, terzo è colui che non è parte di un negozio giuridico, né del rapporto da esso costituito».

¹³⁹ Cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 180: «[...] el tercero es, en estos casos, a) Un adquirente de bienes inmuebles o derechos sobre ellos. b) Ajeno a unos actos o contratos que determinan, condicionan o excluyen la titularidad de su transferente».

quien dejó de hacerlo ¹⁴⁰. En sustancia, pues, el «tercero registral» es un ajeno a la existencia del derecho no inscrito que, al inscribirlo como propio, resulta protegido frente al titular que no lo inscribió.

Establecido esto, queda todavía por responder: ¿«tercero o terceros»? La figura antes esbozada, ¿exige una forma única o admite su diferenciación en variantes distintas? Formulada de otra manera la misma pregunta: la protección del que inscribe contra el que no lo hizo, ¿se produce siempre en iguales condiciones y con un mismo efecto, o admite la exigencia de requisitos distintos y se traduce en fórmulas protectoras diferentes? Lo ya mantenido y razonado acerca de la autonomía del artículo 32 respecto al 34 de la Ley Hipotecaria nos permite responder ahora segura y llanamente a favor de la variedad dual de nuestro «tercero registral». Es cierto que en el artículo 34 se protege a un tercero germánico: un tercero que, ajeno al contrato o dato previamente inscrito y confiando en la exactitud del Registro, adquiere de quien en él aparece como dueño e inscribe su propia adquisición ¹⁴¹. Pero también es verdad que en el artículo 32 se protege a un tercero latino: un tercero que, ajeno al contrato que se dejó de inscribir, es protegido en la adquisición que él inscribe, frente a quien previamente adquirió ese mismo derecho pero omitió su inscripción ¹⁴². ¿Qué ha podido pasar para que siendo esto tan claro haya resultado tan confuso y polémico a nuestra doctrina?

¹⁴⁰ NUÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 597: «Los derechos reales nacen, desde luego, fuera del Registro, con arreglo al más estricto Derecho civil tradicional. Pero el tercero, el posible *reus adversus realem actionem*, si inscribe, queda a salvo de toda eficacia real, de acción o derecho no inscrito. [...] Naturalmente, el derecho de asilo se gana "acogiéndose a lugar sagrado", entrando en el Registro». GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 51: «La inscripción es, por tanto, una nota clave del concepto de tercero hipotecario, pues es la nota que determina la protección del Derecho Hipotecario, por razón de la publicidad y de la seguridad jurídica del tráfico y del crédito».

¹⁴¹ Así, en substancia, describe al «tercero» del Derecho Registral suizo (germánico) DESCHENAUX, Henri: *Le Registre Foncier*, Fribourg, Suisse, 1983, p. 633: «Le tiers protégé est celui qui se fie à l'inscription indue de son auteur et qui n'a donc pas été mêlé comme partie aux circonstances qui ont conduit à cette inscription».

¹⁴² Así, en substancia, describe al tercero del Derecho Registral italiano (latino) FERRI, Luigi: *Tutela dei diritti. Trascrizione immobiliare*. Com. SCIALOJA-BRANCA, Libro Sexto, Bologna-Roma 1960, p. 156: «Il concetto di terzo, che noi dobbiamo utilizzare ai fini della trascrizione, viene dunque determinato e delineato sulla base di due criteri: uno negativo, per cui restano esclusi i soggetti del mutamento non reso pubblico; ed uno positivo, per cui [...] occorre aver acquistato un diritto (reale o equiparato) sulla cosa ed avere trascritto, ed averlo acquistato da uno dei soggetti del mutamento non reso pubblico e precisamente dall'alienante (costituente, rinunciante, ecc.). Nel caso più semplice io sono terzo rispetto al trasferimento di una cosa immobile e posso quindi eccepire il difetto di trascrizione del trasferimento stesso, se ho acquistato quella cosa dall'alienante ed ho trascritto l'acquisto». Para el «tercero» registral francés, cfr. MAZEAUD (Henri et Leon)-MAZEAUD (Jean): *Leçons de Droit Civil III*, 2.^a ed. Paris, 1963, p. 587: «Trois conditions supplémentaires sont exigées par le décret de 1955: a) Avoir un droit sur l'immeuble objet de l'acte non publié [...]. b) Ce droit doit être lui-même soumis à publicité sous sanction de l'inopposabilité [...]. c) Le tiers doit avoir publié son droit».

A nuestro modo de ver, cuatro causas, de naturaleza distinta y diferenciables en sí mismas, aunque todas interconectadas, han venido a confluir en el enrarecimiento de este punto y en su derivación problemática: la peculiaridad de nuestro sistema registral, en el que sin inscripción constitutiva se da acogida al principio de fe pública registral; la superponibilidad del efecto de este principio sobre el propio del de inoponibilidad, una vez que, producida la primera inscripción, comienza ésta a actuar como soporte de la confianza de ulteriores adquirentes; la confusión o indistinción de los principios hipotecarios al tiempo de la elaboración, redacción y primeros comentarios de la Ley Hipotecaria; y, finalmente, la descuidada y desconcertante redacción de su originario artículo 27, justamente el destinado a precisar la figura del tercero registral. A la mayoría de ellas nos hemos referido ya en varias ocasiones. Bastará, pues, con hacer ahora una muy breve referencia a cada una, tratando de destacar su influjo en la aparición y planteamiento del problema del «tercero hipotecario».

La peculiaridad de nuestro sistema de inscripción simplemente publicadora, pero provocadora de confianza protegible o hacedora de fe pública registral.—Es muy claro que esta peculiar configuración de nuestro ordenamiento registral tiene que actuar como causa —la más sustancial e importante— de la singular forma de ser de nuestro tercero registral. En Francia, con inscripción declarativa y sin fe pública registral, no puede haber más tercero que el de la inoponibilidad: concebido desde la hipótesis de la doble venta, la inscripción de su adquisición le hace inoponible la anterior no inscrita. Igualmente, en Alemania, con inscripción constitutiva y fe pública registral, no puede haber más que un tercero: ahora, el de la fe pública registral, concebido, como se sabe, desde la genérica hipótesis de la adquisición a *non domino*. El carácter constitutivo de la inscripción, elimina de raíz la posibilidad de una adquisición negocial no inscrita, anterior a la inscrita y en pugna con ella ¹⁴³. Sólo en nuestro sistema es posible la previsión de dos terceros distintos: el que con la inscripción de su adquisición se protege frente a la oponibilidad de la adquisición anterior no inscrita, y el que por haber adquirido de acuerdo con los pronunciamientos del Registro, es mantenido en su adquisición no obstante el defecto de titularidad de su otorgante. La figura, pues, del tercero, distinta en Francia y en Alemania, pero única en ambas, se diversifica singularmente en nuestro Derecho, dando de esta forma ocasión a la aparición en él de una problemá-

¹⁴³ Insiste particularmente en este punto, CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 87-89.

tica peculiar y propia, en cuyo tratamiento el recurso a la doctrina comparada, si se hace miméticamente y no con las dosis de creatividad que distingue a nuestro sistema, puede más desorientar que contribuir a su esclarecimiento y solución.

La superponibilidad de la fe pública registral sobre la mera inoponibilidad apenas la inscripción comienza a desempeñar su función publicadora. Es la segunda de las razones antes indicadas, y, de puro clara, ningún desarrollo necesita. La peculiaridad del supuesto justificador del efecto de la mera y neta inoponibilidad, así como este mismo efecto, pierden singularidad e interés una vez que, en virtud de una previa inscripción, el Registro puede amparar al adquirente mediante la fe pública registral. La no inscripción de la compraventa anterior –como se sostiene desde la tesis monista¹⁴⁴– no vendrá a configurar sino un supuesto más de inexactitud registral, y el efecto de la simple inoponibilidad se habrá visto embebido y desbordado por el de la fe pública registral, mucho más enérgico y amplio, como es sobradamente sabido. Justamente esta superposición de la fe pública registral sobre el principio de inoponibilidad es la que explica el hecho tantas veces señalado de que Gómez de la Serna involucrara la fe pública en el comentario al artículo 23 de la Ley, y que el caso de la doble venta, supuesto prototípico de este mismo artículo, apareciera singular y expresamente considerado en el originario artículo 38, 4.º, como explicitación o particularización de lo genéricamente regulado en los artículos 36 y 34¹⁴⁵. Nosotros admitimos que esta superposición no sólo es posible, sino que a ella aboca como situación ordinaria el funcionamiento normal del Registro; tenemos, por ello, que admitir igualmente que desde que hay previa inscripción fundamentera de confianza registral protegible, la inoponibilidad de lo no inscrito al adquirente protegido por el Registro es ya la

¹⁴⁴ Por todos, ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., pp.792-797; ídem.: *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 554-555.

¹⁴⁵ Argumento, entre otros, en que MONSERRAT VALERO: *op. cit.*, pp. 515-516, siguiendo a ROCA SASTRE, sostiene su preferencia por la tesis monista: «La tesis monista sería inevitable –dice– si el primer párrafo del artículo 34 LH incluyera el supuesto de la doble venta [...] y, en mi opinión, hay un argumento que sugiere ROCA SASTRE que lo prueba: basándose en la redacción originaria del artículo 38 LH, *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho... 3.º [sic, por 4.º] Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita*, concluye que no es cierto que el artículo 34 no se refiera a títulos no inscritos. Quizás el razonamiento necesite ser completado: en la redacción originaria de la Ley Hipotecaria de 1861, el artículo 34 no se refiere, propiamente, al supuesto de la doble venta, pero a éste se refiere el artículo 38.3.º /sic., por 4.º], que lo enumera, como acabamos de ver, entre los casos en que el fallo en el derecho del transmitente no afecta al adquirente que ha inscrito (el artículo 38 era una aplicación a casos concretos del principio enunciado por el 36)».

implícita en la fe pública registral, y no la peculiar inoponibilidad latina inspiradora del vigente artículo 32 de la Ley Hipotecaria ¹⁴⁶. Ahora bien, lo que de tales admisiones no sería lícito concluir es que el presupuesto de la escueta inoponibilidad y la peculiaridad de su más débil eficacia protectora no pueda darse autónomamente hasta tanto la fe pública registral no comience a actuar desencadenando la suya. Más brevemente dicho: en la hipótesis de la doble venta, el segundo comprador que se adelanta a inscribir *inmatriculando* (o reanudando el tracto), no puede, obviamente, resultar protegido por la fe pública registral; pero tiene pleno derecho a escudarse en el principio de inoponibilidad para defenderse contra el comprador anterior que no inscribió; en la misma hipótesis de la doble venta, en cambio, al segundo comprador que adquiere de titular previamente inscrito, le basta y sobra con acogerse a la fe pública registral para resultar protegido contra el comprador anterior que no inscribió. Por ello, el hecho de que la doble venta apareciera expresamente prevista y tratada en el originario artículo 38, 4.º, como situación planteable cuando sobre la finca doblemente vendida había previa inscripción, no puede llevar a negar la posibilidad de su planteamiento en la situación anterior: cuando, sin previa inscripción en la que poder confiar, es la que ahora por primera vez se practica la que decide a favor del comprador que la pide y obtiene ¹⁴⁷. Como tampoco puede llevar a la negación del juego autónomo del principio de inoponibilidad el hecho de que el artículo 69 de la Ley Hipotecaria lo

¹⁴⁶ Algo de exceso nos parece ver en la indicación de los beneficiarios del artículo 32 por GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 177: «No se trata sólo de los inmatriculantes [...]. Ni tampoco se trata sólo de los que siguen un dificultoso expediente de dominio de reanudación de tracto sucesivo interrumpido para obtener la inscripción de su derecho o el expediente del artículo 312 del Reglamento Hipotecario, por parte de los titulares de derechos reales a los que falta la previa inscripción del dominio. La verdadera masa de terceros a los que falta el requisito de previa inscripción propio del artículo 34 LH, son aquellos que acuden al Registro con prontitud y diligencia, incluso antes de estar presentado el título previo. Es decir, son los terceros enormemente diligentes, y por serlo, les falta el requisito de la previa inscripción, pues el título previo se encuentra rezagado, pendiente de elevarse a público o de cumplir los requisitos fiscales» (cursiva del autor).

¹⁴⁷ Es, sin duda, la perspectiva en que se encara el principio de inoponibilidad en el conocido párrafo de la EM de 1861, donde ésta aparece vinculada, sin más a la inscripción que la decide, no a la precedente que pudiera dar fundamento a la confianza del adquirente: *Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir... Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que 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...* Es también el sentido que corresponde al originario artículo 23 LH, aplicador principal de aquel principio, de acuerdo con su naturaleza latina, expresamente afirmada por SERNA (*op. cit.*, p. 573) al comentarlo.

supedite al dato de la previa inscripción generadora de la fe pública ¹⁴⁸: tratándose de la anotación preventiva, la oponibilidad en cuestión no puede ser otra que la relativa a un derecho previamente inscrito; esto es, la que resulta subsumida en nuestro Derecho por la fe pública registral ¹⁴⁹. Pero ello, obviamente, no implica que, como acaba de indicarse, al margen de ella y autónomamente pueda funcionar otra, basada exclusivamente en la inscripción ahora practicada y sin apoyo posible en otra inscripción anterior.

Como tercera razón del enconado planteamiento del problema del «tercero» en nuestra doctrina, indicábamos anteriormente la confusión o indistinción de los principios hipotecarios al tiempo de concebirse y redactarse la Ley y producirse sus primeros comentarios. La cosa es evidente: los autores del sistema sólo cuentan expresamente y denominan como tales los principios de publicidad y especialidad. Contando con este dato, no puede esperarse de ellos que distingan, dentro del de publicidad, entre el de inoponibilidad y el de fe pública registral. Hablan genéricamente del principio de publicidad, y, no obstante contar con el efecto germánico de la fe pública registral, lo explican y razonan con terminología más propia del sistema latino que del modelo alemán, dando así la impresión de que en su particular concepción ambos tipos han venido a fundirse inadvertidamente en la confusa unidad de otro, nuevo y de muy problemática y discutible naturaleza. Lo hemos advertido ya: en los comentarios de De la Serna, no sólo se lleva la fe pública a la explicación del artículo 23, sino que el mismo principio de fe pública registral y la exigencia del tracto sucesivo se razonan desde categorías latinas de inoponibilidad y prioridad ¹⁵⁰. Sabemos ya cómo debe interpretarse este dato. Los autores de la Ley se proponen crear un sistema germánico, de desenvolvimiento técnico y fe pública registral, pero con plena deliberación introducen en él la pieza latina de la inscripción llamada «declarativa». A partir de aquí podrá hablarse de una cierta mixtura de ambos modelos; pero

¹⁴⁸ Destaca la importancia del artículo 69 LH para la fundamentación de la tesis monista, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *op. cit.*, pp. 599-600, a quien responden LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 174: «[...] el artículo 69 LH [...] se refiere a un supuesto harto concreto, que no podría servir para desvirtuar con seguridad una afirmación basada en los principios generales y en la estructura básica de la Ley».

¹⁴⁹ Cfr. MONSERRAT VALERO: *op. cit.*, p. 519: «El artículo 69 LH está pensando sólo en la propiedad inscrita, ya que habla de anotaciones preventivas: el que pretende inscribir un título si la finca no está inmatriculada no podrá pedir ninguna anotación preventiva porque primero habrá de inmatricular la finca», quien, no obstante, concluye en distinta forma a como lo hacemos nosotros, admitiendo la redacción monista del precepto y, con ella, la negación de una inoponibilidad sustantiva, distinta a la embebida en el juego de la fe pública registral.

¹⁵⁰ *Vid., supra*, notas 26 y 28.

lo que desde luego se entiende es que, desde la indistinción entonces reinante en materia de principios hipotecarios, entremezclen efectos que hoy distinguimos con mayor claridad y precisión y los expliquen con terminología no apropiada a su procedencia. En cambio, lo que de ese mismo dato no se puede deducir en modo alguno –sencilla y llanamente, porque desconocería o contradiría su testimonio– es que los autores de nuestra Ley Hipotecaria no advirtieran la distinta procedencia de sus artículos 23 y 34, y, en razón de tal diferencia, el distinto valor que, pensando en la doble venta y en comparación con el sistema germánico, tiene en nuestro Derecho la compraventa anterior no inscrita. Justamente porque en nuestro Derecho tal compraventa existe y podría provocar una adquisición eficaz, es necesario que el Registro le salga al paso dando preferencia sobre ella, por el solo hecho de haberse acogido a él, a la del comprador posterior que inscribe. Así, pues: ¿Confusión e indistinción de los principios hipotecarios y expresión de su contenido y efectos con terminología no siempre apropiada a su naturaleza?, concedido. ¿Conmixtión de los modelos tenidos en cuenta, y ambigüedad del híbrido resultante?, sólo en parte y –en lo fundamental– sin connotación peyorativa alguna: el sistema creado, por su desenvolvimiento y eficacia aseguradora del tráfico es tan «germánico» como el que más, aunque, con muy buen criterio, en él se haya sustituido el innecesario artificio germánico de la inscripción constitutiva por la inscripción declarativa latina. ¿Negación en tal sistema de una inoponibilidad que, cuando no puede actuar todavía la fe pública registral, decida a favor de la adquisición inscrita frente a la anterior que no se inscribió?, de ningún modo: dicha inoponibilidad es la inmediata consecuencia del valor atribuido a la inscripción por el hecho solo de haberse operado.

Y, finalmente, la desconcertante y descuidada redacción del originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria: Desconcertante, porque tratando de precisar la figura del tercero registral, deja fuera de ella al tercero que aparece en el artículo 23; el artículo que, según se dijo, contenía toda la Ley y venía a constituir la quintaesencia o el alma de la misma. Y descuidado –al menos desde el punto de vista del asunto que ahora tratamos– porque no puede admitirse que tal exclusión se hubiera producido consciente y deliberadamente en la redacción del desafortunado y polémico precepto.

Tratemos de precisar y centrar el problema: El «tercero hipotecario», o propiamente registral ¹⁵¹, no es otro que el beneficiario de

¹⁵¹ A otros posibles «terceros», incluso en la misma Ley Hipotecaria, se refiere SERNA: *op. cit.*, p. 586, al glosar las palabras del artículo 27: *Para los efectos de esta Ley.*

la hoy llamada *eficacia ofensiva* de la inscripción, y ésta, por lo que hace a los modelos que aquí interesan, sólo se produce en la doble forma conocida de los sistemas latino y germánico: la inoponibilidad, propia de la publicidad negativa latina, y la fe pública registral, propia de la positiva germánica. En la primera, el tercero tiene necesariamente que serlo respecto al contrato *no inscrito*: justo el que, por no estar inscrito, no va a perjudicarlo a él, que inscribe. En la segunda, al contrario, el tercero lo será normalmente respecto al contrato *inscrito*: justo porque es contra las causas de ineficacia de ese contrato contra lo que, al no aparecer inscritas, le protege y ampara la fe pública registral¹⁵². De todas formas, en nuestro sistema de inscripción no constitutiva, cabe también que el tercero protegido por la fe pública registral, lo sea respecto a un contrato otorgado por el titular inscrito, que, por no haber sido publicado, permita a aquél confiar en la vigencia de una titularidad que, no siendo ya la actual, el Registro sigue publicando como todavía existente. Pues bien, habiendo aparecido en el artículo 23 como protagonista de la Ley un tercero que por inscribir queda inmune a los efectos de un contrato anterior no inscrito, ahora resulta que el 27 describe como tercero «para los efectos de esta Ley» al que «no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Es muy claro que este tercero no puede ser el de la fe pública en la última forma indicada, esto es: el de la inoponibilidad embebida en la fe pública, no obstante venir éste exigido por el sistema y aparecer con frecuencia en los comentarios de De la Serna¹⁵³; mucho menos, el del artículo 23, a pesar de la significación atribuida a este precepto al tiempo de la elaboración de la Ley. En el artículo 27

«La palabra *tercero* no tiene siempre en el derecho la misma significación. [...] Basta esto a justificar la definición de la palabra *tercero*, para los efectos de la Ley hipotecaria. De limitaciones de esta clase tenemos algún otro ejemplo en la Ley que comentamos, y es también frecuente encontrarla en otras».

¹⁵² Nos remitimos aquí a las definiciones germánica y latina, ya vistas (*supra*, notas 141 y 142), del «tercero», tal como la proponen DESCHENAUX y FERRI, respectivamente.

¹⁵³ Cfr. SERNA: *op. cit.*, en el comentario al artículo 34, p. 622: «Se refiere [el art. 34] solamente al caso en que apareciendo alguno en el Registro con derecho para celebrar un contrato o acto transmita la propiedad o establezca o traspase otro derecho real cualquiera en la cosa inmueble, cuando existe un título anterior *no inscrito* [cursiva nuestra], o una causa que no aparezca claramente del Registro, y ordena que en este caso no sea perjudicado el tercero por el acto o contrato que no pudo conocer por sus libros. [...] injusto sería que tuviera que experimentar sus consecuencias el que engañado por el silencio del Registro adquiriese la finca que otro había comprado antes al que se la vendió a él, o el que comprase como libre el predio sujeto a una carga o a una condición de que no podía tener conocimiento por el Registro»; p. 634: «Que el malvado B no es con arreglo a la Ley el *tercero* [cursiva del autor] cuyos intereses se protegen en el artículo 34 contra el título *no inscrito* [cursiva nuestra]...»; p. 635: «En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que *por no estar inscrito* [cursiva nuestra] no es conocido por el adquirente, no le perjudique [...]».

sólo cabe el tercero que confía en una inscripción defectuosa en sí misma¹⁵⁴: el de la fe pública registral, y no siempre¹⁵⁵.

¿Cómo pudo incurrir nuestro legislador en tan patente descuido¹⁵⁶? No es necesario tener que asegurar aquí una causa, ni tampoco de su determinación se seguirían consecuencias trascendentes al efecto de nuestro discurso. De todos modos, se pueden conjeturar como posibles dos motivos: la percepción de que la determinación de la figura del tercero es cuestión tan sencilla, de suyo, que en realidad excusa la necesidad de pararse legalmente a perfilarla¹⁵⁷ —lo que, obviamente, implicaría la inadvertencia, al momento de definirla, de su peculiar dualidad en nuestro Derecho, y la imprevisión de la polémica que su captación y admisión habrían de introducir en nuestra doctrina—; y, ella supuesta, el haber limitado la atención al describirla al cuidado de no limitarla incluyendo sólo en ella a quienes no son «parte» en el acto o contrato contra

¹⁵⁴ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 615, en el comentario al artículo 31: «Aquí se limita la Ley a aplicar especialmente al caso de que trata este artículo, la regla general que domina en la Ley, es decir, que el tercero no puede ser perjudicado por los actos o contratos a que la inscripción nula se refiere, por no haber tenido parte en ellos».

¹⁵⁵ GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 425: «Repetimos que en nuestro dictamen, la Ley no debió definirla [la palabra *tercera*]; porque no caben todas las clases de terceros en el estrecho marco de la definición que da el artículo 27; [...]».

¹⁵⁶ Parece explicar la coherencia de los artículos de la Ley Hipotecaria referidos al tercero, y, consiguientemente, negar el descuido, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 46-47: «Esta “reversibilidad” es esencial para explicar algunos preceptos de la legislación hipotecaria sobre la configuración del tercero, pues unas veces se refieren al “tercero” al que perjudica la relación jurídica “inscrita”, y otras veces se refieren al “tercero” al que no le perjudica la relación jurídica “no inscrita”. [...] El discutido antiguo artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861, al definir al tercero como el que *no ha intervenido en la relación jurídica inscrita*, se estaba refiriendo al “tercero perjudicado” por no ser el tercero propiamente dicho o tercero que inscribe. En cambio, el antiguo artículo 23, hoy 32 LH y 606 del Código Civil, cuando dicen que los “títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a *tercero*”, se está refiriendo al tercero hipotecario propiamente dicho o tercero favorecido por la inscripción frente a lo no inscrito»; *ídem.*, p. 57: «En todo caso, *ese tercero del artículo 27 responde al supuesto del tercero del antiguo artículo 23, que hoy equivale al artículo 32*, es decir, era el tercero de la inoponibilidad, hoy llamado “tercero latino”» (cvas. del a.). Esta línea había sido ya apuntada por CAMPUZANO: *op. cit.*, pp. 388-389, pero respecto a ella debe advertirse que resulta algo extraño que el artículo dedicado *ex professo* a definir al tercero específicamente hipotecario, se refiera y defina al tercero «impropio» o no propiamente registral e hipotecario. La cuestión, además, sustantivamente hablando, no es de mera perspectiva en la consideración de una misma relación, ni siquiera de comparación entre la relación inscrita y la incompatible no inscrita; de lo que se trata es de dilucidar si la inscripción —si la publicidad registral— protege siempre en una misma forma a un mismo tercero, o si puede desdoblarse su eficacia protectora en formas y a favor de terceros distintos.

¹⁵⁷ Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 589, nota a): «En las legislaciones extranjeras se ha confiado su interpretación [la de la palabra *tercero*] a la práctica. No encontraríamos inconveniente en que lo mismo se hubiera hecho en la Ley, sin que por esto nos parezca mal el que se haya descendido a definir lo que tal vez en el silencio del legislador daría lugar a diferentes interpretaciones».

cuyos efectos le va a proteger la Ley ¹⁵⁸. En este punto se va prácticamente todo el comentario de De la Serna al artículo 27: no basta no ser parte; la buena fe impone excluir de la protección de la Ley a quienes, aun sin serlo, tienen conocimiento directo del contrato –inscrito o no inscrito, según los casos ¹⁵⁹– por haber intervenido en él (escribano y testigos) ¹⁶⁰. En realidad, pues, al redactar el artículo 27, el legislador estuvo más preocupado por asegurar la exigencia de la buena fe como requisito de protegibilidad registral, que en aquilatar con detenimiento y detalle en la figura del tercero hipotecario. Siendo ello así, la conclusión se impone: el originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en poco o nada puede contribuir al esclarecimiento del problema del «tercero». Para orientarse certeramente en él, hay que recurrir a las grandes líneas del sistema: a la fe pública registral (art. 34), ciertamente, pero también al criterio

¹⁵⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 567: «¿Se reputará que interviene en el acto o contrato el que lo presencia, ya en concepto de escribano actuario, ya en el de testigo instrumental? El tenor riguroso de la Ley parece que no considera como tercero a cualquiera que esté presente en la celebración del acto o contrato en uno de los conceptos que acabamos de indicar, porque sin duda han intervenido en el negocio, aunque no sea con un carácter de interesado en él. Hemos sin embargo oído, y a persona de conocida suficiencia, opinar de modo diferente, y esta contradicción nos pone en el caso de decir algunas palabras. Si la intención de los que formularon la Ley hubiera sido la de que el escribano y el testigo debían ser considerados como terceros, no hubieran dejado de poner después de la última palabra que ahora tiene el artículo estas otras, *como parte*. Aún más: la redacción del artículo debería ser en tal caso: *para los efectos de esta Ley, se considera como tercero el que no haya sido parte en el acto o contrato inscrito*. A querer decir esto, no se hubiera redactado el artículo de una manera que se prestara a una interpretación que tanto distaría del espíritu del legislador». El artículo 27, entonces, viene a dar expresión al pensamiento manifestado en la E. M. –p. 237– cuando justifica la acción interferente de la publicidad en favor de los terceros en la imposibilidad que estos tuvieron de conocer los contratos contra cuyas consecuencias se les va a inmunizar: «[...] lo que de lleno cae bajo su dominio [de la Ley de Hipotecas] es desecharlo [el sistema espiritualista] cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de los que no ha podido tener conocimiento» (cva. n.).

¹⁵⁹ En el mismo comentario de SERNA al artículo 27, p. 589: «¿Se considerará que ha intervenido en el acto o contrato *no inscrito* el heredero del escribano que lo autorizó o del que lo presenciado como testigo?». Lo mismo, antes, p. 587: «[...] no puede decir el que ha presenciado un acto o contrato para corroborarlo con su testimonio, o para autorizarlo con la fe pública de que es depositario, que no tenía conocimiento de él porque *no* estaba en el Registro» (las cvs. ahora son n.). En el tratamiento doctrinal posterior, y sobre el problema de la referencia del originario artículo 27 al «acto o contrato *inscrito*», *vid.* ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, I, cit., pp. 613-614.

¹⁶⁰ SERNA: *op. cit.*, p. 587: «No tiene buena fe el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa, y sabiendo, por lo tanto, y de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra, o por cualquier otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro, para que con arreglo al artículo 17 no pueda ya inscribirse aquella en que él intervino como escribano o como testigo». Obsérvese en este texto dónde se ha fijado la atención del comentarista y, previamente, la del redactor del precepto. Dilucidando si en el caso puede haber, o no, buena fe protegible, ahora, contra el tenor del artículo que se comenta, se está pensando en el contrato *no inscrito*.

adoptado acerca del valor de la inscripción; esto es, a su carácter «declarativo». La inscripción no hace nacer el derecho que publica, pero su práctica determina el triunfo del derecho inscrito sobre el no publicado cuando ambos proceden de actos sucesivos de un mismo transmitente (arts. 32 LH y 1473 II CC).

De acuerdo, pues, con esta última afirmación, podemos recapitular ya para poner fin a este punto. En la perspectiva del genérico principio de publicidad, y más concretamente, de la entre nosotros denominada «eficacia ofensiva de la inscripción», la peculiaridad de nuestro ordenamiento registral de inscripción publicadora y fe pública registral, «mixto» en tal sentido y más perfecto que los sistemas «puros»¹⁶¹, impone la distinción entre dos diferentes terceros –pero sólo dos¹⁶²–: el que, sin previa inscripción en la que

¹⁶¹ Cfr. VILLARES PICÓ: *La polémica...*, pp. 363-366, aunque afirmando la mayor perfección de nuestro sistema sólo en relación –dice– con «otros sistemas latinos».

¹⁶² A pesar de las frecuentes propuestas de distinción de otros «terceros» en la misma Ley Hipotecaria (*vid.*, e. c., GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 53-56, aunque defendiendo que la fundamental es la que separa al tercero del artículo 32 respecto al del 34; SERRERA CONTRERAS, P. L.: «Monismo, dualismo, triadismo», *RCDI*, 1989, pp. 1210-1211); sin duda, la distinción básica es la dual que aquí se indica. Cfr., en tal sentido, entre otros y por encima de las posiciones adoptadas al respecto: MORELL: *op. cit.*, p. 27: «Para la Ley Hipotecaria son en general terceros los que no intervienen como parte en determinado acto o contrato inscribible. Al inscribir, perjudican a los que no inscribieron su derecho [...] Este principio no obsta a que la misma ley, en casos excepcionales de gravedad o de mayor transcendencia jurídica, o en situaciones especiales, exija en este tercero determinadas condiciones, también excepcionales, y de ello presentan ejemplo, además del artículo 34 [...]»; URIARTE BERASÁTEGUI: *op. cit.*, p. 567: «La primera idea que surge de su examen [de los distintos preceptos de la Ley Hipotecaria] es que no es posible formar un concepto unitario del tercero de la Ley [...]. Buena prueba de ello, el artículo 23 en referencia al 25 o a la definición del 27, que parten de supuestos contrarios: tercero respecto al negocio no inscrito, y tercero en relación al negocio inscrito. Examinaremos, por tanto, concretamente el artículo 23 y los 25 y 27, como típicos de las dos clases de terceros a que se refiere la Ley, ya que los restantes artículos citados son susceptibles de reducirse a los anteriores»; DEL HOYO: *Otra vez...*, cit., p. 574: «Creemos que, en honor de la moralidad y de la Ley misma, hay que conceder la categoría de tercero hipotecario al titular de la inscripción primera, conforme a sus artículos 32 y 207 corroborados por el 1.473 del Código civil. Nuestras leyes son claras; el artículo 34 es una manifestación del tercero, no agota todo un contenido»; NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 592-593: «[...] hay dos clases de terceros internos: tercero del artículo 32 [...] y tercero del artículo 34 [...]. Titular registral es una idea genérica; una primera cualidad determina al simple titular en tercero del artículo 32; una segunda cualidad yuxtapuesta a este tercero del artículo 32 le convierte en titular del artículo 34»; CARRETERO: *Retornos...*, cit., pp. 87-89: «Hoy ya no es necesario insistir contra Roca, en que existen dos terceros netamente diferenciados por razón de su colocación en la encrucijada de relaciones jurídicas que viene a hacer más segura la publicidad registral [...]. La protección del artículo 32 tiene abolengo latino, romano [...]. Está su origen en la preferencia del propietario quirritario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex jure quirritium* (con mancipio, hoy inscripción registral) [...]. La protección del artículo 34 tiene abolengo germánico. Este tercero es el adquirente que por haber confiado en un contenido tabular inexacto, por desconocer la inexactitud (su transferente no era dueño, aunque tuviere la *Gewere* tabular), se le protege con ciertos condicionamientos (título oneroso y buena fe) frente al verdadero propietario [...]».

poder confiar para asegurarse de la titularidad de su transmitente, se beneficia por inscribir su propia adquisición, en tanto en cuanto ésta prevalecerá sobre cualquier otra anterior igualmente procedente de su mismo vendedor y no inscrita; y el que, por adquirir de buena fe y onerosamente de titular inscrito y con facultades para disponer –inscribiendo igualmente su propia adquisición–, es mantenido en ésta, aunque la titularidad registral en la que fundamentó su confianza careciera de eficacia real o no fuera bastante para fundamentar una adquisición definitiva y firme. Este segundo «tercero» es hijo, obviamente, del principio de fe pública registral; el primero debe su existencia al de inoponibilidad, y este principio es el resultado natural del valor no constitutivo asignado en nuestro Derecho a la inscripción registral, y, tal valor supuesto –además–, de las ventajas que, en buena lógica y por sí misma, la inscripción deberá reportar al derecho inscrito en su colisión con el que no se inscribió¹⁶³. Principio de inoponibilidad y principio de fe pública registral, pues, no son magnitudes que, por incompatibles, se excluyan recíprocamente, o tengan que fundirse como aspectos distintos en la unidad de un solo principio¹⁶⁴, sino que cada cual, con ámbito propio, pueden convivir perfectamente en la coherente y bien trabada unidad de un mismo sistema¹⁶⁵. Establecido esto, nuestro siguiente paso consistirá en la comparación de los dos terceros resultantes de estos principios, y en la determinación de los requisitos exigibles a uno y otro.

¹⁶³ Hay que convenir con GÓMEZ GÓMEZ: *En torno a la polémica...*, cit., pp. 381-382, que el fin normalizador del tráfico, perseguido por los regímenes registrales, tiene que desembocar inmediatamente o en el principio de inscripción constitutiva o en el principio latino de inoponibilidad. Desde opiniones distintas en cuanto al problema del «tercero» y a la valoración de nuestro sistema, conectan también señaladamente, como no podría ser de otra forma, la existencia del «tercero» del originario artículo 23, o del vigente artículo 32, con el carácter no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho, entre otros, MORELL: *op. cit.*, pp. 12-13; URIARTE BERASÁTEGUI: *op. cit.*, p. 568; MARÍN MONROY: *Algunas consideraciones...*, cit., *passim*; CARRETERO: *Retornos...*, cit., II, pp. 89-92 y 109-110; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁴ Tenemos que disentir en este punto de la rotunda afirmación de LASARTE, C.: *Principios de Derecho Civil*, 5.º, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 424: «Aunque sobre el significado del referido precepto [se refiere al artículo 32 LH] existe un debate doctrinal de importancia, en esta exposición, con la doctrina mayoritaria, podemos dar por hecho que su *ratio legis* consiste en ratificar, desde el punto de vista negativo, cuanto el artículo 34 expresa en términos positivos».

¹⁶⁵ Recuérdense las palabras de GÓMEZ GÓMEZ: *op. cit.*, p. 388, a propósito de la polémica entre Roca y Carretero: «Y a pesar de sus esfuerzos para confundir los artículos 32 y 34 no creo que pueda negar Roca, hablando también en teoría, que la fe pública y la inoponibilidad son también cosas diferentes, si no lo fueran en Francia habría plenamente fe pública. Y que ambas cosas pueden idealmente separarse o yuxtaponerse. Y así, hipotéticamente, puede pensarse en un sistema con inoponibilidad y sin fe pública (sistema concreto latino), en otro con fe pública y sin inoponibilidad (que es el que gusta a Roca) y en otro con fe pública y con inoponibilidad (Tirso Carretero)».

3. Diferenciación de los dos terceros favorecidos por la «eficacia ofensiva de la inscripción» y concreta determinación de los requisitos exigibles al tercero del artículo 32

Los dos terceros anteriormente indicados, además de en su común condición de «terceros», en algo tienen que coincidir y en algo se tienen que diferenciar. Coinciden –género próximo, dice Núñez Lagos¹⁶⁶– en su calidad de titulares inscritos (ambos, desde el punto de vista registral, son terceros «internos»); se diferencian en la peculiar inmunidad que el derecho de cada uno de ellos obtiene de la inscripción. Es en este aspecto de su diferenciación donde los problemas pueden plantearse. Y se entiende que así sea: de la afirmación de la diferencia entre los terceros registrales depende el reconocimiento y admisión del discutido dualismo de nuestro sistema registral; y de su «accurata» delimitación, el tono y carácter que se le atribuya. Centremos, pues, en ella nuestra atención distinguiendo un doble plano: primero, el más radical de la distinta y originaria naturaleza de cada tercero registral, la que determina la peculiar fisonomía de uno y otro, y a continuación, el más particular y concreto del influjo que en tal fisonomía puede provocar su aclimatación a nuestro sistema.

Por lo que hace al primer plano bastaría con repetir, una vez más, que el tercero del artículo 32 es un tercero latino, mientras que el del 34 es un tercero germánico. Sin negarlo, obviamente, la doctrina dualista lo explica añadiendo algo más. Para Núñez Lagos¹⁶⁷, el tercero del artículo 32 es un tercero ajeno al tracto sucesivo y que, como tal, podrá ser atacado por impacto frontal y directo contra el asiento en que se cobija; mientras que el del 34, nacido del tracto, sólo puede ser combatido por elevación, entrando el impacto por el tejado que para él representa el derecho de su transmitente: «aristócrata del sistema –dice–, sólo se le puede ofender en su genealogía». Para Carretero¹⁶⁸, la protección que depara el artículo 32 tiene abolengo romano y reproduce a favor del titular inscrito la preferencia del propietario quirritario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario; mientras que la obtenida a través del artículo 34 es de abolengo germánico y permite al que adquiere de titular registral la adquisición *a non domino* antiguamente operada por la *Gewere*. Más llana y pragmáticamente, para Villares Picó¹⁶⁹, el tercero del artículo 32 es un tercero «activo», el

¹⁶⁶ NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 592.

¹⁶⁷ NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, pp. 592-593.

¹⁶⁸ CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 88-89.

¹⁶⁹ VILLARES PICÓ: *La polémica entre hipotecaristas...*, cit., p. 373.

que consigue la protección del Registro por haberse adelantado a inscribir, mientras que el del 34 es el tercero «confiado»: el que por adquirir ateniéndose a lo que el Registro publica, es protegido en su adquisición.

¿Bastan las anteriores indicaciones para, en función de su naturaleza, determinar, necesariamente y sin más, la fisonomía que en su implantación a nuestro Derecho distingue al tercero del artículo 32? Los hechos hablan aquí por sí mismos. Entre los partidarios de la tesis dualista hay dos formas de concebir a dicho tercero. La primera y más radical, dando la impresión de querer afianzarlo en su contraposición con el del artículo 34, tiende a subrayar su singularidad, marcando las distancias y acentuando sus facciones francesas ¹⁷⁰; la segunda, y más moderada ¹⁷¹, admite que, implantado en nuestro sistema y aclimatado a nuestro Derecho, el tercero latino, sin dejar de serlo, resultará asimilado al germánico del 34 en todo lo que no sea el rasgo diferenciador que mutuamente permite identificarlos: coinciden en lo que ambos tienen de terceros registrales en un mismo ordenamiento jurídico; se diferencian en que el del artículo 32 inscribe una adquisición no derivada de anterior titular registral, mientras que el del 34 adquiere de titular inscrito e inscribe su propia adquisición. Por varias razones, nosotros nos situamos en esta segunda posición.

En primer lugar, porque es la que mejor cuadra, *a priori*, a la coherencia de un mismo Derecho, por más carácter mixto que en este punto se le quiera y deba atribuir al nuestro. La unidad de un sistema mixto no puede lograrse ni ser explicada como el resultado en tensión de una forzada yuxtaposición de contrarios, sino que requiere, más bien, la armónica integración de elementos distintos.

¹⁷⁰ Destacan en esta línea, NÚÑEZ LAGOS: *op. cit.*, pp., esp., 597-598: «El tercero del artículo 32, no necesita más que un requisito: inscribir. La onerosidad y la buena fe, conexas al momento adquisitivo, no se exigen en el artículo 32, que nada tiene que ver con la adquisición previamente consumada, y que, por referirse precisamente a un sistema de prioridad entre títulos formados y perfectos con antelación, queda al margen del principio de buena fe»; CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 119-135; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 175-205; antes de todos ellos, MORELL: *Tercero...*, cit., pp. 24 ss.: «El tercero hipotecario en general –dice en la 24– no necesita adquirir por título oneroso, ni de persona que en el Registro aparezca con derecho para transmitir o contratar, ni aun tener buena fe».

¹⁷¹ Destacan en ella VILLARES: *op. cit.*, p. 363: «[...] si el inmatriculante no puede estar protegido con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no trae causa de un titular inscrito, estará en cambio protegido por la prioridad ampliamente establecida en el artículo 32 de la misma Ley, que sólo exige implícitamente que el titular sea adquirente a título oneroso con buena fe y que inscriba su título»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* pp. 191-192, y AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 293-298. Sigue esta línea SERRERA CONTRERAS: *op. cit.*, pp. 1204-1209.

Sólo así la mixtura no es caos, y el sistema puede ser coherente y legítimamente dual.

Aparte de ello, la moderación de nuestro dualismo hipotecario viene exigida por una concreta y a nuestro juicio muy poderosa razón de fondo. Nos referimos a la sustancial semejanza de la intervención sanadora del Registro en las dos hipótesis arquetípicas de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria; sustancial semejanza no impedida por las diferencias de presupuestos que permiten dicha intervención y que en una y otra hipótesis determinan la distinta extensión de su efecto. En este punto es conveniente detenerse algo más. Para los dualistas radicales, la adquisición obtenida al abrigo del artículo 32 es una adquisición que apenas se diferencia de una adquisición normal u ordinaria, en tanto que la del 34 es una adquisición abierta y rigurosamente excepcional y anómala; mientras el adquirente del artículo 34, contra lo que es lógico y natural, adquiere *a non domino*, el del 32 —dicen— adquiere de quien, en el fondo, podría seguir siendo considerado como dueño al tiempo de transmitir ¹⁷². Nosotros no podemos compartir esta visión del problema. Subyace a ella, por lo que hace a la explicación del artículo 32, una sobrevaloración de la inscripción registral, que, sacándola de su vocación publicadora, la acerca excesivamente a la inscripción constitutiva, llevando, como se ve, a equipararla de hecho con ella ¹⁷³, o, incluso,

¹⁷² Cfr., en tal sentido, CARRETERO: *Retornos...*, cit., p. 89: «Para los autores de la Ley eran dos cuestiones diversas, necesitadas de muy distinto tratamiento, la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo muy relativamente se puede decir que adquiere de un no dueño, y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien no fue nunca dueño porque su título era nulo o falso»; GÓMEZ GÓMEZ: *En torno a la polémica...*, cit., p. 385: «Creo que no puede perderse de vista la distinta finalidad de los artículos 32 (antes 23) y 34. El primero se encuentra destinado a regular los casos normales y biológicamente sanos de la vida del tráfico jurídico inmobiliario [...]. Por el contrario, el artículo 34 responde a distintos problemas. Con él nos trasladamos al terreno de la patología jurídica; GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Los terceros registrales o internos», *RCDI*, 1968, p. 1506: «También estamos de acuerdo en que en el supuesto de hecho del artículo 32 dispone el verdadero dueño, hay adquisición *a domino* y en el del 34 dispone un titular registral, que no es dueño o que lo es limitadamente, que hay adquisición *a non domino*, pero no por la inscripción, sino por la Ley (art. 609 del Código Civil) [...]»; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 80-90, en las que desarrolla el siguiente epígrafe: «La doble venta regulada en los artículos 32 LH, 606 y 1473.2 Cc representa un supuesto de “adquisición a domino”, a diferencia del supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

¹⁷³ Así puede verse en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 82: «*La segunda venta que se inscribió prevalece sobre la primera venta que no se inscribió, porque es la única que tiene efectos reales plenos erga omnes, mientras que la primera venta no inscrita tiene que limitar su eficacia a la acción personal de reclamación contra el vendedor y a las acciones contra los otros terceros que no inscribieron*» (cva. del a.). Responde esta visión a la concepción del autor citado sobre el valor «conformador» de la inscripción registral, de la que nosotros nos ocupamos ya en nuestro anterior trabajo, *La inscripción en el Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 213-225.

a elevarla lisa y llanamente a la condición de tal en nuestro sistema ¹⁷⁴. No es necesario orientarse en esta dirección ni llegar en ella tan lejos como Troplong y la doctrina francesa que tras él considera como *a vero domino* la adquisición sostenida por la inoponibilidad de la anterior no inscrita cuando el comprador posterior inscribe la suya ¹⁷⁵. En nuestro Derecho, Cárdenas y Gómez de la Serna la consideran adquisición *a non domino* ¹⁷⁶, sostenida, como

¹⁷⁴ Cfr. GÓMEZ GÓMEZ: *Ámbito de aplicación...*, cit., p. 565: «En cuanto al artículo 32 es también un precepto fundamentalísimo y básico de nuestra legislación, pero, conforme a los que llevamos dicho, hace referencia, no al principio de fe pública sino al de inscripción, proporcionado un argumento decisivo en pro de la índole constitutiva de la misma en nuestro sistema».

¹⁷⁵ Baste la cita del fundamental texto de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 300-301: «Mais cette loi [la Ley sobre la Transcripción] mue par les nécessités du crédit foncier, a dérogé à ces principes, et le Code Napoléon en éprouve une grave modification. Sans doute, entre les parties el leurs ayants cause, la mutation de la propriété est toujours opérée par le seul consentement, et l'idée mère du Code Napoléon, idée profondément philosophique et morale, subsiste dans toute sa force; mais, à l'égard des tiers, la mutation n'est désormais accomplie que par la transcription du titre sur un registre public. Jusqu'à la transcription, le vendeur conserve les attributs de la propriété par rapport à tous autres que les parties et leurs successeurs universels; les droits par lui conférés à des tiers et dûment régularisés sont opposables à l'acheteur qui, bien qu'antérieur en date, n'a pas encore fait transcrire son titre. L'acheteur n'est plus admis à dire à ces tiers, qui ont promulgué leurs contrats, que son auteur n'a pu leur transférer des droits qu'il n'avait pas lui-même [...]. Il suit de là que la translation de la propriété est actuellement régie par un double principe: entre les parties, elle résulte du consentement; à l'égard des tiers, elle ne date que de la transcription du titre».

¹⁷⁶ Cfr. CÁRDENAS: «Vicios y defectos de la legislación hipotecaria», *El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración*, t. XII, Madrid, 1852, pp. 38-39: «Así es que la entrega de la cosa vendida y pagada produce según nuestras leyes un derecho real, que se puede oponer contra aquel a quien el mismo vendedor la haya enagenado después, y contra cualquier otro, aunque este segundo comprador inscriba su contrato antes que el primero. Decisión injustísima e inconciliable con el sistema moderno de inscripción de la propiedad, por cuanto surte el efecto de obligar al tercero por un acto que le era completamente desconocido. Pero se dirá que haciendo válida la enajenación que primero ha sido inscrita, cualquiera que sea la fecha del contrato, puede resultar también perjudicado el adquirente anterior, que obró de buena fe, y tiene además sobre el otro, el título de la prioridad en el convenio. Así sucederá en efecto, mas hay que tener en cuenta que la doble enagenación de que se trata, es un verdadero delito que habrá de perjudicar a alguien, y cuya completa reparación no ha de poder conseguirse siempre. Siendo ello 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 [...]. Con estas precauciones, entre dos adquirentes de igual buena fe, se limita el daño al menos diligente...». A su vez, DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 567: «[...] 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, 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»; ídem., p. 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 como suyo en el Registro». En la doctrina moderna, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 181: «Se trata de una intuición elemental. El tercero es adquirente *a non domino* porque hubo una anterior enajenación, en la cual su *actor* se había privado del dominio de la finca antes de vendérsela a él (...).».

tal, supuesta su buena fe, en la mayor diligencia, del adquirente que se adelanta en la inscripción; y así se la debe entender en buena interpretación del artículo 1473 de nuestro Código Civil ¹⁷⁷. Si lo que este precepto establece son criterios de preferencia entre *adquisiciones* incompatibles, ¿cómo va a considerarse todavía dueño al que habiendo vendido ya y entregado en alguna de las formas posibles, perdió la propiedad de lo que posteriormente y contra todo derecho vuelve después a vender? Desde este punto de vista se entiende el aserto de Roca Sastre, aunque tampoco su conclusión pueda compartirse: ¿qué más da que el *tradens non dominus* sea tal porque nunca fue dueño o que lo sea porque, habiéndolo sido, había dejado de serlo antes de disponer por segunda vez ¹⁷⁸? Es verdad que esta consideración, por sí sola, no deja sin fundamento el peculiar dualismo de nuestro sistema hipotecario, pero recomienda y justifica su ponderada moderación. Moderación, además, a cuya recomendación se puede llegar, también *a priori*, por otra vía. Si, como de pasada hemos ya indicado e inmediatamente hemos de ver con más detenimiento, al tercero protegido por el artículo 32 le es exigible haber adquirido del vendedor sucesivo y en actitud de buena fe, habrá de reconocerse que el expediente protector de su adquisición, remitiendo a una previa situación de titularidad aparente, algo tendrá que ver con el mecanismo de la protección de la apariencia jurídica ¹⁷⁹. Es verdad que ni todo en el artículo 32 es protección de la apariencia, ni sólo la protección de la apariencia explica la adquisición que en él se sanciona; pero, desde luego, esta adquisición no llegaría a ser protegible si el comprador que inscribe la hubiera llevado a cabo sabiendo que el vendedor, al tiempo de transmitirle, no era ya dueño del objeto vendido. Más brevemente dicho: el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, como el 1473 del Código Civil, en cuanto protege no sólo por haber adquirido creyendo hacerlo del todavía dueño, y en cuanto no protege absolutamente o contra la reclamación del *verus dominus*, sea éste quien sea (cfr. art. 36 LH), sino sólo frente al comprador anterior que no inscribió, no es norma de cabal y exclusiva aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica; pero tampoco es norma sanante de una adquisición cuya irregulari-

¹⁷⁷ Hemos dedicado a ella las páginas 182-210 del trabajo antes citado, *La inscripción...*, a las cuales tenemos que remitirnos en este lugar.

¹⁷⁸ ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., p. 809: «En resumen: a los efectos de la fe pública registral lo mismo da que el titular según el Registro, que aparece como transmitente al tercero hipotecario, no sea dueño por haber dejado de serlo o por no haberlo sido nunca».

¹⁷⁹ Debemos remitirnos en este punto a lo dicho al respecto en *La representación aparente...*, cit., pp. 405-408, sobre la explicación del artículo 1473 CC.

dad conozca el adquirente. Siendo ello así, el común ingrediente de apariencia jurídica presente en la *ratio* de la protección dispensada por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, por encima de su distinta forma de actuar en cada caso y de su diferente conformación –registral en el 34 y extra-registral en el 32–, recomienda asimilar más que contraponer los requisitos exigibles para la protección del adquirente en cada uno de estos preceptos.

Teniendo presentes las consideraciones que preceden, pasemos ya al examen de los requisitos que, uno por uno y en concreto, resultan exigibles a nuestro tercero latino, particularizado, como ya hemos advertido, por el hecho de su implantación como desigual co-protagonista en nuestro sistema confesada y realmente germánico. La tarea que nos proponemos no es otra, obviamente, que la integración del vigente artículo 32 de la Ley Hipotecaria, precepto que, como el originario 23, ni siquiera alude en su extremado lacionismo a la necesidad de que dicho tercero, para resultar defendido frente al derecho anterior no inscrito, tiene que inscribir el suyo. Del artículo 32 cabe decir que, más que una concreta y acabada norma jurídica, constituye el mero y general enunciado de un principio cuyos requisitos de aplicación se dan por sobreentendidos. La escueta expresión del principio bastaría efectivamente si hubiera acuerdo en la doctrina sobre tales requisitos. No siendo así, la norma deja sin respuesta las numerosas cuestiones que en torno a ella vienen discutiendo los autores. ¿Qué tercero es ese al cual no perjudican los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad? O, dicho de otra manera: ¿en qué condiciones supedita la ley la oponibilidad a tercero de los derechos reales al dato previo de su publicación?

Ateniéndonos a los términos en que el problema está planteado en nuestra doctrina, vamos a responder a estas preguntas adoptando como elemento de contraste al artículo 34 de la Ley Hipotecaria e indagando, en consecuencia, cuál o cuáles de los requisitos exigibles en nuestro Derecho al tercero por antonomasia e indiscutidamente hipotecario son también necesarios en este otro tercero, aunque también registral, de distinta naturaleza. Este modo de proceder, sin duda el habitual, puede considerarse adecuado y lícito siempre que se advierta que en tal comparación no se agotan todos los elementos diferenciadores de estos dos terceros, ni se agota, por tanto, la peculiaridad del tercero latino. Fuera de la perspectiva adoptada queda, en el orden de los presupuestos, la necesidad de que el derecho en cuya adquisición se le va a proteger sea un derecho derivado del mismo *causam dans* otorgante de otro u otros

anteriores y no inscritos ¹⁸⁰; y en el terreno de lo efectual, la transcendental diferencia existente entre el carácter negativo y relativo de la protección deparada por esta vía frente a la positiva y absoluta que se obtiene a través de la fe pública registral. Conscientes, pues, de esta limitación, y advertidas estas diferencias, pasemos a la determinación de los requisitos exigibles al tercero del artículo 32 por comparación con los que el 34 establece para su propio tercero.

1. En primer lugar, y por ser el de más fácil tratamiento y pacífica aceptación, atendamos al requisito de la inscripción del propio acto adquisitivo del tercero protegido por el artículo 32. Es cierto –y ya lo hemos advertido de pasada– que el propio precepto no lo enuncia; pero esto –también ya lo hemos indicado– nada prueba, a no ser el carácter meramente principal e inconcreto del mismo artículo 32. También es verdad que en su contra podrían alegarse los artículos 313 de la Ley y 585 del Reglamento Hipotecario; pero la objeción sería tan débil como la justificación y valor efectivo de estos preceptos ¹⁸¹. Muy por encima de ellos, y con carácter –en nuestra opinión– de rigurosa evidencia legal, lógica y sistemática, lo imponen, aparte el texto dedicado en la Exposición de Motivos de 1861 a la incidencia de la publicidad registral en el sistema transmisivo del título y el modo ¹⁸², dos razones, aducidas ya como decisivas en los comentarios de Gómez de la Serna: la primera, de orden estrictamente normativo, la unidad entre el originario artículo 23 ¹⁸³ y el artículo 1859 del Proyecto de García Goyena, o, como hoy podríamos decir, entre el actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 1473 II del Código Civil ¹⁸⁴; y la segun-

¹⁸⁰ Cfr. en el Derecho francés, el artículo 30.1 del Décr. 4 janv. 1955: «Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité [...] sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés [...]».

¹⁸¹ Nos remitimos para su comentario y crítica a lo dicho en *La inscripción en el Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 71-83.

¹⁸² «Así, una venta que no se inscriba 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».

¹⁸³ Aunque las palabras de SERNA se encuentran en el comentario a los artículos 36 y 38 –pp. 647 y 665-672 respectivamente– valen sin duda para el originario 23, por ser derivación «de los principios adoptados en la nueva Ley hipotecaria» (p. 647, nota) y hacen expresa referencia (p. 672) a «lo expuesto en otros lugares», concretamente al relativo al punto que aquí tratamos y a las consecuencias del principio de prioridad.

¹⁸⁴ SERNA: *op. cit.*, p. 665, citando la Exposición de Motivos: «La Comisión de Codificación en la Exposición de Motivos, dijo a propósito de estas palabras lo siguiente: “Consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las bases de la ley. 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. Así los establece también el Proyecto de

da –limitada ya la atención sólo al artículo hoy 32– de orden lógico y carácter absolutamente elemental: ¿cómo podría entenderse que la Ley Hipotecaria, la ley de la publicidad y de la inscripción registral, protegiera una adquisición posterior no inscrita frente a otra igualmente no inscrita pero anterior y legítima? En palabras de De la Serna: «No sería justo que el omiso en inscribir por su parte en el registro el derecho real que hubiese adquirido sobre un inmueble pudiera echar en cara su negligencia a otro que no inscribió, y prevalerse de la falta que él mismo hubiera cometido. La ley sólo favorece al que la respeta ajustándose a sus preceptos»¹⁸⁵.

La cuestión, de suyo, no admite dudas. En la necesidad de la inscripción del acto adquisitivo registralmente protegido coincide prácticamente¹⁸⁶ toda la doctrina¹⁸⁷, y en la específicamente dualista éste es el único requisito en que están de acuerdo todos los autores. Para los dualistas radicales, el tercero del artículo 32 es, sin más, un tercero civil *que inscribe*¹⁸⁸.

2. Algo más complicadas –a nuestro juicio, sin razón– se presentan las cosas cuando se trata del requisito de la buena fe. Por más que si se tienen en cuenta las fuentes pueda extrañar, la doctrina no es pacífica en este punto, y en el tono de la discusión no faltan a veces ribetes de pasión y acaloramiento¹⁸⁹. Situemos el pro-

Código Civil, ordenando que 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”».

¹⁸⁵ SERNA: *op. cit.*, p. 647.

¹⁸⁶ La excepción puede verse aquí, al parecer, en CANO TELLO: *Iniciación al estudio del Derecho Hipotecario*, Madrid 1982, p. 280: «Por nuestra parte, creemos que es posible una interpretación conciliadora. El artículo 32 protege al tercer simple, al que no perjudica lo que no figura en el Registro si realmente no debe afectarle con arreglo al Derecho Civil, y esto aunque no haya inscrito, pues sus relaciones se rigen por este Derecho».

¹⁸⁷ Cfr., e. c., NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ...*, cit., pp. 238-239; ídem: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 597-598; CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 37; AMORÓS: *Comentarios ...*, cit., pp. 292 y 294; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 472; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 176.

¹⁸⁸ Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad...*, cit., p. 250: «El tercero del artículo 32 (o del 13) es un tercero civil que inscribe [...]. El tercero del artículo 34 es un tercero meramente hipotecario, definido con referencia al asiento precedente, del que deriva su titularidad». También dualista, aunque moderado, repite la expresión AMORÓS: *op. cit.*, p. 295.

¹⁸⁹ Véase, por ejemplo, el tono de la respuesta de CARRETERO: *Los principios...*, cit., p. 38, a la argumentación de Amorós a favor de la necesidad de la buena fe: «[...] estimo inútil su alarde bibliográfico, porque creo que para terminar negando la protección del Registro al segundo comprador que inscribe antes, siempre que triunfe la prueba libre (testifical) de su conocimiento de la primera venta, el legislador de 1861 hubiese seguido el camino más corto: archivar el Proyecto de Ley en el armario de la Comisión de Códigos y mantener la *Ley Quotiens* en los términos de los apartados 1.º y 3.º del artículo 1473 de nuestro vigente Código Civil [...]. Amorós, en plena vertiente sentimentalista [...] cree que ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido, entre nosotros, que una persona quede inmune frente a derechos que conoce sólo porque sus titulares no hayan cumplido una formalidad estatal».

blema delimitándolo exactamente, y pasemos a continuación a examinar las razones que se esgrimen en la argumentación de las enfrentadas posturas, para concluir, a la vista de ellas, lo que sobre este requisito de la buena fe se impone en nuestro Derecho.

Cuando aquí planteamos el problema de la buena fe no estamos tratando de la indiscutida exigencia legal de ésta en el ámbito del principio de fe pública registral. Hemos partido de la base de que el principio de inoponibilidad, con filosofía distinta a la que inspira el de fe pública, tiene reconocimiento y vigencia autónoma en nuestro ordenamiento inmobiliario, y en él, los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, sus principales enunciadores, no hacen referencia alguna a la necesidad de que el tercero protegido por tal principio tenga que ser un tercero que adquiriera en situación de buena fe. Por otra parte, es claro que la buena fe requerida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una peculiar buena fe, favorecida por las garantías impuestas a la registración y referida a la exactitud del dato previamente inscrito en cuya confianza adquiere el tercero; algo que, naturalmente, no es trasplantable a la hipótesis del artículo 32, en el que el tercero favorecido por haber inscrito no pudo contar con dato registral previo alguno en cuya exactitud pudiera confiar. Síguese de aquí que la buena fe sobre cuya exigencia ahora debemos tratar es una buena fe distinta en su fundamento y objeto a la específicamente requerida en el artículo 34, y que en la argumentación de su necesidad no podremos recurrir a la autoridad y argumentos de quienes interpretan nuestro sistema de protección registral desde la sola vigencia del principio de fe pública¹⁹⁰. Las razones en pro y en contra de la necesidad de la buena fe en el ámbito propio del artículo 32 deberemos basarlas exclusivamente entre las esgrimidas para dicho precepto por los partidarios de la tesis dualista; y su objeto –separada la hipótesis adquisitiva del artículo 32 respecto a la del 34– deberá hacerse consistir en la creencia del tercero de que la persona que le transmitió era dueño de la cosa vendida y podía transmitir su dominio. Más concretamente, tratándose del conflicto típico de la doble venta: que tal persona no había vendido y transmitido con anterioridad, y que, por tanto, continuaba siendo dueño de la misma cosa.

Así delimitado el problema y circunscritas las fuentes de su tratamiento y argumentación, podemos ya situarnos ante él, proceder a la comprobación del *status quaestionis*, y pasar a la pondera-

¹⁹⁰ Resulta oportuna esta advertencia –nos parece– a la vista de la relación de autores favorables a la necesidad de la buena fe en el artículo 32 que hace AMORÓS: *La buena fe en la interpretación...*, cit., pp. 1553-1559: monistas y dualistas aparecen en ella indistintamente.

ción de las razones que se argumentan en su solución. Por lo que hace al estado doctrinal del problema, baste indicar la profunda división que en este punto separa a los defensores del dualismo de nuestro sistema registral. El dualismo radical, contrario a la necesidad de la buena fe en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, está encabezado por Núñez Lagos¹⁹¹ y Carretero¹⁹², a quienes, partiendo con parecido ardor pero llegando a solución no tan nítida, sigue hoy García García¹⁹³. Como dualistas moderados, partidarios de la buena fe también en este campo, podemos destacar a Amorós¹⁹⁴, el autor que más atención ha prestado al problema, y Lacruz-Sancho¹⁹⁵. Nosotros nos unimos a esta segunda corriente, y las razones de nuestra toma de posición irán apareciendo seguidamente, al refutar las que se han sostenido de contrario.

¿Cuáles son tales razones? Todas giran en torno a dos principales: una —ya anteriormente indicada y refutada, de la cual, por tanto, no vamos a ocuparnos ahora otra vez—, que no siendo la adquisición del comprador que se adelanta a inscribir una adquisición *a non domino*, no necesita del refuerzo ortopédico de la buena fe¹⁹⁶; y, la segunda, que siendo latino el artículo 32 de la Ley Hipo-

¹⁹¹ NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad...*, cit., pp. 239-240; *Tercero y fraude...*, cit., pp. 611-623; *La evolución del principio de publicidad*, cit., pp. 81-83.

¹⁹² CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., pp. 126-132; *Los principios hipotecarios...*, cit., pp. 38-40.

¹⁹³ GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario Registral...*, II, cit., pp. 187-205. Hemos dicho que no llega este autor a conclusiones tan nítidamente excluyentes como las de Núñez Lagos y Carretero, a la vista de su concepción del fraude descalificador del tercero: «No hay inconveniente en interpretar [...] —dice en p. 205, conclusión 5.ª— que el fraude no consiste únicamente en realizarlo, sino que también comprende la situación de “conocimiento en realizarlo” (*conscius fraudis*). Por tanto, aunque debe excluirse el requisito de la “buena fe-desconocimiento” para el tercero del artículo 32, debe incluirse en el requisito de la “buena fe-fraude”, no sólo la actuación directa de fraude y la complicidad en el fraude (“*consilium fraudis*”), sino también la situación de “conocimiento del fraude”, ya que el que conociendo un fraude, realiza un acto está siendo cómplice en el fraude. Por esta vía —añade—, cabe una aproximación a la postura de la jurisprudencia del Tribunal Supremo» (cvas. del a.).

¹⁹⁴ Principalmente, en *La buena fe...*, cit., pp., esp. 1550-1586.

¹⁹⁵ LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., pp. 191-192.

¹⁹⁶ Para la conexión de la buena fe con la adquisición *a non domino*, y la exclusión de su necesidad fuera de ella, cfr. en la doctrina italiana, MENGONI: *op. cit.*, pp. 9-10: «Qualunque cosa si pensi circa il problema tecnico del collegamento tra *fattispecie primaria e pubblicità dell'acquisto immobiliare* [...] certo è che l'avente causa preferito acquista il diritto (in via derivativa) direttamente dall'alienante, contro il quale ha trascritto il suo titolo, e lo acquista indipendentemente dalla buona o mala fede, cioè dall'ignoranza o conoscenza in cui versaba, al momento del contratto, circa la precedente alienazione. Questo è un indice sicuro dell'estraneità dell'ipotesi al concetto di acquisto *a non domino*.». En la nuestra, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 240: «Por otra parte, este principio [el de buena fe] técnica e históricamente, acompaña a los *modos de adquirir* la propiedad. Pero el Registro español, por voluntad expresa de todos los legisladores en la materia —1861, 1869, 1909, 1936— ha sido colocado al margen y fuera de los modos de adquirir y dentro de los modos de proteger al tercero» (cva. del a.); ídem: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 597-598: «El tercero del artículo 32 no necesita más que un requisito: inscri-

tecaria, los requisitos en él exigibles al tercero deben determinarse de acuerdo con los que a éste se imponen en aquel sistema: le bastará, pues, con que inscriba su adquisición, no siendo necesario que ésta se haya realizado de buena fe, aunque —eso sí— exigiéndose que no se haya llevado a efecto en concierto fraudulento contra el comprador anterior. A esta segunda razón, tanto en sí misma como en sus ribetes y aderezos, limitaremos ahora nuestra atención, procediendo en su refutación por los pasos siguientes.

a) El sistema latino protege al tercero que inscribe sin exigirle el requisito de la buena fe; basta con que no haya procedido en concierto fraudulento al realizar la adquisición que inscribe ¹⁹⁷. Lo mismo deberá, pues, entenderse de nuestro artículo 32, teniendo en cuenta su procedencia latina.

Aunque no estaría completamente de más reparar algo en la dificultad de distinguir entre la adquisición de mala fe y la adquisición fraudulenta, y aunque la resistencia de la jurisprudencia francesa a la protección registral de las adquisiciones de mala fe, —en tanto que realizadas con conocimiento de la anterior no inscrita ¹⁹⁸—, debiera prevenirnos contra la aplicación automática a nuestro Derecho del modo latino de entender las condiciones de aplica-

bir. La onerosidad y la buena fe, conexas al momento adquisitivo, no se exigen en el artículo 32, que nada tiene que ver con la adquisición previamente consumada y que, por referirse precisamente a un sistema de prioridad entre títulos formados y perfectos con antelación, queda al margen del principio de buena fe». CARRETERO: *Retornos...*, II, p. 91: «La argumentación de la doctrina dominante española consiste en que la protección contra un *verus dominus* concedida a quien ha adquirido *a non domino* debe ser igual en ambos casos [...]. Pero yo entiendo modestamente que la desigualdad consiste precisamente en tratar igual a lo que es desigual. En el artículo 34, el tercero no es el dueño sino que lucha contra el dueño y es natural que se le proteja sólo con ciertos requisitos. En el artículo 32 el tercero no es el dueño para una concepción consensualística, pseudofilosófica y de gabinete de la transmisión inmobiliaria; pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos en los que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido».

¹⁹⁷ Cfr., por todos, TROPLONG: *op. cit.*, pp. 356-357: «On peut encore opposer à celui qui invoque une transcription, qu'elle a été faite de mauvaise foi. Mais qu'entend-on ici par mauvaise foi? Hâtons-nous de dire que la simple connaissance d'une vente antérieure, non transcrite, ne constitue pas en état de mauvaise foi celui qui achète de nouveau le même immeuble [...]. Mais si le second acheteur avait participé à une fraude machinée par le vendeur, pour tromper le premier acheteur; si celui-ci avait été victime moins de sa négligence que d'une manoeuvre concertée par le vendeur, de complicité avec le second acheteur; dans ce cas, il serait impossible de laisser la transcription couvrir un acte de la plus insigne mauvaise foi».

¹⁹⁸ Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 586 y 591: «[...] il est, d'ailleurs, difficile —dice en la primera— de distinguer la fraude a la simple mauvaise foi», y lo desarrolla en la segunda: «Comment distinguer la fraude de la simple mauvaise foi du second acquéreur? Lorsque, connaissant la première vente et l'absence de publicité, le second acquéreur a consenti à acquérir, il a connu, tout aussi bien que le vendeur, le préjudice que son acte était susceptible de causer à l'acheteur premier en date; l'acte est passé en fraude des droits de cet acheteur. On n'est donc pas étonné de constater que plusieurs décisions [de la jurisprudencia francesa] qualifient fraude la simple connaissance du titre antérieur».

ción del principio de inoponibilidad registral, nuestro argumento ahora va a limitarse escuetamente en este primer paso al núcleo de la razón esgrimida. El dato de que el modelo francés prescindiera de la buena fe del adquirente: ¿obliga por sí mismo, y sin más, a entender que nuestro legislador prescindió igualmente de él ¹⁹⁹? La respuesta tiene que ser negativa. No sólo porque, en general, la inspiración en modelos y precedentes determinados no impone la necesidad de su exacta reproducción, sino, además, porque concretamente nos consta la ponderación y creatividad con que los autores de la Ley Hipotecaria procedieron en la edificación de nuestro sistema registral ²⁰⁰. Que en materia de buena fe se apartaron del modelo francés consta positivamente por las reiteradas referencias que a ella se hacen en la Exposición de Motivos de 1861, y, lo que más importa, por la indicación de su necesidad en el preciso punto de la protección del comprador posterior que se adelanta a inscribir frente al anterior que no lo hizo ²⁰¹. Ante afirmaciones tan claras y repetidas, supuesta la libertad de modificación del sistema seguido, y constandingo el propósito de los autores del nuestro de adaptar su obra a nuestro estilo y tradiciones, poco puede decidir el hecho de que los más señalados exponentes del sistema latino prescindan de la buena fe del tercero que inscribe. Mucho menos, cuando nuestro legislador estaba actuando con criterio propio en tema tan próximo con el que aquí tratamos como el relativo al sistema transmisivo de los derechos reales. Mientras Francia se ufanaba de haber llevado a su Código el sistema racional e ilustrado de la transmisión pura-

¹⁹⁹ Parece suponerlo así la argumentación de CARRETERO: *Retornos...*, II, pp. 126-132.

²⁰⁰ Nos referimos a ello en nuestro trabajo *La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario...*, *passim*; baste ahora recoger el significativo testimonio de NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 141: «Presididos por Cortina, los autores de la Ley fueron un romanista —Gómez de la Serna— y un historiador —Cárdenas—. Acaso aquí resida el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu nacional».

²⁰¹ A muchos de esos textos de la Exposición de Motivos de 1861 nos referimos en *La peculiaridad...*, cit., pp. 33-38. Aquí nos vamos a limitar a reproducir uno: «En el interés de los que adquieren un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya inducido por error a otro a contraer acerca de la misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente. Fundada en estos principios, la Comisión ha formulado un artículo en que se establece que, inscrito en el Registro cualquier título traslativo de dominio, no puede inscribirse ningún otro de fecha anterior por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble. El que deja de inscribir el contrato anterior y da lugar a que el segundo se celebre e inscriba, no puede quejarse: la Ley presume que renuncia a su derecho en concurrencia con un tercero: éste no debe por la incuria ajena ser perjudicado, perdiendo la cosa comprada, o minorándose su valor por cargas reales que no pudo conocer oportunamente» (cva. n.). Sobre este mismo punto, y, más ampliamente, sobre la percepción de la buena fe como condición de protegibilidad en la doctrina simultánea al proceso de elaboración de la Ley Hipotecaria y en su debate parlamentario, vid. AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1560-1574.

mente consensual, nuestro legislador se mantiene fiel al clásico y tradicional del título y el modo; lo que, en orden al problema que aquí examinamos, justifica ya por sí mismo que, reconocida una mayor beligerancia a la posesión en el conflicto provocado por la doble venta, mayor haya de ser también la atención que en él se preste a la buena fe de los compradores en liza. En definitiva, pues, que el sistema latino prescinde de la buena fe del comprador que inscribe; pero que ello en nada fuerza a que lo mismo tenga que ocurrir necesariamente en nuestro Derecho. Por el contrario, en él todo habla a favor de la necesidad de este requisito.

b) No obstante la claridad y reiteración de las referencias a la buena fe como condición de protegibilidad registral en la Exposición de Motivos de 1861 y en la explicación de la Ley por sus principales autores, los dualistas radicales, obstinados en el apriorismo de su necesaria exclusión, terminan por despeñarse en afirmaciones tan palmariamente gratuitas como fácilmente refutables. Las referencias a la buena fe en la Exposición de Motivos –dicen– nada probarían por sí mismas; semejantes a ellas podrían encontrarse otras tantas en los autores franceses e italianos, sin que ello desmienta la realidad de un sistema de protección registral al adquirente que inscribe sin supeditación a su desconocimiento de la adquisición anterior no inscrita ²⁰². Lo que, por encima de tales genéricas referencias debe contar –dice Núñez Lagos– es que el silencio del originario artículo 23 de la Ley Hipotecaria acerca de la buena fe debe interpretarse, no como inadvertida laguna sino como testimonio y prueba de su deliberada y consciente exclusión. Serna, buen conocedor del sistema belga y de las razones que en él se habían esgrimido para no hacer depender la protección registral de la buena fe del adquirente que inscribe, habría trasladado a nuestra Ley ese mismo criterio de solución ²⁰³. Para Carretero, por su parte, la mala fe que a nuestro legislador preocupaba y pretendió excluir, no fue la del adquirente que con conocimiento de la trans-

²⁰² Cfr. CARRETERO: *Retornos...*, II, p. esp., 128: «Las frases de la Exposición de Motivos y de Gómez de la Serna no deben impresionarnos, porque otras muy semejantes se encuentran prodigadas en los tratadistas franceses e italianos cuando tratan de encontrar el fundamento y justificación de la prevalencia del primer transcribiente, sin que esas frases enturbien lo más mínimo las afirmaciones expresas, claras e indiscutidas de que el tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión».

²⁰³ NÚÑEZ LAGOS: *El Registro...*, cit., pp. 239-240: «Por otra parte, los redactores de la Ley Hipotecaria, al redactar el artículo 32, no solamente prescindieron, sino que teniendo en cuenta, lo rechazaron, del requisito de la buena fe.

En efecto, tuvieron de modelo el artículo 1.º de la Ley belga de 1851, cuya génesis y antecedentes conocía maravillosamente Gómez de la Serna. El tercero, según la Ley belga, debe haber contratado *sin fraude*. Estas palabras no existían en la redacción primitiva del

misión anterior se adelanta a inscribir la suya, sino la del primer adquirente que mantiene en la clandestinidad su derecho para sacarlo posteriormente a la luz en connivencia dolosa con el vendedor cuando ambos se encuentran en situación de insolvencia ²⁰⁴.

Ninguna de estas afirmaciones –así es forzoso decirlo– resiste el más mínimo análisis. Y no solamente porque la reiteración y evidencia con que en la Exposición de Motivos se exige la buena fe del adquirente que inscribe constituyen un dato que insoslayablemente se impone al intérprete, sino porque una y otra encuentran su inequívoco y contundente desmentido en los comentarios de Gómez de la Serna. Baste repetir contra la gratuita afirmación de Núñez Lagos ²⁰⁵ el categórico testimonio del más autorizado comentarista de la Ley Hipotecaria; el mismo, además, que según Núñez Lagos, habría decidido la exclusión del requisito de la buena fe: *no hay un solo artículo en la Ley que favorezca al adquirente de mala fe* ²⁰⁶. Ninguno; tampoco, por tanto, el originario 23, actual artículo 32, cuyo silencio, muy en contra de lo aventurado por Núñez Lagos, debe ser interpretado precisamente en sentido contrario: se omite la referencia negativa al fraude porque positivamente se exige la buena fe del adquirente que inscribe: *sólo el adquirente de buena fe –dice Serna– puede obtener victoria contra el dueño cuando éste dejó de inscribir oportunamente su título de propiedad, dando lugar a que aquél se anticipase a inscribir el*

proyecto. Fueron introducidas por el Parlamento a consecuencia de la discusión tenida por M. Jullien con el Ministro de Justicia.

Pero el mejor comentarista de la Ley belga, Marton, tan conocido de Gómez de la Serna (ob. cit., tomo I, p. 85), criticó la innovación diciendo:

“Este sistema –sin fraude– *no está en armonía con los principios de la ley nueva*. Fundado sobre una base errónea, recela peligros que la práctica no tardará en hacer sensibles. Se dirá que es preciso evitar que un adquirente de buena fe sea eviccionado por un adquirente posterior obrando en complicidad con el vendedor. Mas ¿qué es lo que impide al primer adquirente ponerse en regla? La formalidad que le está prescrita está dictada por un interés de orden público. Si él la ha omitido, ¿a quién se puede quejar sino a él mismo? Evidentemente es su negligencia la que le habrá comprometido, no la severidad de la Ley. La seguridad de los terceros ¿puede ser completa en un sistema en el que sufren los efectos de actos no transcritos porque se declare, más o menos arbitrariamente, que aquellos terceros los han conocido? [...]. No hay fraude en aprovecharse de una ventaja ofrecida por la Ley, y es el primer adquirente quien debe imputarse a sí mismo, al no transcribir su título, no haber usado de una diligencia igual a la del adquirente posterior”.

Ante estos y otros razonamientos, la Comisión que redactó la primitiva Ley española prescindió, *a sabiendas y con deliberada intención*, de la frase “sin fraude” de su modelo, la Ley belga [...]» (cva. del a.).

²⁰⁴ CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 38: «La mala fe que preocupaba en 1861 era la del primer comprador que guarda su título para sacarlo a relucir después de la segunda venta, cuando él y su vendedor están en situación de insolvencia».

²⁰⁵ Una crítica a ella, en la reseña dedicada al estudio «El Registro de la Propiedad español» por Alberto BALLARÍN, en el *ADC*, 1949, pp. 676 ss., esp. pp. 682-686.

²⁰⁶ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 634.

*suyo*²⁰⁷. Y en cuanto a la tesis de Carretero sea suficiente indicar dos cosas: primero, que la preocupación del legislador por la ocultación dolosa de la primera adquisición, si a alguna parte debería llegar sería al establecimiento de la inscripción constitutiva: justo el extremo que nuestra Ley excluyó velando por la buena fe que entre sí se deben las partes contratantes y atendiendo a la función publicadora y *quoad tertios* de la publicidad registral²⁰⁸. Rechazado el valor constitutivo de la inscripción, y admitida, por consiguiente, la transmisión extra-registral de los derechos reales inmobiliarios, la única preocupación a la que hay que atender desde el punto de vista de la protección y aseguramiento del tráfico, es la referida a la adquisición de los derechos no inscritos; y, respecto a ella, la buena fe que interesa, en la perspectiva del artículo 32 o, lo que es lo mismo, de la doble venta, es la del adquirente posterior que inscribe. También en este punto el testimonio de Gómez de la Serna es contundente. Su lugar principal, el comentario al artículo 27: si el notario y testigos, no siendo en realidad «partes contratantes», tampoco van a entrar en el concepto del «tercero» registralmente protegible, es porque su conocimiento de la transmisión todavía no inscrita les impide ser protegidos al inscribir ellos a su favor otra posterior y en colisión con aquella: *No tiene buena fe—dice Serna*²⁰⁹*— el que habiendo presenciado el acto o contrato en virtud del cual uno se ha desprendido del dominio de la cosa, y sabiendo, por tanto, de ciencia propia, que corresponde al que delante de él la adquirió, la compra, o por cualquier otra clase de contrato la obtiene del antiguo dueño, con pleno conocimiento de que no lo es, y aprovechándose del descuido que tal vez tenga el primer adquirente en hacer la inscripción, se apresura a llevar la suya al Registro... Favorecer esta adquisición tan de mala fe en perjuicio del que adquirió la misma cosa con buena fe, no sería moral ni justo*. Es que en materia de protección registral y de condiciones de la misma, puede concluirse con Serna²¹⁰: *En una palabra, lo que establece la Ley es que aquello que por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique. ¿Puede*

²⁰⁷ GÓMEZ DE LA SERNA: *op. cit.*, p. 635.

²⁰⁸ Cfr. EM 1861, p. 236: «La Comisión ha considerado ante todo en la cuestión propuesta los principios de justicia; no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y los dos faltan al requisito de la inscripción deba ser de mejor condición el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma, y faltando a la buena fe, a la lealtad que se deben los contrayentes; buena fe que, en lugar de debilitarla, debe procurar el legislador favorecerla, en cuanto alcance».

²⁰⁹ SERNA: *op. cit.*, p. 587.

²¹⁰ SERNA: *op. cit.*, p. 635.

dudarse, a la vista de estos textos, que las referencias de la Exposición de Motivos a la buena fe son más que expresiones vacías, y que su objeto es el desconocimiento de la transmisión anterior por parte del tercero que inscribe la suya?

c) Una tercera forma de argumentar la innecesariedad de la buena fe en el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria ha consistido en la afirmación de que el sistema de la publicidad registral excluye la admisibilidad de la prueba del conocimiento extraregistral de los derechos inscribibles. Así como la inscripción de los derechos reales, al fundamentar su cognoscibilidad legal, permite la presunción *juris et de jure* de su conocimiento, su no inscripción fundamentaría una presunción –también *juris et de jure*– de efectivo desconocimiento de los mismos ²¹¹. Así lo exige –se dice– la solidez y eficacia de la función aseguradora del Registro, cuya efectividad resultaría mortalmente debilitada si entre los eslabones de acero que vendrían a ser la escritura pública y la inscripción registral, se admitiere como elemento de engarce el debilísimo eslabón de una buena fe sometida en su comprobación y negación a cualquier medio de prueba ²¹². El artículo 225 de la Ley, al establecer que la libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del Registro, constituiría la prueba legal de lo dicho: «al tercero solamente le perjudica el conocimiento que pueda tener a través de la certificación del Registro» ²¹³.

Es muy claro que quienes así interpretan nuestro sistema registral, no lo entienden como lo concibieron sus propios autores. Desde luego no estuvo en la mente de éstos esa presunción *juris et de jure* de desconocimiento de lo no inscrito, cuyo desmentido, por el contrario, sí que se encuentra expresamente formulado en los comentarios de Gómez de la Serna: *La ficción de la Ley que supo-*

²¹¹ Cfr. CARRETERO: *Retornos...*, II, p. 131: «En definitiva, todas las legislaciones latinas han partido de una protección enérgica al tercero inscrito que le dejase a salvo de peligrosas e inciertas pruebas sobre hechos psicológicos. Es un caso más del paso de la presunción *juris tantum* a la presunción *juris et de jure*, allí donde el juego de intereses presenta la gravedad suficiente como para que el principio de seguridad jurídica prevalezca sobre el de aparente justicia intrínseca».

²¹² CARRETERO: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 39: «Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe [...]. Ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extraregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero».

²¹³ Así, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 205 y, antes, 191-192.

ne que el tercero ignora lo que no consta en el Registro —dice²¹⁴— no puede ir tan allá que se ponga contra la realidad demostrada de las cosas. Esta afirmación basta por sí sola para retornar a la buena fe del tercero que inscribe y reconocerle la significación que constantemente le atribuyen los textos de la Exposición de Motivos de 1861. Pero es que, además, tal presunción tampoco sería deseable: el mero y tosco automatismo de la prioridad en la inscripción, cuando ésta se produce a sabiendas de que el derecho inscrito se adquiere de quien ya lo perdió, choca contra la Moral y el Derecho²¹⁵. Lo vimos ya en De la Serna: *Favorecer esta adquisición tan de mala fe [...] no sería moral ni justo*²¹⁶. ¿Que debilita la eficacia protectora de la inscripción? Mejor que debilitarla, la aquilata y pondera al supeditarla a la buena fe del adquirente que inscribe, y ello, sin merma de la función aseguradora del tráfico que el Registro asume como propia, ya que, obviamente, mientras la inscripción obtenida sin buena fe no haya sido objeto de contradicción registral —y a salvo, en su caso, lo ordenado en el artículo 207 LH— provocará a favor de terceros los efectos propios de la fe pública registral. Finalmente, deberá tenerse en cuenta que, en los términos absolutos en que se la propone, la presunción *juris et de jure* de desconocimiento de lo no inscrito choca frontalmente con el requisito legal de la buena fe en el ámbito de la fe pública registral; que la disposición contenida en el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, a pesar de su rigor literal, no puede ser entendida en forma que la ponga en contradicción con el dato legal cierto de la posible existencia y efectividad de derechos reales no inscritos; y, por último, que la pretendida presunción que aquí estamos combatiendo, sólo —si existiera— debería comenzar a actuar a partir de la registración de la finca objeto del derecho a que se refiriera y como medida de favorecimiento de la información que sobre ella publicara el Registro; no, en cambio, cuando todavía no hay dato registral cuya exactitud y vigencia pudiera ser desmentida por la reali-

²¹⁴ SERNA: *op. cit.*, p. 600; ídem: pp. 587-588: «[...] no puede decir el que ha presenciado un acto o contrato para corroborarlo con su testimonio, o para autorizarlo con la fe pública de que es depositario, que no tenía conocimiento de él porque no estaba en el Registro: esto sería sobreponer a la verdad, que aparece de un modo evidente y claro en una escritura pública, la ficción de la Ley, que supone que no se tiene conocimiento de lo que no consta en el Registro».

²¹⁵ Aunque disintiendo de su concepción monista, tenemos que estar aquí de acuerdo con ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, cit., p. 814: «La posición de los sistemas de transcripción carece en absoluto de consistencia, por ser sólo producto de una aplicación ciega del mecanismo de la prioridad en ocupar el puesto registral entre dos o más títulos incompatibles referidos a una misma finca o derecho real, exagerando la regla *prior tempore potior jure*, sin amansarla por la buena fe».

²¹⁶ SERNA: *op. cit.*, p. 587.

dad extra-registral, y ésa es precisamente la situación cuando inscribe el tercero de cuya buena fe aquí estamos tratando.

d) También es detectable en nuestra doctrina una línea de ataque al requisito de la buena fe que deriva ya casi en terrenos de la ironía: en la defensa a ultranza de la buena fe habría cierto ingrediente «sentimentalista»²¹⁷, y en su resultado, el absurdo de entender que, al exigirla, sólo nuestro sistema de protección registral escaparía a la tacha de injustos merecida por todos los demás al prescindir de ella²¹⁸.

A nosotros nos cuesta entender que la exigencia de la buena fe pueda considerarse debilidad o exceso sentimentalista, y que su carga moral recomiende camuflarla bajo alguna expresión más aséptica²¹⁹. El Derecho, sin confundirse con la Moral, tampoco puede ponerse en colisión con las percepciones más intuitivas y elementales de ésta. Preferimos, como más atinada, la actitud de quien elogia como «moralizador» al sistema registral que concede valor decisivo a la buena fe²²⁰, a la de quienes prescinden de ella tildándola de desvarío sentimentalista o cuestión de moralidad ajena al Derecho.

¿Que, al exigirla, únicamente nuestro sistema obtiene una justa fórmula de protección registral? Mejor que mejor. ¿Por qué vamos a rechazar la posibilidad de que nuestro peculiar sistema hipotecario conduzca a soluciones mejores que las de sus modelos? ¿Por qué razón tendríamos nosotros que haber seguido el modelo germánico de la inscripción constitutiva, cuando la publicidad es cuestión que interesa a los terceros y en el ámbito *inter partes* puede llevar, según razonaba la Exposición de Motivos, a maniobras contrarias a la buena fe? Y, adoptada la fórmula de la inscripción publicadora, ¿qué impedía que la inoponibilidad consiguiente

²¹⁷ Vid. CARRETERO: *Los principios...*, cit., p. 38: «Amorós, en plena vertiente sentimentalista (de la que habla López De Zavalía), cree que ni jurídica ni éticamente tiene hoy sentido, entre nosotros, que una persona quede inmune frente a derechos que conoce sólo porque sus titulares no hayan cumplido una formalidad estatal».

²¹⁸ CARRETERO: *op. cit.*, p. 39: «Creemos que si Amorós y la doctrina dominante española tuviesen razón, Alemania, Francia, Italia, etc., tendrían montado su Derecho inmobiliario sobre una colosal injusticia».

²¹⁹ Vid. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 187: «Desde luego que para tratar el requisito de la buena fe sin prejuicios, lo primero que debería hacerse es *cambiar de nombre dicho requisito*, y en lugar de denominarlo «buena fe», llamarlo *requisito del desconocimiento de otros títulos no inscritos*. Al menos por unos momentos, mientras es objeto de estudio y meditación. La terminología «buena fe» tiene una carga psicológica de cuestión de moralidad o inmoralidad, que no deja ver el bosque de problemas que se plantean a este propósito en el campo jurídico [...]».

²²⁰ Es el caso de JERÓNIMO GONZÁLEZ al enjuiciar el sistema registral suizo. Cfr. al respecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *El Código Civil suizo*, «Estudios de Derecho Hipotecario (Orígenes, sistemas y fuentes)», Madrid 1924, p. 152: «Y, por último, es moralizador y social en el noble sentido de la palabra, por el valor decisivo que concede a la buena fe [...]».

a su omisión se aquilatara limitándola a los terceros desconocedores del derecho no inscrito? Al concebir y alumbrar esta fórmula de protección registral, nuestro legislador supo atemperar los excesos y limar las aristas del modelo latino, estableció un criterio de solución adaptable a la justicia del caso ²²¹, evitó a nuestra jurisprudencia, —aunque no la de aclararlo, dado el laconismo del artículo 32— sí la necesidad de corregirlo en que se vio respecto al suyo la jurisprudencia francesa ²²² y, finalmente, conjugó con acierto el fomento de la publicidad al servicio de su función aseguradora del tráfico con las exigencias de la justicia limitando las ventajas de aquella a quienes realmente las merecen. En nuestro Derecho no es difícil explicar la protección del comprador posterior que se adelanta en la inscripción, sin tener que cerrar violentamente los ojos a la realidad de la adquisición anterior no inscrita y, gracias a la buena fe, sin tener que hacerlo a costa de una flagrante inmoralidad ante la que no quedaría sino la frívola y tan socorrida salida del «eso es otra historia» ²²³.

Terminamos. En la solución histórica y tradicional al conflicto de la doble venta, la Ley *Quotiens* exigió la buena fe del segundo comprador para que su adquisición prevaleciera contra la del anterior. Esta exigencia se mantuvo en del Derecho Común e Intermedio y concretamente en Francia hasta la Ley de la Transcripción ²²⁴. Será entonces cuando, al interferir la publicidad en el proceso de la transmisión negocial *inter vivos*, desdoblándolo según se la considere en la relación *inter partes* —donde basta el contrato— o frente a terceros —donde decide la inscripción—, será entonces, decíamos,

²²¹ Lo contrario de lo que resultaría de la exclusión de la buena fe. Cfr., al respecto CARRETERO: *op. cit.*, p. 39: «Ninguna legislación pretende proteger al tercero de mala fe. Pero todas pretenden proteger al de buena fe, con tal intensidad y fervor que para dejarle indemne de una eventual prueba amañada de mala fe llegan a proteger al tercero registral de mala fe. La protección de éste es un efecto reflejo (no directamente querido) de la protección a ultranza del tercero de buena fe».

²²² Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 590-592; MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.^o ed. Paris 1987, pp. 536-537; TENDLER: *La publicité foncière française face à l'harmonisation européenne*. La semaine Juridique, 1991, núms. 51-52, doctrine, p. 399.

²²³ Vid. FERRI: *op. cit.*, p. 48: «Per quanto riguarda in particolare i fatti illeciti [...], non vediamo come possa considerarsi ingiusta la prevalenza del secondo acquirente la quale è prevista nella legge stessa. Potrà essere iniqua o immorale: ma questo è un altro discorso».

²²⁴ Cfr. al respecto, POTHIER: *Oeuvres de POTHIER*, III, 1847. Reimp. Schmidt, Periodicals GMBH, 1993, III, p. 132: «De là il suit que si le propriétaire d'une chose, après l'avoir vendue à un premier acheteur sans le lui livrer, avait la mauvaise foi de la vendre et livrer à un second, ce serait à ce second acheteur que la propriété serait transférée: L. Quotiens, 5. Cod. de Rei vindic. Le premier n'aurait qu'une action personnelle contre le vendeur pour ses dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat; et il ne pourrait la répeler contre le second acheteur qui l'aurait achetée de bone foi, *in scius prioris venditionis*».

cuando se considere posible la preferencia del segundo comprador que se adelanta a inscribir, y la fundamentación autónoma de su adquisición, sin el auxilio de su buena fe. Pero ni la propiedad es un derecho relativo, ni la realidad de su transmisión puede desdoblarse. Transmitida una vez, no puede ser transmitida de nuevo en ámbito diferente. De ahí que si el segundo comprador merece ser considerado dueño no es porque en realidad haya adquirido regularmente del vendedor sucesivo, sino porque otras consideraciones de equitativa y ponderada justicia así lo justifican. Concretamente: la ponderación de su buena fe frente al descuido del primer comprador que le permitió poder desconocer la realidad de su adquisición y la pérdida de su condición de dueño por parte del vendedor. La instauración de la publicidad registral introduce en el entramado de este conflicto la única novedad de que el indicado descuido del primer comprador se materializa y concreta en la omisión de la inscripción que daría a su adquisición la publicidad reclamada por la seguridad del tráfico. Los demás ingredientes de su solución —concretamente, el requisito de la buena fe— no necesitan ser alterados. Producida extra-registralmente la transmisión de la propiedad, el tercero que la conoce, aun sin estar publicada, debe respetarla. En consecuencia, el segundo comprador que se adelanta a inscribir sólo merece ser considerado dueño en perjuicio del anterior, cuando al adquirir ignoraba la anterior transmisión a favor de éste; lo que es lo mismo: cuando adquirió de buena fe. Otra cosa es permitir que la inscripción sirva de parapeto y defensa del despojo ajeno. Así entendió Cárdenas el problema cuando todavía no podía encontrar inspiración para resolverlo en la francesa Ley sobre la Transcripción, y así pasó a nuestro Derecho la forma de su tratamiento: evitando el automatismo del principio de inoponibilidad de lo no inscrito cuando el adquirente anterior que no inscribió *pruebe que el adquirente que la tomó [la inscripción] tenía conocimiento de la enajenación primitiva, y había por lo tanto participado del fraude de su causante* ²²⁵. Sin necesidad de distinguir entre ausencia de buena fe y fraude, o implicado el fraude en la mala fe, el simple conocimiento de la transmisión anterior descalifica al segundo comprador que inscribe. En la cercanía de los hechos y desde la inmediata percepción de la justicia, la jurisprudencia ha sido aquí el más fiel intérprete de nuestro Derecho.

Muchas son las cuestiones que la buena fe puede plantear en su aplicación a la protección registral. Las trataremos, D. v., al ocuparnos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Aquí sólo hemos

²²⁵ CÁRDENAS: *Vicios y defectos...*, cit., p. 39.

pretendido argumentar su inclusión entre los requisitos exigidos para la protección del tercero en el artículo 32.

3. También el requisito de la onerosidad en la adquisición se presenta en nuestra doctrina como una cuestión polémica, aunque su discusión y argumentación no ha sido tan empeñada como la concerniente a la buena fe. El problema, acaso por la menor frecuencia de su aparición en la realidad de los casos, ha preocupado menos, y el tono ²²⁶ o los detalles ²²⁷ de su solución se mantienen a veces en el terreno de lo no definitivamente decidido, por dudoso y discutible.

La discusión consiste ahora en determinar si al tercero registralmente protegido por la vía del artículo 32 de la Ley Hipotecaria le basta simplemente con haber inscrito su adquisición, sea ésta onerosa o gratuita, o si, excluida la adquisición gratuita, necesita haber adquirido por título oneroso. El silencio del artículo 32 al respecto, más que resolver en sentido favorable a la indiferencia del carácter de la adquisición protegible, es el que suscita el problema, dejándolo sin respuesta en terrenos donde es posible la duda. Por varias razones: porque el simple silencio de la Ley —aquí como en lo relativo a la buena fe, según acabamos de ver— nada significa por sí mismo; porque el artículo 32 aparece en nuestro Derecho como la versión o el duplicado registral del 1473, II del

²²⁶ Vid. DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 474: «Sin embargo, así como en materia de buena fe, ésta resulta inducida de la totalidad del sistema, la falta de protección del tercer adquirente a título gratuito frente al titular no inscrito, no se ve ninguna razón especial para que resulte implícitamente. Más aún, si se tiene en cuenta que en aquellos casos en que la ley ha considerado necesario introducir la onerosidad como presupuesto de la protección registral lo ha hecho de una manera expresa [...]. La tesis según la cual el artículo 32 protege a los adquirentes sin necesidad de que su título sea oneroso recibe un cierto refuerzo en virtud de la consideración [...] de que la constitución de la hipoteca puede no obedecer a un título estrictamente oneroso y, sin embargo, no cabe la menor duda de que la protección del adquirente de la hipoteca ha sido siempre una de las finalidades esenciales del artículo 32»; MIQUEL: *El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm. 1, p. 58: «Aunque aquí el tema no es tan claro, se puede convenir en que la exigencia de título oneroso es adecuada a la idea de protección de la confianza y toma en cuenta la forma en que dicha confianza se invierte, es decir las consecuencias que tendría la frustración de la confianza para quien actuó conforme a ella».

²²⁷ Vid. AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 297-298: «Este planteamiento puede parecerse inicialmente válido y razonable. Pero la complejidad de casos que pueden entrar en la norma que comentamos, aconseja matizar un poco más la respuesta, analizando por separado los siguientes supuestos: [...] 3) El adquirente inscrito lo es a título gratuito y el no inscrito a título oneroso [...]. Aquí la cuestión es más dudosa [...]. No veo clara la aplicación analógica a este caso de la solución recogida en el artículo 34.3. De admitirse esa analogía, el adquirente a título gratuito no tendría más protección que la de su causante, a estos efectos es como si no fuera tercero, y frente a él sería válida y cronológicamente preferente la compra anterior. Me inclino a pensar que las cosas no deben ser así y que, a pesar de ser adquirente gratuito, el inscribiente debe ser preferido a quien no inscribió. Si no tenía conocimiento de ese acto previo que, según la regla general, no debe perjudicarle. Aunque el tema me sigue pareciendo dudoso por la distinta naturaleza de los intereses en pugna».

Código Civil, en el cual, obviamente, la adquisición auxiliada por la inscripción registral es una adquisición onerosa, y porque en nuestro ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria la onerosidad está expresamente elevada a condición de protegibilidad en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. ¿Deberá entonces ser integrado el 32 entendiendo necesario en él que la adquisición inscrita sea una adquisición onerosa?

Si, una vez planteado el problema, tratamos de orientarnos para encontrar su solución atendiendo al Derecho comparado, pronto comprobaremos que tampoco en él podremos contar con elementos decisivos. Es cierto y muy claro que el carácter gratuito de la adquisición no es obstáculo alguno a la virtud protectora del Registro ni en Alemania ²²⁸ ni en Suiza ²²⁹. Pero el dato dice poco a la solución de nuestro problema: el carácter constitutivo que a la inscripción registral se asigna en los Registros «germánicos», hace que en sus respectivos ordenamientos sea imposible el conflicto de adquisiciones extra-registrales que en el nuestro resuelve el artículo 32 de la Ley Hipotecaria en favor de la primera que se lleva al Registro. Por otra parte, el correctivo alemán a la protección de la adquisición gratuita (§ 816 BGB) deja en el intérprete la sensación de que en tal Derecho, dicha protección, más que pretendida y querida en sí misma, termina por ser algo impuesto como indeseada pero inevitable consecuencia de los presupuestos del sistema, forzado en este punto a desviarse de su precedente prusiano ²³⁰.

²²⁸ Cfr. por todos, WOLFF-RAISER: *Derecho de Cosas*, «Tratado de Derecho Civil», ENNECERUS-KIPP-WOLFF, III, 3.ª ed., Barcelona 1971., I, 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 ha obrado de mala fe. El C. c. ha rechazado este principio; la fe pública del registro ampara también al adquirente gratuito».

²²⁹ Cfr. DESCHENAUX: *Le Registre foncier*, cit., p. 632: «Il s'agit avant tout –dice, refiriéndose al artículo 973 del Código Civil suizo– du transfert 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». Al respecto, en nuestra doctrina, SERRANO SERRANO: *El Registro de la Propiedad en el Código Civil Suizo*, Anales de la Universidad de Valladolid 1933-34, nn. p. 37.

²³⁰ Vid., de nuevo, WOLFF-RAISER: *op. et loc. ant. cit.*: «Pero está obligado personalmente a devolver lo adquirido [el adquirente por título gratuito amparado por la fe del Registro], mientras que en la adquisición onerosa responde el que dispone y no el adquirente (§ 816)». En nuestra doctrina, se refiere a los presupuestos que en Derecho alemán llevan a la protección registral del donatario, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 7.ª ed., Madrid 1979, p. 718, «Este criterio del Derecho alemán obedece principalmente a la consideración de que en las adquisiciones por negocio jurídico, el acuerdo real o negocio traslativo es de carácter abstracto y en el Registro no consta el negocio causal correspondiente» (cva. del a.); indica lo indeseado del resultado, CARRETERO: *Retornos ...*, cit., pp. 132-133: «Parte de la doctrina alemana se muestra partidaria del criterio del anterior Derecho prusiano, que es también el de nuestro artículo 34, de proteger solamente al adquirente a título oneroso, soslayando la dificultad de los negocios mixtos mediante una presunción de onerosidad. El distinto régimen de la acción de enriquecimiento injusto, según sea el adquirente a título

No siendo constitutiva la inscripción en nuestro Derecho, más interés podría tener para nosotros el dato «latino» comparado; pero, por su variabilidad ²³¹, tampoco es decisivo. Es verdad que en Italia siempre se extendió la protección registral al adquirente tanto por título oneroso como gratuito ²³², pero en el arquetípico modelo francés hay que esperar a 1935 para que el donatario y los legatarios particulares sean admitidos en el círculo de los terceros beneficiarios de la protección registral ²³³. En 1855, la Ley de Transcripción, por regla general, los había dejado fuera ²³⁴.

En consecuencia, pues: que la exigencia de onerosidad en el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria se presenta como cuestión no legalmente resuelta, al menos de modo expreso y claro, y que el Derecho comparado da testimonio de la posibilidad de resolverla en uno u otro sentido. En la duda sobre la extensión del principio de inoponibilidad a las adquisiciones gratuitas —allí donde la cuestión puede plantearse, esto es: en los sistemas de inscripción no constitutiva— se ventila una cuestión de libre política del Derecho a

gratuito u oneroso, demuestra que la fe pública registral se hubiera limitado a las adquisiciones onerosas si no fuese por lo incierto e impreciso que es el límite entre ellas y las gratuitas».

²³¹ Forzoso es, a su vista, tener que disentir de CARRETERO: *Retornos...*, cit., p. 133: «Los sistemas latinos nunca han exigido este requisito a su tercero», dice, refiriéndose al requisito de la onerosidad.

²³² Vid. artículo 1942 del viejo *Codice* de 1865: «Le sentenze e gli atti enunciati nell'articolo 1932 sino a che non siano trascritti, non hanno alcun effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato e legalmente conservato diritti sull'immobile [...]» y 2644 del vigente: «Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi [...]». En la doctrina, FERRI: *op. cit.*, p. 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».

²³³ Cfr. MAZEAUD: *op. cit.*, p. 596: «Le décret-loi du 30 octobre 1935 —donc les dispositions ont été précisées par le décret de 1955—, en faisant du légataire particulier un tiers au sens du droit commun, 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; le légataire particulier, s'il était un tiers à l'égard d'une donation, ne l'était donc pas relativement aux actes visés par la loi de 1855. Le décret-loi de 1935, en soumettant les legs particuliers à publicité, a fait du légataire particulier un tiers au sens du droit commun de la publicité, et le décret de 1955 a expressément consacré cette solution». Sobre ello, en nuestra doctrina, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «*El sistema registral francés*», RCDI, 1963, p. 771: «c») *No se requiere que la adquisición sea a título oneroso*. La transmisión no inscrita es inoponible incluso al adquirente del mismo inmueble por legado particular hecho por el causante en testamento posterior a la enajenación».

²³⁴ Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, pp. 312-316, esp., p. 314: «Et comme l'article 11 de notre loi [la Ley sobre la Transcripción, de 23 de marzo de 1855] déclare ne pas déroger aux dispositions du Code Napoléon sur la transcription des donations; comme, par conséquent, l'article 1072 subsiste dans toute sa force, malgré cette loi, ou, pour mieux dire, avec la volonté de cette loi, il s'ensuit qu'aujourd'hui, comme sous le pur empire du Code Napoléon, 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 droits qu'ils n'en a lui-même».

cuya solución pueden contribuir atendibles consideraciones de equidad ²³⁵, pero nunca con el peso de las de índole jurídico-moral que, de una u otra forma, terminan por imponer el requisito de la buena fe.

Planteado así el problema, y a la vista de los datos ofrecidos por el Derecho comparado, ¿qué decir sobre el requisito de la onerosidad en el artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria? En la respuesta doctrinal a esta pregunta las cosas se presentan en forma sustancialmente idénticas a como las hemos visto en materia de buena fe. Aparte, naturalmente, el reconocimiento de su exigencia impuesto a los monistas por su interpretación de la relación existente entre los artículos 32 y 34 ²³⁶, la opinión de los dualistas se encuentra dividida: frente a la negativa de los «radicales» en su empeño por contraponer y distanciar a los dos terceros protegidos por la publicidad registral ²³⁷, la tesis de los «moderados» propugna su necesidad ²³⁸, aunque no siempre con igual convicción ni con el carácter tan absoluto con que se defendió y sostuvo el requisito de la buena fe ²³⁹. Pues bien, también aquí nosotros nos alineamos con los dualistas moderados, y, concretamente, con la opinión que entiende ser siempre necesaria la onerosidad en la adquisición protegida por el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Creemos que nuestro ordenamiento ofrece razones más que suficientes para adoptar esta postura, y que son muy frágiles, en cambio, las que en contrario se aducen.

La exigencia de la onerosidad en el artículo 32 se justifica positivamente si se entiende, de una parte, que la traída de este requisito, expresamente, a la Ley Hipotecaria en 1877 —como la posterior de la buena fe, de la que tampoco se hacía mención expresa en 1861— no vino a suponer cambio de criterio alguno, sino simple explicitación de lo que inicialmente ya sobreentendía la Ley ²⁴⁰; y,

²³⁵ «Partiendo de la razón de equidad en que se funda la exclusión de los adquirentes a título lucrativo [...], dice Sanz Fernández: *op. cit.*, p. 428.

²³⁶ Cfr., por todos, ROCA SASTRE: *El problema...*, cit., pp. 825-826.

²³⁷ Principalmente, los ya vistos: NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad ...*, cit. pp. 238-239 y *Tercero y fraude...*, cit., pp. 597-598 y, especialmente 609-611; CARRETERO: *Retornos ...*, II, cit., pp. 132-133 y *Los principios hipotecarios ...*, cit., pp. 37-38, y GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 181 ss. Con anterioridad a ellos, MORELL: *Tercero ...*, cit., p. 24. Posteriormente, entre quienes se inclinan por la negación del requisito de la onerosidad en el artículo 32 LH, Díez-Picazo: *Fundamentos ...*, cit., pp. 473-474.

²³⁸ Vid., como más significados, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 191-192, y AMORÓS: *Comentarios...*, cit., pp. 297-298.

²³⁹ Así ocurre en AMORÓS: *op. cit.*, p. 298, cuando se inclina, con dudas, a admitir la protección del donatario que inscribe contra el adquirente por título oneroso que no inscribió, y cuando concluye: «De donde resulta que también el adquirente gratuito puede resultar protegido a través del juego de los artículos 606 C. c. y 32 L. h.».

²⁴⁰ Pueden aducirse a favor de esta opinión las palabras de Permanyer contestando a Marichalar en la discusión de la Ley ante el Congreso (cfr. *Leyes Hipotecarias y Registra-*

de otra, que aunque introducido concretamente en el artículo 34, el ámbito de su exigencia es co-extenso con el de la protección registral, e independiente, por tanto, de la distinta forma en que ésta se lleve a cabo. Ambas afirmaciones encuentran su fundamento en un mismo argumento: el requisito de la onerosidad responde a la razón de equidad que recomienda dar preferencia al que va a sufrir un daño frente al que sólo se propone un lucro; justo el principio que llevaba a Troplong a razonar la negación de la protección registral al adquirente gratuito en la Ley de Transcripción de 1855²⁴¹, y que Gómez de la Serna veía aplicado en el artículo 37.2.º de nuestra Ley Hipotecaria²⁴². A nadie se ocultará la importancia de esta doble cita. La primera demuestra a las claras que no hay relación de necesidad alguna que obligue a extender la fórmula latina de la protección registral a las adquisiciones gratuitas, y la segunda per-

les de España. Fuentes y Evolución, I, ICN de Resitradores 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?». Así, en la doctrina, aunque refiriendo el requisito de la onerosidad al artículo 34, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario ...*, 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. Sin embargo, la Ley de 17 de julio de 1877 eliminó toda duda en este punto al exigir formalmente esta circunstancia» (cvas. del a.). La opinión contraria, en GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar, I*, 2.ª ed., Madrid 1890, p. 492, quienes consideran la introducción de la onerosidad en el texto de la Ley como «gravísima innovación»; NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 609; SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones ...*, I, cit., p. 399.

²⁴¹ TROPLONG: *op. cit.*, p. 315: «Mais il est évident que, si le donataire est impuissant en face d'un donataire premier en date qui n'a pas transcrit, il est encore plus faible en présence d'un acheteur dont le titre n'a pas été publié; car entre deux contendants, dont l'un *certat de lucro captando*, tandis que l'autre *certat de damno vitando*, le litige n'est pas difficile à vider en faveur du second».

²⁴² SERNA: *op. cit.*, pp. 650-651: «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».

mite entender que, no obstante el silencio de los originarios artículos 23 y 34 de la Ley Hipotecaria, la exclusión de tales adquisiciones, ausente en la letra de la Ley, estaba en la mente de sus autores; apenas éstos se representaron concretamente el caso, dejaron constancia del sentido y fundamento de su solución.

Pero la indicada situación de silencio legal ya pasó. Primero, por la introducción del requisito en la reforma de 17 de julio de 1877; después, por su ratificación en la de 1944-46. La exigencia de la onerosidad está ya expresamente impuesta en la Ley, aunque se nos podrá objetar: ¿con carácter general, o ceñida sólo al ámbito del precepto que la formula, esto es: al de la fe pública registral? Lo que así se plantea no es más que el problema sobre la posibilidad de la analogía entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, y en su solución, a nuestro juicio, hay que distinguir. Entre los indicados preceptos hay puntos de identidad y puntos de contraste. Uno y otro amparan al adquirente que inscribe, pero cada uno lo hace con fórmula propia e inspirada en supuestos y razones distintas. El primero, atendiendo a la prioridad en la inscripción, hace prevalecer el título inscrito sobre el que no se inscribió; el segundo, atendiendo al dato de la previa inscripción, protege a quien adquiere confiando en ella y a su vez inscribe. Es claro que entre ambas fórmulas hay elementos diferenciadores y puntos de contacto, pero lo que sobre todo interesa destacar es que, por encima de unos y otros, las dos persiguen una misma finalidad: asegurar el tráfico inmobiliario poniendo a su servicio el instrumento de la publicidad registral; dicho de otra forma: salvar con la ayuda del Registro adquisiciones que sin tal ayuda resultarían ineficaces. A partir de esta constatación, la conclusión en orden al problema antes propuesto discurre ya por sí sola: en lo que hay de común en los artículos 32 y 34, concretamente, en lo que su finalidad tiene de trascendente a la peculiaridad de uno y otro, no hay obstáculo alguno que pueda impedir el juego de la analogía ²⁴³. Lo

²⁴³ Entre los dualistas, favorables a dicha analogía, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 192: «[...] Ni tendría razón de ser la exención de buena fe y onerosidad en unos casos sí y en otros no, cuando la situación de intereses es la misma en todos [...]»; y con algunas reservas, AMORÓS: *Comentarios ...*, cit., p. 297: «En principio podría pensarse que el tercero del artículo 606 debe ser adquirente a título oneroso [...]. No sólo por una posible analogía con el artículo 34 L. h., a pesar de estar inspirado en un principio distinto, por cuanto parecen regularse en dicho artículo y en forma más explícita las condiciones de protección del tercer adquirente [...]». Contrarios, NÚÑEZ LAGOS: *El Registro ...*, cit., pp. 238-239: «Los requisitos de la *onerosidad* y *buena fe* no se exigen al tercero del artículo 32 y concordantes de la Ley. No cabe la analogía con el artículo 34, de otra contextura técnica»; CARRETERO: *Retornos ...*, cit., p. 133: «Yo no veo tal razón de analogía, porque ninguna legislación extranjera ha partido de ella y es demasiado aventurado imaginar que dormite tanto legislador»; e, implícitamente, GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 183: «[...] *el requisito de la onerosi-*

prueba, de hecho, el dato ya indicado de que Troplong exigiera para la protección registral francesa la misma onerosidad que nuestro Derecho exige para la aplicación del principio de fe pública registral, alegando además, concretamente, que la protección del donatario es extraña a las exigencias de seguridad del tráfico que justifican la instauración del Registro²⁴⁴.

Frente a esta justificación del requisito de la onerosidad en el artículo 32 poco pueden valer las razones que en contra de él se han aducido. Veámoslo atendiendo separadamente a las que requieren alguna forma de refutación o de respuesta.

Que al exigir la onerosidad nos quedamos solos en Europa²⁴⁵. Sencillamente, el dato no es rigurosamente cierto: ahí está hoy para demostrarlo el artículo 1072 del Código Civil belga²⁴⁶. Más allá de este dato, y yendo más al fondo de la objeción, parece ser que lo que con ella se nos quiere decir es que en los dos sistemas europeos, tanto en el germánico por obra de la inscripción constitutiva, como en el latino al someter la inoponibilidad al solo requisito de la inscripción del derecho que de ella se beneficia, la eficacia protectora del Registro se extiende a las adquisiciones sin diferenciarlas por su carácter oneroso o gratuito²⁴⁷. Sin perder de vista que, como ya se ha indicado, no siempre es rigurosamente así, añadamos todavía que el hecho

dad sólo es exigible en el supuesto del artículo 34 LH, porque, como se trata de un caso de nulidad o de resolución, hay que extremar las precauciones y los requisitos antes de admitir la adquisición a non domino. Pero nada de esto hay en el artículo 32, en que hay simplemente un conflicto entre la publicidad registral y la clandestinidad, respecto al cual para nada cuenta el problema de la contraprestación onerosa» (cvas. del a.)

²⁴⁴ TROPLONG: *op. cit.*, pp. 315-316: «Évidemment, il ne faut pas qu'un défaut de formes suffise pour décider entre deux personnes dont les situations sont si différentes. Qu'a voulu la loi? Favoriser les placements sur la propriété, faciliter son mouvement, éclaircir les positions aux yeux des acquéreurs et des prêteurs. Ce serait la détourner de son but que de la faire servir à consolider les donations, au préjudice des ventes antérieures; ce serait prêter soutien à la fraude du vendeur, et corroborer des libéralités qui, aux yeux du droit et de la morale, ont toujours été plus que suspectes». En nuestra doctrina, Díez-Picazo, no obstante haberse mostrado favorable a la protección del adquirente por título gratuito en el artículo 32, admite *—op. cit. p. 461—* que la imposición de la onerosidad en el 34 «se justifica por la falta de necesidad de protección especial para los adquirentes a título gratuito».

²⁴⁵ La objeción se puede ver en CARRETERO: *Retornos ...*, II, cit., p. 133: «Toda Europa está conforme, según creemos, en que el Registro protege al donatario que se adelanta a inscribir igual que al segundo comprador», y en GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 186: «[...] en el Derecho comparado, no se exige nunca la onerosidad. En los sistemas germánicos, porque siguen el criterio de la inscripción constitutiva, para la cual es indiferente la adquisición onerosa o gratuita. Y en los sistemas latinos de inoponibilidad, porque ningún país exige que el adquirente sea oneroso (así, Francia, Italia)» (cva. del a.).

²⁴⁶ «Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait las disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas —dice el precepto—, opposer aux appelés le défaut de transcription ou inscription».

²⁴⁷ Además del texto de García García antes citado, cfr. CARRETERO: *op. cit.*, p. 132: «Los sistemas latinos nunca han exigido este requisito a su tercero. Esto concuerda con las legislaciones germánicas que nunca han sustraído los negocios jurídicos gratuitos del principio de inscripción constitutiva».

de que nuestro ordenamiento inmobiliario sea singular en este punto no tiene por qué llevarnos a la conclusión de que sea aberrante, o de que es equivocada la interpretación que lo lleva a su singularidad.

La limitación de la protección registral a las adquisiciones onerosas en los sistemas de inscripción declarativa o publicadora es pura cuestión de libre decisión legislativa como demuestra claramente el caso francés; y cuando en los sistemas germánicos los propios presupuestos del sistema llevan a prescindir de ella, la obligación de restitución impuesta en el Derecho alemán (§ 816 BGB²⁴⁸) al donatario protegido por la inscripción muestra bien a las claras la inconsistencia en justicia y de fondo de dicha protección. En nuestro Derecho, sin inscripción constitutiva y con transmisión causal, nada impone la extensión indiferenciada de la protección registral a las adquisiciones tanto onerosas como gratuitas, y en la posibilidad de distinguir y ponderar, con pleno derecho a hacerlo y con apoyo en un motivo de equidad más que suficiente, nuestro legislador decidió limitarla a las onerosas. ¿Qué hay de criticable en ello?

¿Que sin la intermediación del fraude no puede el Derecho negar su protección al donatario, y que por tal razón la Ley Hipotecaria de 1861 mantuvo enquistada en el artículo 37 la exclusión de las adquisiciones gratuitas, sin llevarla al 23²⁴⁹? Sin necesidad en cuanto al primer punto de remontarnos al Derecho histórico, baste tener en cuenta que al tiempo de la elaboración de la Ley Hipotecaria había ya conciencia clara de que el criterio que otorga preferencia a quien pretende evitar un daño sobre quien pretende la obtención de un lucro era algo más que una medida de excepcional y muy rara aplicación²⁵⁰. Por otra parte, admitiendo, como no puede ser de otra forma, que al donatario, por el solo hecho de serlo, no se le puede privar de la protección de su derecho²⁵¹, lo que de ahí no

²⁴⁸ BGB, § 816, (1) : «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 einem rechtlichen Vorteil erlangt».

²⁴⁹ La objeción es ahora de NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude ...*, pp. 610-611: «La gratuidad elimina la protección únicamente cuando se obtiene provecho del fraude de que otro ha sido víctima. ¿No sería éste el criterio de los autores de la Ley? El artículo 36 primitivo es un calco del 23 (primitivo) hoy 32. El 37 sigue la misma traza con signo contrario, y, sin embargo, teniendo los autores de la ley presente un artículo para redactar el otro, en vez de generalizar el criterio de la gratuidad a toda adquisición del tercero del 23 y del 36 (primitivos), queda la gratuidad enquistada únicamente en la acción pauliana. En la mente de los autores de la Ley de 1861 estaba claro que la *gratuidad* (cva. del a.) no era aplicable al tercero del artículo 23, hoy 32».

²⁵⁰ Recordemos las palabras de SERNA: *op. cit.*, p. 651: «Ni es infrecuente en el derecho dar preferencia al que va a sufrir un daño sobre el que sólo se propone un lucro».

²⁵¹ Lo aduce Núñez Lagos: *op. cit.*, p. 610: «La gratuidad por sí sola no es bastante motivo para negar una protección».

puede deducirse es que tal protección sólo pueda perderse cuando a través de la donación el donatario obtiene provecho del fraude padecido por otro; sobre todo, si con esa deducción se pretende limitar el sacrificio de la donación sólo al caso singular y típico de la acción pauliana contra el fraude de acreedores. Lo que sí puede concederse es que la donación sólo deberá ser sacrificada cuando el interés del donatario –legítimo en sí mismo abstractamente considerado– entra en conflicto con el derecho que otro u otros pudieran tener contra el donante (*nemo liberalis nisi liberatus; locupletari nemo debet cum alterius iactura*). Y es el caso que tal conflicto se produce no sólo cuando el donante dispone por encima de sus posibilidades sino también, y más hirientemente, cuando dona lo que ya ha transmitido a otro, provocando, justo entonces, el conflicto que, sin declaración expresa en la Ley de Transcripción, resolvía Troplong, interpretándola, negando al donatario la protección que la inscripción otorga al adquirente por título oneroso ²⁵².

¿Que por qué, entonces, la exclusión de la adquisición gratuita se formuló en el artículo 37 de nuestra originaria Ley Hipotecaria y no en el 23? Es verdad que aquí sólo caben conjeturas ²⁵³, pero la más probable no es, a nuestro juicio, la que derive en la exclusión del requisito de la onerosidad como condición general de protegibilidad registral, sino la que explique el silencio del artículo 23 al respecto, de una parte, por el carácter principal de éste –tan evidente, ya lo hemos notado, que hasta omite el requisito de la inscripción de la adquisición protegida–, y, de otra, en el hecho de que los autores de la Ley no se representaron el problema del conflicto entre la donación inscrita y otros derechos contra el donante al tiempo de formular el efecto central de la publicidad, sino al aquilatarlo en el supuesto de su principal y más típica aparición: el del fraude de acreedores. Por ello fue entonces cuando, sin más –sin necesidad de concierto fraudulento– negaron protección al donatario, aunque hubiera inscrito su adquisición; lo que Gómez de la Serna justificó, como ya hemos visto, invocando el conocido principio *anteponendus*... De acuerdo con lo dicho, pues, no creemos

²⁵² Vid. TROPLONG: *op. cit.*, además de en el texto ya visto de la p. 316, en los siguientes, de la p. 539: «366. 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, conformément à la théorie posée par le Code Napoléon, et appuyée sur l'article 1072 de ce même Code. Puisqu'il n'est pas dérogé au Code Napoléon, en ce qui concerne la transcription des donations, il faut maintenir, sous la loi du 23 mars 1855, cette disposition du droit antérieur» y 367, «Nous avons même vu ci-dessus que, par suite, un donataire postérieur ne peut opposer le défaut de transcription à un acquéreur antérieur».

²⁵³ Viene a reconocerlo Núñez Lagos: *op. cit.*, p. 610, cuando a la vista del dato legal se pregunta: «¿No sería éste el criterio de los autores de la Ley?».

que pueda negarse la exigencia de la onerosidad en el artículo 32 tildándola del «tópico»²⁵⁴, o invocando el valor y eficacia de la donación como título adquisitivo tan legítimo como cualquier otro²⁵⁵. Son Serna y Troplong quienes, como ya hemos visto, apelan a tal principio, y la donación es, sin duda, título adquisitivo legítimo, pero más débil que el título oneroso²⁵⁶.

Tampoco, a nuestro juicio, es objeción suficiente al requisito de la onerosidad en el artículo 32 el dato de que la afirmación de su exigencia como condición necesaria para lucrar la protección del Registro se llevara a cabo en la reforma de 1877 en el artículo 34, y que allí se la mantuviera en 1946. Si tal exigencia no es de aplicación exclusiva en el ámbito de la fe pública registral, se pregunta Núñez Lagos²⁵⁷, ¿por qué no se la formuló e introdujo en el originario 23, tantas veces considerado como el fundamental de la Ley? Desde luego, ésa fue la consideración en que se tuvo al artículo 23 en los primeros momentos, pero el simple hecho de que el requisito de la onerosidad se introdujera en el 34 no debe llevar por sí solo a entender que únicamente en él resultara legalmente exigido. El originario artículo 23 cedió muy pronto su protagonismo al 34, precepto que vino a atraer y concitar las críticas más acerbadas y acaloradas al régimen novedoso de la publicidad registral²⁵⁸ y las que

²⁵⁴ Lo hace García García: *op. cit.*, p. 183: *La exigencia de la onerosidad en el tercero del artículo 32 responde a un tópico difícil de superar [...]. Respecto a ese tópico de la onerosidad, hay que tener en cuenta lo siguiente [...]. Que si fuera cierto el tópico de la onerosidad, la lógica consecuencia sería resolver el conflicto de la doble venta, no atendiendo al criterio objetivo de la publicidad registral en caso de inmuebles [...] sino del criterio de la mayor contraprestación. Habría que dar preferencia al comprador que más haya pagado al vendedor, criterio éste que nadie defiende por absurdo, pero que revela lo absurdo del criterio de atender a la idea de la contraprestación» (cvas. del a.).*

²⁵⁵ Argumento, también, de García García contra el «tópico de la onerosidad»: *op. cit.*, p. 184: «3.º) *Que todos los títulos adquisitivos del dominio y derechos reales a que se refiere el artículo 609 del Código Civil están en un mismo plano de igualdad*, sin que haya que imaginar preferencia entre ellos. [...] 4.º) *Que, frente a lo que a veces se ha dicho, el título de donación no es claudicante, sino que es un título tan fuerte como otro cualquiera*, conforme al artículo 609 Cc, que no hace distinciones. [...] 8.º) *Que la supuesta regla general de debilidad del título gratuito no se sostiene en la legislación vigente* en que, como hemos dicho, el artículo 609 CC trata por igual todos los títulos adquisitivos, como también resulta de una serie de preceptos concretos [...]».

²⁵⁶ Por todos, CASTRO: *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, pp. 260-271, esp., p. 263, § 321.1.

²⁵⁷ NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude ...*, cit., p. 611: «[La Ley [dice, refiriéndose a la de 1877] era especial y exclusiva para negar cierta protección a las adquisiciones a título oneroso. ¿Por qué no se llevó la enmienda al artículo 23 (hoy 32) que todo el mundo consideraba como el fundamental de la Ley, y en cambio se ciñó al artículo 34? ¿Por qué la reforma de 1946 ha tenido el mismo criterio? Al tercero del artículo 32 no se le exige ni se le ha exigido que adquiera a título oneroso para que quede protegido frente a las acciones hipotecarias y confesorias».

²⁵⁸ Lo vimos ya en el comentario de Serna al artículo 34 —*op. cit.*, p. 623: «[...] ha dado lugar a la polémica más animada y empeñada de cuantas ha promovido la Ley Hipotecaria—, y no es razón volver ahora sobre lo mismo.

se imaginaban como sus injustísimas y desastrosas consecuencias. Siendo ésta la situación se entiende que, a partir de ella, los esfuerzos por afinar en los requisitos y condiciones necesarias para obtener la protección del Registro se concentraran en el texto del artículo 34, y no en el del 32, cuya materia –la inoponibilidad de lo no inscrito– no provocaba tantos recelos²⁵⁹, ni siquiera en el del 27, tan problemático en su descripción del tercero registral. En concreto, el requisito de la onerosidad entra en la Ley Hipotecaria con ocasión de una enmienda a su artículo 34²⁶⁰, y en el 34 quedó después en 1946. Pero, ¿significa ello que cuando por primera vez se le introduce de forma expresa se pretendiera también limitar su exigencia al ámbito de la fe pública registral?

Nosotros creemos que no. *Mutatis mutandis*, ocurre con la onerosidad lo mismo que antes vimos con la buena fe. Afirmada su necesidad por Gómez de la Serna en el comentario al artículo 34 –antes, por cierto de que éste mencionara su exigencia– se la sostenía diciendo que ni un solo precepto de la Ley favorecía al adquirente de mala fe²⁶¹. Es que no debe olvidarse que en la mentalidad de los autores y primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria, la diversidad de los artículos 23 (latino) y 34 (germánico) tendía a fundirse en la unidad de nuestro peculiar sistema de inscripción no constitutiva o latina, pero, simultáneamente, de publicidad positiva o germánica apenas la inscripción ya practicada pudiera alimentar la confianza de eventuales terceros que a su vista se propusieran adquirir e inscribieran su adquisición. De ahí que cuando todavía no se había suscitado de forma expresa y refleja el problema del

²⁵⁹ Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 494-496: «Nosotros, que quizá no estamos conformes con el espíritu de la L. H. que hace depender de la inscripción del dominio el mismo dominio, comprendemos, sin embargo, su sistema: el que no inscribe comete una omisión que la Ley castiga con ensañamiento; pero en fin, no ha inscrito y culpa tiene: lo que no podemos comprender, es que, cumpliéndose los preceptos legales para asegurar el dominio, quede, sin embargo, tan inseguro como si no se cumpliesen, y que pueda darse el caso en que la augusta majestad de una sentencia, sancione como válido y legal el robo organizado».

²⁶⁰ Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 492: «Con posterioridad a la publicación de la L. H. de 1869, modificóse de nuevo el artículo 34. El Senador D. Valeriano Casanueva presentó en mayo de 1877 una proposición, con el objeto de aclarar algunas disposiciones de aquella, 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 tercero*, con las siguientes: *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 § 1.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 lo propuesto, sino que introdujeron una verdadera e importante novedad, a saber; la de reducir la excepción de dicho artículo, a los que hubiesen adquirido por título oneroso, y no conceder el derecho de convalidar en cuanto a tercero, actos o contratos nulos, si ese tercero adquiría por título gratuito».

²⁶¹ SERNA: *op. cit.*, p. 634.

monismo o dualismo de nuestro sistema de publicidad registral, los autores que lo explican e interpretan, tiendan a involucrar indiferenciadamente la inoponibilidad en el artículo 34 y la fe pública en el 23. No significa ello que se venga a negar al conjunto el ingrediente latino que sobre él atrae el carácter de la inscripción, pero sí que su resultado protector tiende a imaginarse –indiferenciada o confusamente– desde la representación del supuesto en que éste se produce en su forma más plena y completa: desde la fe pública registral. El ingrediente de confusión que ello implica es lo que lleva a un sector de nuestra doctrina a pronunciarse a favor de la tesis monista, y al contrario o dualista, en reacción excesiva, a reclamar para el actual artículo 32 el protagonismo, algo exagerado²⁶², del originario 23, arrinconando casi en terrenos de la excepcionalidad al 34 y al conjunto de los requisitos en él exigidos. Ambas son posiciones extremadas. Ni el artículo 34, en cuanto cumbre de la eficacia protectora del Registro, impide la eficacia autónoma del 32 a favor del adquirente posterior que, sin previa inscripción, se adelanta a inscribir; ni el reconocimiento de esta forma autónoma de protección desplaza a lo excepcional y más raro el supuesto protector del 34 y los requisitos que en éste se imponen a la protección registral²⁶³. Interesa reparar algo en esta última afirmación. Ni por frecuencia estadística ni por lo peculiar de su efecto, el artículo 32 puede convertir en excepcional al 34. Por frecuencia, porque desde que en el Registro se causa la primera inscripción, comienza ésta –a salvo lo dispuesto en el 207– a funcionar como soporte de la confianza de eventuales terceros cuya protección registral discurrirá por el cauce del artículo 34. Pero, tampoco por la peculiaridad de su efecto. En este punto suelen decir los dualistas radicales que, mientras el artículo 34 tiene que recurrir al extraordinario expediente de la adquisición *a non domino*, al 32 le basta con prestar su auxilio a una adquisición *a domino* a la que poco falta en rigor para ser por sí misma válida y eficaz. El asunto nos ha salido ya al paso varias veces y no es cuestión de insistir en él. Baste, pues, recordar que para quienes más influyeron en la elaboración de la Ley Hipotecaria –concretamente, para Cárdenas y De la Serna– la adquisición del segundo comprador

²⁶² Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 562: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23 [...]. Sin entrar en la mayor o menor exactitud que puede haber en tal apreciación, es indudable que tenía razón el Ministro en considerar este artículo como el más importante de la Ley, por más que no sea el único fundamental».

²⁶³ Era el argumento, ya visto, de NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude ...*, p. 611.

que se adelanta en la inscripción es una adquisición *a non domino*, tanto como puedan serlo las que sana el Registro a través del artículo 34. Siendo así las cosas, la conclusión en lo concerniente a los requisitos que en este precepto se imponen –concretamente ahora, en cuanto a la onerosidad– discurre ya por sí sola: en todo lo que no sea el punto que diferencia el supuesto registral del artículo 32 frente al del 34, la tendencia debe ser, en principio, la de la mutua comunicación; no la contraria, de la separación y el enfrentamiento. En tal sentido, deberá entenderse que el requisito de la onerosidad, como antes el de la buena fe, es condición general de protegibilidad registral en nuestro Derecho, bien porque se piense que, aunque establecido en el artículo 34, el legislador lo introdujo sin reparar en la diferencia de las dos vías por las que la protección registral puede discurrir, bien porque se interprete que, establecido en una de ellas y para ella, la analogía, como antes dijimos, permite extenderla a la otra.

Contra el requisito de la onerosidad se ha dicho también que su exigencia significaría «dar un salto atrás de muchos siglos quitando al Registro su función históricamente inicial: la “insinuación” de donaciones»²⁶⁴. El argumento es claramente inconsistente, al menos por dos razones: La primera, porque una cosa es exigir algún elemento de forma *ad esse* a determinadas donaciones²⁶⁵, y otra bien distinta que la donación, cubierta ya su exigencia formal, pueda ser sanada por su inscripción en el Registro de la Propiedad cuando ha sido otorgada por quien antes de realizarla había ya dispuesto de la cosa donada. Y, la segunda: porque en general, pero particularmente en la perspectiva latina propia del artículo 32 L. H., la insinuación de donaciones –testigo Troplong– queda fuera de la limitada finalidad del Registro de la Propiedad: el aseguramiento de las operaciones propias del tráfico inmobiliario²⁶⁶.

Lo dicho hasta aquí bastaría, a nuestro juicio, para tener por argumentada la exigencia absoluta de la onerosidad en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y, por consiguiente, para dar por terminado el tratamiento de este requisito. Tenemos, no obstante que añadirle unas líneas para ocuparnos de las dudas y reservas que a veces se han manifestado contra el carácter absoluto de tal exigencia. La

²⁶⁴ CARRETERO: *Los Principios Hipotecarios ...*, cit., pp. 37-38: «Personalmente creo que privar de todo efecto respecto de tercero a la inscripción de donación (incluso respecto de otro donatario anterior no inscrito) es dar un salto atrás de muchos siglos quitando al Registro su función históricamente inicial: la “insinuación” de donaciones».

²⁶⁵ Vid. *Iustiniani Inst.* 2, 7, pr.-2.

²⁶⁶ Cfr. el texto ya visto de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 315-316: «Cet serait la détourner de son but que de la faire servir à consolider les donations, au préjudice des ventes antérieures».

razón de la duda es comprensible. Nosotros hemos venido invocando el principio *anteponendus...* para negar la protección del Registro al donatario, pero ello implicaba dar por sobreentendido que su adquisición entraba en conflicto con otra anterior onerosa. Pero, ¿qué ocurre cuando no es esa la relación entre los títulos enfrentados?

El problema planteado remite al de la relación existente entre el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (y el 606 CC) con el 1473, II, del Código Civil, y con el de la posibilidad de extensión analógica de este último. Nosotros no tenemos inconveniente en admitir que el artículo 1473, II CC es sólo una aplicación del 32 de la Ley Hipotecaria²⁶⁷ y que dicho artículo 1473, II, es susceptible de extensión por analogía²⁶⁸. El problema está en determinar el límite tanto de tal analogía como del ámbito de aplicación del más amplio artículo 32. En cuanto al primer punto estamos con quienes entienden que la aplicabilidad analógica del artículo 1473, II, debe circunscribirse al dato de la onerosidad de las adquisiciones sucesivas y en pugna²⁶⁹; pero consideramos que, a su vez, ese mismo criterio de la onerosidad es el límite impuesto al 32 L. H. por la función del Registro en tanto que instrumento de seguridad del tráfico inmobiliario. Siendo ello así, el conflicto entre una donación anterior no inscrita y otra posterior inscrita no puede resolverse ni por extensión del artículo 1473, II, CC ni por aplicación directa del 32 LH: la donación primera debe terminar por imponerse sobre la posterior en el tiempo aunque se haya anticipado en la inscripción²⁷⁰. Mucho menos podrá acogerse ni al 1473 por analogía ni directamente al 32 el donatario que inscribe frente al comprador anterior que no lo hizo: el *anteponendus...*,

²⁶⁷ Así, e. c., AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1540; GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 182.

²⁶⁸ *Id.*, al respecto, RUBIO GARRIDO: *La doble venta y la doble disposición*, 1994, pp. 187 ss.

²⁶⁹ Cfr. PETIT SEGURA: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, 1990, p. 100; RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 205.

²⁷⁰ Así, TROPLONG: *op. cit.*, pp. 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*» 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 [...]». En nuestra doctrina, PETIT SEGURA: *op. cit.*, p. 98: «La "doble donación" se resuelve siempre a favor del primer donatario», y RUBIO GARRIDO: *op. cit.*, p. 206. En contra, AMORÓS: *op. cit.*, p. 298: «4. El titular inscrito adquiere a título gratuito y el no inscrito también. Es el supuesto de la posible doble donación de una misma cosa a donatarios sucesivos. La cuestión parece clara. Prevalece el titular inscrito. Por su inscripción y por ser su título de naturaleza semejante al que no llegó a estar inscrito», y SERRERA CONTRERAS: *Monismo, dualismo, triadismo*, cit., p. 1210: «[...] en éste —dice, refiriéndose al caso de la doble donación—, ante la colisión de dos títulos de carácter lucrativo, ningún inconveniente habría en dar preferencia al donatario que primero inscribió».

impide lo primero; y el no ser la donación operación del tráfico, lo segundo²⁷¹. En cambio, el comprador que inscribe podrá prevalecer sobre el donatario anterior que no inscribió: no porque le ampare el artículo 1473, II, pero sí porque su título adquisitivo entra en la condición de aquellos que el Registro protege contra otros anteriores no inscritos²⁷². La onerosidad es entonces requisito siempre necesario de protegibilidad registral en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Acaso se nos objete: ¿no impide la rotundidad de esta afirmación el carácter indiferenciado con que aparece enunciado en la Ley el principio de prioridad (... *cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles...*, art. 17 LH)? No, respondamos para terminar, si con Núñez Lagos se distingue entre una prioridad sustantiva, o prioridad-rango, y otra meramente libraria, o prioridad-cierre²⁷³. En virtud de la segunda –la única que procede cuando la publicidad no decide sanando en lo sustantivo el derecho inscrito–, la inscripción de un título cierra el acceso al Registro de otro anterior incompatible con él, sólo temporalmente: hasta tanto la pugna entre ellos se resuelva en el terreno de lo sustantivo con la declaración de la nulidad del título inscrito por su incompatibilidad con el anterior no inscrito, pero existente y válido.

4. En la comparación del tercero del artículo 32 con el del 34, sólo nos queda por examinar si el requisito de la previa inscripción, fundamental en la fe pública registral, es también de aplicación en el juego del principio de inoponibilidad. La cuestión nos parece de

²⁷¹ TROPLONG: *op. cit.*, p. 315: «Mais il est évident que, si le donataire est impuissant en face d'un donataire premier en date qui n'a pas transcrit, il est encore plus faible en présence d'un acheteur dont le titre n'a pas été publié [...]». En contra, aunque con dudas, AMORÓS: *op. cit.*, p. 298: «El adquirente inscrito lo es a título gratuito y el no inscrito a título oneroso. [...] Aquí la cuestión es más dudosa. De una parte, si el comprador no ha inscrito, su situación no debe afectar al donatario que inscribió [...]. De otra, ¿puede perder el comprador su derecho por el hecho de no inscribir, aun habiendo pagado el precio de la cosa que compra, frente a un tercero que inscribió su adquisición sin contraprestación? No veo clara la aplicación analógica a este caso de la solución recogida en el artículo 34, 3. [...] Me inclino a pensar que las cosas no deben ser así y que, a pesar de ser adquirente gratuito, el inscribiente debe ser preferido a quien no inscribió. Si no tenía conocimiento de ese acto previo que, según la regla general, no debe perjudicarlo. Aunque el tema me sigue pareciendo dudoso por la distinta naturaleza de los intereses en pugna».

²⁷² AMORÓS: *op. et loc. ant. cit.*: «2) El título inscrito es oneroso y el no inscrito gratuito. Tampoco hay problema. Prevalece en todo caso el inscrito. Tanto por razón de su inscripción, como por la preferencia que tiene el título oneroso sobre el gratuito».

²⁷³ NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 160. Contrario a la interpretación formal o libraria del artículo 17 LH, admitida por la común doctrina (cfr. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, II, p. 207; COSSÍO: *Instituciones...*, cit., p. 170; LA-CRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 125 y 135); GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 571, 573-574 y 680-682. Concretamente y en nuestra materia, distinguiendo entre el artículo 17 como norma de estricta aplicación a la mecánica del Registro, y el 32 como norma sustantiva, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., pp. 1541-1542.

solución tan obvia que su mismo planteamiento podría considerarse ocioso. En nuestro Derecho, donde el artículo 32 convive con el 34 y se limita a ocupar el reducido espacio que éste le deja libre, esto es: el de la inscripción inmatriculadora, es evidente que al tercero protegido por ese mismo artículo 32 no se le puede exigir haber adquirido de titular previamente inscrito. Éste es, justamente, el punto que, necesariamente y por hipótesis, tiene que separar a los dos terceros. Por ello se entiende muy bien que se haya dicho que en la exclusión del requisito de la previa inscripción conviene, sin fisuras, todos los seguidores de la tesis dualista ²⁷⁴; extraña, en cambio, el tono en que a veces se le excluye o los matices que con frecuencia se le añaden.

Que el requisito de la previa inscripción no es necesario para el juego autónomo del principio de inoponibilidad en el artículo 32, es consecuencia inmediata de la naturaleza latina de esta norma y de su particular razón de ser. No se premia en ella al que adquiere de titular inscrito y confiando en lo que el Registro publica, sino, lisa y llanamente, al que se adelanta llevando al Registro su propia adquisición ²⁷⁵. Pero, insistimos: esto, que sería bastante para negar la necesidad de previa inscripción en un sistema latino, resulta no agotar el razonamiento ni dar con el tono justo de la respuesta en el nuestro, donde la inoponibilidad del artículo 32 convive con la que negativamente implica o supone la fe pública registral, y donde, por tanto, apenas se cuente con el dato de la previa inscripción, el tercero que adquiera de acuerdo con ella pasa de ser un mero beneficiario de la eficacia negativa o preclusiva de la publicidad, a gozar plenamente de la más absoluta e intensa protección que positivamente depara la fe pública registral ²⁷⁶. Por esta razón no llegamos a entender, ni la complejidad que a veces se ha atribuido a esta cuestión ²⁷⁷, ni la

²⁷⁴ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 177: «[...] todos los autores dualistas, sin ninguna fisura, defienden que el tercero del artículo 32 *no requiere la previa inscripción del transmitente*» (cursiva del autor).

²⁷⁵ Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 178: «La razón de no exigir el requisito de previa inscripción en el artículo 32 es bastante clara [...] *Es que el requisito de previa inscripción no cuadra con el fundamento y las notas distintivas del tercero del artículo 32. Efectivamente: el tercero del artículo 32 se apoya en la prioridad de su propia inscripción, como criterio para resolver un problema de conflicto de derechos. No se apoya en una confianza en una inscripción previa como ocurre en el supuesto de nulidad y adquisición a non domino del tercero del artículo 34*» (cursiva del autor).

²⁷⁶ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1968), p. 215: «[...] ha de tenerse en cuenta que el artículo 32 prácticamente sólo juega hoy con autonomía en la defensa frente a las dobles enajenaciones de finca que no ha llegado al Registro o salió de él [...]». En el mismo sentido, AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1549.

²⁷⁷ Vid. CARRETERO: *Retornos...*, II, cit., p. 134: «El problema de este requisito, como el de los otros dos, deben *[sic]* plantearse con precaución. No caben aquí improvisa-

afirmación, más extendida, de que en el artículo 32 la previa inscripción no es necesaria, pero tampoco tiene por qué ser necesariamente excluida²⁷⁸. Valga ello para un sistema latino puro, no para el nuestro. En nuestro sistema, el dato de la previa inscripción viene a trazar la frontera entre el juego del principio autónomo de inoponibilidad, cuando se inscribe sin engarce posible en una inscripción anterior, y el principio de fe pública registral; con su ingrediente negativo de inoponibilidad, ciertamente, pero, no limitado a ella ni ceñido al caso de la doble venta y al derecho del anterior comprador que no inscribió. En tales condiciones, seguir pensando en el artículo 32 cuando el tercero que inscribe adquirió de titular ya inscrito es confundir las cosas y no distinguir entre inoponibilidades de muy diferente inspiración, ámbito y eficacia.

Claro está que lo dicho supone contraponer y enfrenar los artículos 32 y 34 en lo que uno y otro tienen de exponentes principales de los respectivos principios de inoponibilidad y fe pública, y de reguladores de sus arquetípicos supuestos: la doble venta y la adquisición *a non domino*. Quedaría por ver si, fuera de estos supuestos, hay algún caso en que, sin que entre en juego el principio de fe pública registral y habiendo previa inscripción, pueda gozar el tercero que inscribe de alguna forma de protección registral contra algún dato o circunstancia inscribible y no inscrito. Pero de eso debemos ocuparnos en capítulo aparte.

ciones»; Ídem: *Los principios hipotecarios...*, cit., p. 37: «El problema no es sencillo, sólo cabe resolverlo en relación con una materia poco estudiada: los aspectos sustantivos y formales del principio de tracto sucesivo en los diversos sistemas y el sentido que realmente deba tener la norma de suspensión de efectos de la inscripción de inmatriculación (artículo 207 de nuestra ley) en el campo de la inoponibilidad y en el de la fe pública registral».

²⁷⁸ AMORÓS: *La buena fe...*, cit., p. 1543: «El tercero del artículo 32 no necesita previa inscripción para estar protegido aunque, naturalmente, no excluye este requisito». Le sigue Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 477. También, 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». Quizá por eso entiende NÚÑEZ LAGOS: *Ibid.* p. 594, que «todo adquirente *inter vivos* de una finca, además de convertirse en titular, es tercero del artículo 32 frente a gravámenes anteriores, y en su caso será tercero del artículo 34 frente a acciones de nulidad o resolución *de abolorio* [...]. Al diferenciar al tercero del artículo 32 del tercero del artículo 34 diferenciamos distintas *cualidades*, podríamos decir *personalidades*, del titular registral, de igual forma que se puede distinguir persona, sacerdote y obispo. Todo obispo es sacerdote y persona. Todo sacerdote es persona, pero no toda persona es sacerdote ni obispo».

IV. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MÍNIMO DE LA INOPONIBILIDAD REGISTRAL

1. Planteamiento y justificación

Acabamos de ver que desde posiciones dualistas se mantiene la posibilidad de que, fuera del caso de la doble venta de finca no inmatriculada y habiendo previa inscripción, pueda jugar todavía el principio de inoponibilidad enunciado en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Se dirá para sostenerlo que la materia de tal precepto son, exclusivamente y en todo caso –haya, pues, o no haya inscripción– las acciones confesorias e hipotecaria²⁷⁹, o que en la inoponibilidad de un gravamen no inscrito al adquirente de finca ya inscrita no se ventila cuestión alguna de «mantenimiento en la adquisición», siendo así que tal mantenimiento es el efecto propio de la protección que dispensa al adquirente el artículo 34²⁸⁰. Sin tener que entrar ahora en éstas o en otras posibles razones, lo que sí debe advertirse como dato muy significativo es el hecho mismo de esta tendencia a la expansión del principio de inoponibilidad, porque viene a confluír con la que desde el *oppositum* de la posición monista se apunta cuando se advierte que la fe pública registral no agota en nuestro Derecho todas las manifestaciones del principio de publicidad, sino que, comprendido en él y como una de tales manifestaciones debe distinguirse –hasta el nombre mismo de inoponibilidad se rehuye– la de hacer la inscripción de «instrumento de *afección de lo inscrito a terceros* adquirentes»²⁸¹.

¿A qué se alude cuando se distingue una tal manifestación? Se indica con ella el cometido que cumple la inscripción al permitir que lo inscrito afecte o perjudique a tercero, tratándose de una función que, en cuanto negativa y en perjuicio del adquirente, no cabe dentro de la fe pública registral; de la cual la separa, además, el tener por materia cargas o gravámenes que, por su índole negativa, no son susceptibles de transmisión registralmente protegible. Su campo es amplio, variado y muy heterogéneo. Entran principalmente en él la inscripción de los arrendamientos y derechos de opción de compra, pero se incluyen también la de los gravámenes fideicomisarios o por reservas ordinarias o lineales, la de los modos causalizados, prohibiciones de disponer, derechos legitimarios del

²⁷⁹ NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., pp. 602-606.

²⁸⁰ DíEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 476.

²⁸¹ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario...*, I, cit., p. 297.

tipo previsto en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, retracto convencional y las anotaciones preventivas de demanda, embargo y demás análogas. De este especial cometido de «afección a terceros», distinto de la fe pública registral pero integrado en el contenido del principio de publicidad, se añade que actúa en los dos grandes modelos registrales: implícitamente en los sistemas de prioridad y como complemento del de fe pública en los de publicidad positiva²⁸².

A nuestro juicio, es necesario andar con mucha cautela en este asunto. Su materia es sumamente resbaladiza, y la peculiaridad de su planteamiento en nuestro sistema registral impide tratarla aplicando, sin más, criterios extraídos de los modelos comparados. No vamos a negar que el ámbito y aplicaciones del principio inoponibilidad registral se extiende en nuestro Derecho más allá del caso arquetípico de la doble venta inmatriculada por el segundo o ulterior comprador que se adelanta a inscribir, pero creemos que dicha extensión debe ser fundamentada con más cuidado y delimitada con mayor precisión.

Las razones que para su fundamentación hasta ahora hemos visto, o no son acertadas, o no llegan a aquilatarse y perfilarse en la medida necesaria. Lo primero ocurre muy claramente cuando al artículo 32 de la Ley Hipotecaria se asigna como materia propia y exclusiva la protección del tercero que inscribe contra las acciones hipotecaria y confesorias procedentes de derechos no inscritos. La correspondencia de este precepto con el artículo 1473, II, CC, y su comentario por Gómez de la Serna bastan por sí solos para rechazar esta vía de fundamentación. Pero tampoco es acertado, en nuestra opinión, hacer coincidir la fe pública registral con el artículo 34 LH y circunscribir el efecto de la primera en el «ser mantenido en su adquisición» que literalmente dice la norma para expresar la inmunidad del adquirente protegido por la fe pública frente a la inestabilidad o nulidad del título del transmitente por causas que no consten en el Registro. Si se quiere delimitar debidamente en nuestro Derecho el ámbito de la fe pública registral es menester elegir entre una de estas posibilidades: o bien se interpreta –con Roca Sastre²⁸³– que el artículo 34 viene delimitado no por lo que resulta de su arranque literal sino por lo que supone o implica la redacción de su segundo párrafo: la protección del tercero contra cualquier «inexactitud del Registro»; o bien, con Lacruz²⁸⁴, –segunda posibilidad– se admite que el artículo 34, en el contenido que le asigna

²⁸² Describe así el efecto «afección», cfr. ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 305.

²⁸³ ROCA SASTRE: *El problema de la relación...*, pp. 791-792, y *Derecho Hipotecario*, cit., p. 539.

²⁸⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 169-171; también, AMORÓS: *op. cit.*, p. 1548.

su primer párrafo, no agota el espacio del principio de fe pública registral, sino que tal espacio debe inducirse de la conjugación de tal precepto con otros, como el 31 y, sobre todo, el 40.

No es suficiente, tampoco, para extraer una determinada materia del campo de la fe pública registral decir que su objeto no es susceptible de adquisición y de tráfico, y que su asunción por la publicidad del Registro no redundará en provecho del tercero protegido por éste. La virtualidad del principio de fe pública registral se cifra en asegurar al tercero la adquisición del derecho previamente inscrito exactamente «tal como» esa previa inscripción se lo describía y publicaba²⁸⁵. El hecho, pues, de que el tercero adquiera como libre el derecho sometido a alguna afección o carga no inscrita, no es sino un efecto de la fe pública registral, que en su dimensión negativa²⁸⁶ —o en lo que de presunción de integridad implica *quoad tertios* la presunción de exactitud del Registro²⁸⁷— tiene que comprender la protección del adquirente frente a cualquier elemento inscribible y no inscrito, aunque ese tal elemento no constituya en sí mismo materia del tráfico y aunque su inscripción se justifique en interés ajeno al del eventual adquirente. Precisamente por esta razón la omisión de la inscripción no puede perjudicar al tercero que confía en la descripción registral del derecho que se propone adquirir, y su adquisición deberá efectuarse en los términos resultantes de aquella inscripción. Sin ceñirse a ella, es lo que ocurre en la anotación preventiva. Se vehicula a través de dicho asiento una

²⁸⁵ KARL-HEINZ GURSKY, en el *STAUDINGER Kommentar...*, cit., ad § 892 BGB, Rz 177: «Die Wirkung des durch § 892 gewährleisteten Verkehrsschutzes besteht darin, daß der Inhalt des Grundbuches zugunsten des Erwerbers als richtig gilt. Damit ist gemeint, daß der Erwerber das Recht so erlangt, wie er es nach Maßgabe des Buchstandes erwarten konnte [...]» (cursiva del autor).

²⁸⁶ KARL-HEINZ GURSKY, cit. Rz. 181: «Nach der negativen Seite wird dem Erwerber die Vollständigkeit des Grundbuches gewährleistet in Ansehung aller eintragungsfähigen Rechte, die nicht durch besondere gesetzliche Vorschrift (s Rz 39) der Wirkung des öffentlichen Glaubens entzogen sind. 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 Grundbuches entstanden und bisher nicht im Grundbuch eingetragen worden sind»; WEIRICH, Hans-Armin: *Grundstücksrecht*, München 1996, p. 194: «Zugunsten des gaulgläubigen Erwerbers "gilt" das Grundbuch als richtig. Das bedeutet: [...] Nicht eingetragene Rechte gelten als nicht bestehend (= negativer Vertrauensschutz) [...]: Das Grundstück gilt zu Gunsten des Erwerbers des Eigentums oder eines beschränkten dinglichen Rechts als unbelastet».

²⁸⁷ A la presunción de exactitud se refiere la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944: «La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario». LACRUZ, que la niega como presunción autónoma —cfr. LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 141— admite como cosa distinta «que el Registro exprese íntegramente la situación de la finca frente al adquirente protegido por la fe pública», para tal adquirente —añade— «no es que se presuma la integridad del Registro, sino que puede desconocer aquellos derechos que no constan en él: es, para él, como si no existieran».

oponibilidad a terceros que simplemente recorta el efecto de la fe pública impidiendo que pueda lucrarlo el tercero adquirente respecto al dato anotado²⁸⁸. La omisión de la anotación, por tanto, sin fundamentar un principio autónomo de inoponibilidad, se limita a no obstaculizar el juego del principio de fe pública registral respecto a lo que pudo ser anotado y no se anotó.

Tampoco deja de suscitar algunas reservas la indicación de paralelos comparados a esa nuestra figura de «afección a terceros» que se hace cuando se afirma que otra similar a ella vendría a funcionar implícitamente en los sistemas de prioridad o como complemento de la fe pública registral en los de publicidad positiva. Es muy claro que esa extrañamente denominada función de afección a terceros, no es, llamada por su nombre, más que la función asignada a la publicidad como condicionante de la oponibilidad a terceros de la materia inscribible; y una tal función, en los sistemas de prioridad, es mucho más que un efecto implícito de la eficacia de la inscripción y de las consecuencias de su omisión: es, justamente, el efecto sustancial y más explícitamente afirmado de la publicidad; el que, como tal y a modo de principio general, formulaba expresamente en Francia el artículo 3.º de la Ley de Transcripción²⁸⁹. Y ¿qué se quiere decir cuando se afirma que aquella forma de afección a terceros funciona en los sistemas de fe pública como complemento de ésta? ¿Se entiende tal complemento como el añadido a la fe pública de un elemento ajeno a ella pero llamado a extender o ampliar su efecto? Este es, de suyo, el significado de la palabra «complemento», y para nuestro Derecho así entiende Roca Sastre la función de afectación, en tanto que distinta de la fe pública registral. Sin embargo, y como ya hemos dicho, todo inclina a pensar –también el texto mismo del § 892 BGB²⁹⁰– que el elemento oponibilidad a que con ella se alude, más que un añadido a la fe pública es un aspecto de la misma: su manifestación negativa. La observación es importante desde el punto de vista que ahora nos

²⁸⁸ Cfr., por todos, DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 491: «El efecto esencial de las anotaciones es un efecto puramente negativo: consiste en enervar la fuerza protectora de la fe pública registral. En definitiva, las anotaciones preventivas son un medio registral para desvirtuar, recortar o disminuir los efectos de la fe pública registral».

²⁸⁹ «Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois [...]». Doctrinalmente se dirá –cfr. MARTY-RAYNAUD-JESTAZ: *Droit Civil. Les sûretés. La publicité foncier*, 2.ª ed., Paris, 1987, p. 44– «[...] l'inoponibilité est la pièce essentielle de la publicité foncière [...]».

²⁹⁰ «[...] 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».

guía, porque si la función de afección o de condición de oponibilidad de que venimos tratando no es más que un aspecto de la fe pública registral, erradamente y en vano trataríamos de ampliar con ella el campo propio del principio de inoponibilidad.

Pero en la comparación de esa misma función de afección con sus posibles paralelos comparados late otro peligro contra el cual es necesario ponerse en guardia. La comparación o referencia a sus manifestaciones en los modelos comparados podría llevar a pensar que la función de afectación detectable en nuestro Derecho es la misma que podría detectarse en los modelos foráneos latino y germánico. No es completamente así. La peculiaridad de nuestro sistema registral, al permitir el juego de un principio de inoponibilidad autónomo respecto al de fe pública, pero conviviendo con él, fuerza a afinar en la comparación de tal inoponibilidad frente a la que en el modelo latino agota el efecto sustantivo completo de la publicidad, y a distinguirla respecto a la que en el modelo germánico –sin posibilidad, en principio, de otra en concurrencia con ella²⁹¹– se limita a ser una manifestación negativa del juego de la fe pública registral.

Concretamente, en nuestro Derecho y respecto a la determinación del campo de aplicación del principio de inoponibilidad se impone proceder negativamente o por exclusión. La razón es clara. Los autores de la Ley Hipotecaria –consiguientemente también la letra de la misma Ley– no distinguieron, dentro del que denominaban como principio de publicidad, la doble manifestación de este principio: la inoponibilidad de lo no inscrito y la fe pública registral. Pero la indistinción nominal del principio de fe pública no implicaba el desconocimiento de lo que significa «la fe del Registro» y la necesidad de que no se viera defraudado en su confianza quien había adquirido teniendo por cierto lo que el Registro publica²⁹². Ahora bien, habituados a la terminología latina, se

²⁹¹ Introducimos esta salvedad en el texto en atención a la posibilidad, más ampliamente admitida en Suiza –cfr. CC suizo, arts. 959 y 960–, de supeditar a su publicación mediante anotación (*Vormerkung*) la oponibilidad a terceros de ciertos derechos personales y circunstancias limitadoras de la capacidad dispositiva. Naturalmente, en un sistema de inscripción constitutiva, sin posibilidad de previa inscripción que resuelva el conflicto de la doble venta, la aparición de esta zona de inoponibilidad no plantea el problema de delimitación que para el nuestro aquí venimos tratando de situar y resolver.

²⁹² Cfr. SERNA: *op. cit.*, p. 655: «[...] según hemos muchas veces dicho, la Ley Hipotecaria en nada altera los efectos de las obligaciones entre los contrayentes; sólo trata de evitar perjuicios al tercero que con buena fe y fiado en la exactitud del Registro, es inducido a error y adquiere bienes inmuebles o derechos reales que por descuido de otro dejaron de inscribirse oportunamente» (la cursiva es nuestra); CÁRDENAS: «Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación», *RGLJ*, 1871 (XXXVIII), p. 171: «[...] la Comisión se fundaba en que el Registro sería inútil para los fines de su institución, si no

refieren, tanto al efecto genérico de la publicidad como al específico de la fe pública registral, mediante la fórmula acostumbrada del «no perjudicar a tercero» que, por contraste con la fe pública, tendemos hoy a relacionar con la inoponibilidad latina. No tiene que ser necesariamente así. Por encima de lo que la terminología pueda sugerir en un primer momento, es menester distinguir si el no perjuicio de que hablan la Ley y sus autores, suponiendo la previa inscripción, es una forma de referirse negativamente a la fe pública, o si realmente remite a campo distinto donde la inoponibilidad actúa autónomamente o por sí misma.

Seleccionando entre muchos textos, para la Exposición de Motivos de 1861, el efecto de la publicidad consiste en que *no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad si no se halla inscrita en el Registro*²⁹³. De ahí que una de las bases de la Ley sea el principio general, admitido por ésta sin ninguna excepción, de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero²⁹⁴. ¿Aplicación siempre y exclusiva del principio de inoponibilidad? No. Aplicado a la doble venta, y cuando hay previa inscripción, será aplicación del principio de fe pública: el comprador que inscribe cree dueño a quien todavía como tal aparece en el Registro²⁹⁵; cuando no hay previa inscripción, sí: El Derecho de Partidas, que daba preferencia al primero en la posesión, ha sido modificado en este punto, sin que cuente ya la existencia o inexistencia de previa inscripción: *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*²⁹⁶. Tampoco habrá aplicación del principio autónomo de inoponibilidad cuando de lo que se trate sea de detener frente a terceros los efectos de las acciones que, atacando la titularidad del transmitente inscrito, terminarían por destruir la de su causahabiente. Son las

era por sí garantía bastante contra derechos desconocidos, de la seguridad de los consignados en él con todas las formalidades requeridas. [...] Si una sentencia judicial fundada únicamente en ese 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» (la cursiva es nuestra).

²⁹³ E. M., p. 228.

²⁹⁴ E. M. p. 249.

²⁹⁵ SERNA: *op. cit.*, p. 567: «[...] 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, para él, cualquiera que sea el que posea la finca, no hay otro dueño que el que como tal aparece inscrito en el Registro».

²⁹⁶ E. M., p. 237.

acciones que el artículo 34 lleva al corazón de la fe pública, y también a ellas se refiere la Exposición de Motivos en términos de inoponibilidad: *otras innovaciones no menos transcendentales introduce el Proyecto en el antiguo Derecho respecto a las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero ni en su perjuicio cuando no aparezca la causa de ella en el Registro*²⁹⁷; ... *si 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*²⁹⁸. En conclusión, pues: que no todo lo que en la Ley se expresa mediante la fórmula del «no perjudicar a tercero», evocadora del principio latino de inoponibilidad, remite realmente a él.

Pero es necesario añadir, además, que la inoponibilidad actúa en nuestro Derecho con consistencia muy superior a la que se le atribuye en Francia. No es que pensemos ahora en la inoponibilidad embebida en la fe pública registral, ni que pongamos en comparación nuestra inoponibilidad con la publicidad-noticia admitida en Francia. Lo que venimos a afirmar es que nuestra inoponibilidad autónoma, o mera inoponibilidad sin fe pública registral, es querida por nuestro legislador como inoponibilidad definitiva y completa: el tercero que inscribe nada tiene que temer respecto a aquello que el legislador no quiere que le perjudique. No ocurre lo mismo en la inoponibilidad francesa, que ciertamente inmuniza al comprador que inscriba respecto de la venta previamente otorgada por su mismo vendedor y no inscrita, pero que no le deja a salvo respecto a derechos de otra procedencia incompatibles con el que inscribió como suyo, ni contra los efectos de resoluciones judiciales inscribibles y no inscritas²⁹⁹.

²⁹⁷ E. M., p. 249.

²⁹⁸ E. M., p. 250.

²⁹⁹ RIPERT-BOULANGER: *Traité de Droit Civil III*, Paris, 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». Concretamente para la omisión de la inscripción de resoluciones judiciales relativas a los derechos inscribibles, *vid.* TROPLONG: *op. cit.*, pp. 397-398: «Voyons, maintenant, les effets et la sanction du défaut de mention du jugement, qui prononce la nullité, la rescision ou la résolution d'un acte transcrit. On se tromperait grandement, si l'on croyait que ce défaut entraîne l'inefficacité du jugement, à

Distinta y peculiar inoponibilidad, pues, diferente a la de la venta anterior otorgada por el mismo vendedor y no inscrita, e inoponibilidad no embebida en la fe pública registral. ¿Cuáles son sus aplicaciones en nuestro Derecho? A nuestro juicio –aparte la mención registral de derechos susceptible de inscripción separada y especial (art. 29 LH)³⁰⁰– la de las resoluciones relativas a la capacidad dispositiva y de obrar del titular registral, y la de los arrendamientos inmobiliarios. Doctrinalmente se viene discutiendo si debería traerse a este cauce la anotación preventiva de embargo. Veamos lo que al respecto procede decir en cada caso.

2. La inoponibilidad de las resoluciones judiciales sobre la capacidad del titular registral

Habiéndonos ocupado de esta materia al estudiar, tanto la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica a la capacidad de obrar³⁰¹ como el objeto de la publicidad registral en nuestro sistema inmobiliario³⁰², vamos a tratar ahora este punto con la mayor brevedad posible, ciñendo la atención exclusivamente a lo que exige su integración en la línea y objeto de nuestro actual discurso, y remitiendo en el resto, para su más completa y detallada fundamentación y desarrollo, a lo anteriormente escrito.

El dato sustancial a tomar de nuevo en consideración ahora es que nuestro legislador extendió la función publicadora del Registro

l'égard des tiers, qui tiennent des droits réels de celui dont 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 même du jugement?». En nuestra doctrina se hace eco de ello GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «Sistemas hipotecarios...», en *Estudios...* I, cit. p. 67: «Ni aun los juicios que declaren la resolución, la nulidad o la rescisión de un acto transcrito, necesitan de la transcripción para producir sus efectos, porque la ley se ha contentado con imponer al abogado que haya obtenido el fallo la obligación de hacerlo constar por nota al margen del asiento correspondiente, bajo la multa de 100 francos». En general, para el ámbito de la inoponibilidad francesa después de la reforma de 1955: MAZEAUD: *op. cit.*, pp. 580-583.

³⁰⁰ Cfr. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: «La mención registral: Su justificación y contenido», *RCDI*, 1999, pp. 833-895.

³⁰¹ GORDILLO: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

³⁰² GORDILLO: «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 (LI), II, pp. 423 ss., esp. 544-595.

a «las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes» (art. 2, 4.º LH) y a las demandas para «obtener cualquiera de estas resoluciones» (art. 42, 5 LH)³⁰³; y que tal extensión se justificó como condición necesaria para que el Registro pudiera cumplir su función de dar completa seguridad al adquirente³⁰⁴, al cual hacía inminente frente a la incapacidad publicable y no publicada (originario artículo 23 LH)³⁰⁵.

La decisión de nuestro legislador estaba plenamente justificada. Históricamente, las incapacidades imperceptibles o camufladas bajo apariencia de capacidad venían suponiendo una amenaza al tráfico contra la que el Derecho había tenido que reaccionar, tratando, en los casos más graves, como capacidad real a la dolosamente aparentada (*malitia supplet aetatem*)³⁰⁶ o, no habiendo dolo, excu-

³⁰³ Hemos reproducido el tenor literal de los artículos 2, 4.º y 42, 5.º en su redacción vigente. No difiere, en lo sustancial, la de 1861: artículo 2.º: *En el registro expresado en el artículo anterior, se inscribirán: ... 4.º: Las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presuncion de muerte de personas ausentes; se imponga la pena de interdiccion ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre disposición de sus bienes;* artículo 42: *Podrán pedir anotacion preventiva de sus respectivos derechos en el registro público correspondiente: ... 5.º El que propusiere demanda con objeto de obtener alguna de las providencias expresadas en el núm. 4.º del artículo 2.º de esta Ley.*

³⁰⁴ Cfr. E. M., p. 243: *Despues de expresar en los términos que ha creído más a propósito los títulos, actos y contratos que deben sujetarse á la inscripción por ser traslativos de dominio, ó 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, ó la presunción de muerte de personas ausentes, ó se impone la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil en cuanto á la libre disposición de los bienes. Esta prescripción es nueva en nuestras leyes, aunque aceptada ya en el proyecto de Código civil; pero su simple enunciación la justifica. Para adquirir con seguridad bienes inmuebles ó derechos reales, no basta que el vendedor ó el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos á otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que trasmite, tenga capacidad civil para hacerlo. Solo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, á que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido.*

³⁰⁵ E. M., p. 235: *«... según el Proyecto... también el que ha pedido... la declaración de incapacidad, de presunción de muerte por ausencia, ó de interdicción de una persona, pueden obtener la anotación preventiva que los ponga a cubierto de todo peligro. El que no usa del derecho que la ley le da, impútese á sí mismo el perjuicio que su omisión le origine.*

³⁰⁶ Cfr. P. V. 1.4.: *Otrosi dezimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviesse, e lo negasse, diziendo que non, que por la tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado; P. V. 12.3: Por cuales razones pueden las mugeres ser fjadores por otri [...] La sexta [razón] es quando la muger se vistiessse vestiduras de varon engañosamente, o fziessse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por*

sando el error de quien contrata desconociendo la incapacidad de su contra-parte y admitiendo tal contrato como título *ad usucapionem* en calidad de título putativo³⁰⁷. En nuestros días, el temor a las incapacidades desconocidas y a sus perturbadores efectos sobre la seguridad del tráfico, ha provocado una Resolución del Parlamento Europeo solicitando la creación en los Estados miembros de un Registro que ponga su conocimiento al alcance de todo interesado³⁰⁸. Ni el peligro, pues, era imaginario, no el medio para conjurarlo podía ser tachado de inadecuado. Nuestra Ley Hipotecaria procedió aquí con singular lucidez y acierto, pero al hacerlo con iniciativa propia, emprendiendo en solitario un camino que ya había rechazado la Ley francesa de Transcripción³⁰⁹ y que poste-

fiador, cuydando que era varon. Ca el derecho que han las mugeres en razon de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: mas por la simplicidad e por la flaqueza que han naturalmente; P. VI. 19. 6: Diciendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que pareciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdria el pleyto que assi fuesse fecho con el, e non deve ser desatado despues, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores. El criterio pervive en el artículo 10 de la Ley de Usura: «El prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad».

³⁰⁷ D. 6.2.7.2.: *Marcelus libro septimo decimo digestorum scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit; D.41.4.2.16: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio et ideo neque de evictione actio nascitur mihi nec Publiciana competit nec accessio possessionis; D.41.3.13.1: Eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est.* Sobre estos textos, cfr. ENZO NARDI: *Squilibrio e deficienza in Diritto romano*, Milano, 1983, pp. 277-278. SAVIGNY: *Derecho Romano actual*, Trad. Mesía y Poley, 2.^a ed., Madrid, s.f., II (vol. 1), Ap. VIII, núm. XV, p. 391: «Cuando el vicio se refiere al acto jurídico mismo necesario para transferir la propiedad, el error se admite menos fácilmente, porque, en general, descansa sobre una acto personal del que lo comete. Sin embargo, si el vicio reside sólo en la facultad de obrar del que enajena, el error del que adquiere es excusable por descansar en la condición de un tercero; si, por ejemplo, el vendedor era menor o incapacitado y el adquirente lo creía mayor o en su sano juicio».

³⁰⁸ Resolución de 14 de septiembre de 1989 sobre las transacciones inmobiliarias transfronterizas: «5. Pide a la Comisión y a los Estados miembros que, en el marco del programa para 1992, establezcan un registro europeo, que pueda consultarse públicamente en todos los Estados miembros, de las personas a las que se ha prohibido asumir la dirección de empresas y otras responsabilidades comerciales». De ella se hizo eco la DGRN en su Instrucción de 29 de octubre de 1996, sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos, afirmando en su Preámbulo: «Es conveniente, también, abordar la centralización informatizada de los datos del Libro de Incapacitados, para conocer la posible restricción de la capacidad de los titulares de bienes y derechos, en sintonía con las recomendaciones del Parlamento Europeo contenidas en la Resolución de 14 de septiembre de 1989, sobre transacciones transfronterizas».

³⁰⁹ Expresivas las palabras de TROPLONG: *op. cit.*, pp. 204-205: «[...] il est clair que la loi française [...] a dû faire un choix pour éviter l'abus, et qu'elle a dû se borner à la publication des seuls actes nécessaires, en rejetant la publicité de tout ce qui n'est pas commandé par le plus impérieux besoin [...] il faut laisser aux parties le soin d'examiner la légalité des titres d'acquisition et la capacité des contractants».

riormente evitarían las legislaciones de Alemania³¹⁰ y Suiza³¹¹, hubo de caer bajo la sospecha, la incomprensión y la crítica de nuestra doctrina. Nuestro Registro de la Propiedad, que Gómez de la Serna consideraba «Registro de derechos e incapacidades»³¹², no podía permitirse el lujo de aparecer en el concierto europeo con fisonomía tan singular y tan propia. Todo había sido engaño y error en la iniciativa tan detenidamente explicada en la Exposición de Motivos de 1861. A don Jerónimo González tocó la suerte de hacerlo ver a todos en forma tan clara que tras él ha bastado a la común doctrina remitirse a su dictamen³¹³.

³¹⁰ Cfr. NUSSBAUM, A.: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*. Trad. W. ROCES, Madrid, 1929, pp. 43-44: «Objeto de especial atención son las limitaciones referentes a la libertad de disponer. Ordena el § 892, ap. 1.º, que las restricciones impuestas a una persona en sus facultades de disposición sobre derechos inscritos han de constar en el Registro, sin cuyo requisito no serán eficaces respecto a terceros adquirentes de buena fe. Esta norma puede fácilmente dar lugar a confusiones. Entre las «limitaciones» a que aquí se alude y que se refieren a la libertad de disponer de ciertos derechos, no cuenta el Código civil las que atañen a la capacidad general de obrar: demencia, minoría de edad, etc. Ni quiere referirse tampoco a otras trabas que, constituyendo verdaderas limitaciones a la libertad dispositiva, se establecen, no en beneficio de una persona determinada, sino con carácter absoluto, como es el embargo de bienes decretado como sanción contra ciertos actos punibles. Lo mismo estas restricciones que las primeras, radican en la *persona* del interesado, y el Registro no tiene por qué dar cuenta de ellas ni tomarlas bajo su protección. Así, por ej., si un propietario, en estado de demencia, inscribiese una hipoteca sobre su finca a favor de X., éste, aun obrando de buena fe, no adquiriría (*sic*) derecho alguno; y lo mismo ocurriría si los bienes que se hipotecan estuviesen sujetos a embargo por efecto de algún delito. Únicamente cuando X. traspasa la hipoteca a un tercero ignorante de aquellos hechos resultará éste amparado por el principio de fe pública»; STAUDINGER-HEINZ GURSKY, § 892 Rz 53: «Nicht von § 892 garantiert werden auch solche persönlichen Verhältnisse oder rechtlichen Eigenschaften des Eigentragenen, von deren Vorhandensein die Wirksamkeit des Erwerbsgeschäft abhängt: Das Grundbuch gewährleistet also nicht die Geschäftsfähigkeit des Eingetragenen [...]. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs ersetzt natürlich auch nicht die fehlende Rechtsfähigkeit einer im Grundbuch als Rechtsinhaber eingetragenen Stiftung oder Personenvereinigung».

³¹¹ DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 88: «On n'indique pas d'avantage les restrictions de capacité résultant pour le propriétaire de l'autorité parentale, de l'interdiction, de la mise sous conseil légal».

³¹² SERNA: *op. cit.*, pp. 221-222: «... No es en el registro de estos derechos e incapacidades la propiedad lo que siempre se inscribe, aunque en unos casos la inscripción sea de un derecho en la cosa que modifique y limite la propiedad y en otros venga ésta a ser protegida poniéndose de manifiesto la verdadera situación legal de las personas y la nulidad de los actos en que tienen participación activa, o de los contratos que celebran...».

³¹³ Cfr. CASTRO: *Derecho Civil de España*, II, Madrid 1952, p. 292, texto y nota 1: «La inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad de una persona (arts. 2, 4.º, RH; 10, 55, RH.)—como su anotación preventiva (arts. 42, 5.º, 43, RH; 166, 5.º, RH)—fue imaginada para la seguridad de quien adquiere confiando en el Registro», y añade la nota: «Así se dijo en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria; razón que se consideró decisiva por los primeros comentaristas, GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria de España*, 4.º ed., 1899, I, p. 450; MORELL: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1916, I, p. 431. La dura crítica a la disposición por GONZÁLEZ (J), por su carácter poco científico y poca eficacia práctica, *Estudios*, I, p. 386, III, p. 421, 422, ha sido aceptada por gran parte de la moderna doctrina. ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 1948, II, p. 205, III, p. 311, aunque reconoce su utilidad, como un dato más para que califique el registrador, II, p. 385, III, p. 311, 312; en igual sentido, DE COSSO: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 1945, p. 115; considera que no es fácil encontrar una solución más satisfactoria, DE COSSO: *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 1946, p. 370-371; compárese también JIMÉNEZ ARNAU: *Tratado de Legislación hipotecaria*, 1941, I, p. 147-149».

Hoy no hay quien admita que las inscripciones de incapacidad sirven para lo que el legislador las quiso. Si se practican, facilitan la labor calificadora del registrador y permiten el cierre del Registro a posteriores actos dispositivos del incapaz; si no se practican, no ocurre nada: el que adquirió contratando de buena fe con el incapaz, e inscribió, tendrá que padecer la impugnación de su acto adquisitivo por más que la incapacidad de su transmitente le hubiere resultado imperceptible y desconocida³¹⁴. Nuestro Registro, igualado a sus modelos ha ganado en pureza; el que ha perdido ha sido el tráfico y el sujeto que en nuestro Derecho lo personifica: el adquirente de buena fe. ¿Para qué recordar ahora los problemas provocados al tráfico por la quiebra y especialmente por su retroacción?

¿Cuáles han sido las razones que, además de la aducida ajenidad de la incapacidad a la materia propia del Registro de la Propiedad³¹⁵, han llevado a desvirtuar el régimen reconocidamente querido por nuestro legislador para la publicación de las situaciones de incapacidad dispositiva y de obrar del titular registral³¹⁶? En reali-

³¹⁴ LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 101: «A quien se protege con esta inscripción, no es a los terceros adquirentes, sino al propio incapacitado [...]. El que la incapacidad no conste inscrita, no impone la aplicación de la regla “lo no inscrito no perjudica a tercero” (art. 32 Lh) frente a quien contrata con el incapaz, porque esa regla se refiere a la titularidad sobre la finca, y no a las condiciones de capacidad de los contratantes. Quiere decirse que si alguien compra la finca a un loco incapacitado, cuya incapacitación no figura inscrita, celebra un contrato nulo o anulable, pues el registro le asegura que la finca es del loco, pero no que —a falta de inscripción— esté cuerdo. [...] 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), al prevenirle para que contrate con el órgano tutelar competente, y no con el incapacitado». Sigue aquí LACRUZ muy de cerca lo dicho por ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*. «Información Jurídica» 1951 (julio-agosto), pp. 748-749, sobre la finalidad y efectos de las inscripciones de incapacidad.

³¹⁵ Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Principios Hipotecarios*, Madrid, 1931, pp. 347-348: «No es el Registro de la Propiedad el órgano de la publicidad del estado civil, ni por la distribución de las oficinas, ni por razón de la materia, ni por los principios fundamentales, ni por la reglamentación de las inscripciones, ni por la forma de las mismas, y aunque en un período en que el Registro del estado civil no se hallaba organizado ni tampoco existía gran precisión en materia de incapacidades, pudieron pasar inadvertidas diferencias tan esenciales como las que separan la capacidad de la facultad dispositiva, no tardó en aparecer la deficiencia del sistema.

Ningún autor discute en serio si las circunstancias de sexo, edad, enfermedad, matrimonio, familia, religión, pena, vecindad civil, ciudadanía, ausencia y fallecimiento han de recibir, para los efectos de la contratación sobre inmuebles, su eficacia jurídica de la inscripción, y su determinación legítima, de los datos del asiento.

La simple necesidad de practicar cientos de inscripciones para obtener un resultado positivo, el aborto hipotecario del “Libro de incapacitados” mandado abrir por una orden de la Dirección General de los Registros de 12 de agosto de 1863 y la imposibilidad de acoplar sus pronunciamientos a los cánones del sistema, serían razones para impugnar todo lo estatuido, si la práctica no hubiera seguido el buen camino, resolviendo los problemas con criterios más jurídicos».

³¹⁶ «Aplicando, por lo tanto, con todo rigor el primer párrafo del artículo 23 —reconocía don Jerónimo GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 347—, tanto las incapacidades como las prohibiciones, no pueden perjudicar a tercero, cuando no se hallen inscritas o anotadas».

dad y en sustancia, sólo una, aun cuando su formulación pueda hacerse discurrir por dos vías distintas: que la inscripción no sana los actos nulos (art. 33 LH)³¹⁷, y que quien adquiere del incapaz, al ser «parte» en el contrato adquisitivo nulo, no puede ser el «tercero» a cuya protección se ordena el Registro³¹⁸.

De suyo, y tomadas en sí mismas, ambas afirmaciones son ciertas; pero en cuanto a través de ellas se entra en contradicción con lo establecido, sin lugar a dudas, por la misma Ley Hipotecaria para la inscripción de la incapacidad y para su declarada eficacia, será menester, en lugar de exhibir la contradicción y concluir en la eliminación de uno de los dos elementos en conflicto, proceder al intento de su superación logrando dar explicación adecuada a lo que el legislador dejó consignado argumentando y razonando como su decisión deliberada y cierta. Y algo puede contribuir a tal superación y explicación sacar el efecto protector de las inscripciones de incapacidad —de su omisión, más propiamente hablando— del campo de la fe pública registral para situarlo en su terreno propio: el del principio de inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito.

La fe pública registral exige indeclinablemente la aparición de un «tercero», sin duda alguna, ya que su presupuesto consiste en la inexistencia o inestabilidad del derecho del *tradens* por razón del contrato en el que el mismo lo adquirió (... *aunque después se anule o resuelva el [derecho] del otorgante por causas...*). Esta anulación o resolución es la que la fe pública impide que pueda propagarse a terceros. El problema es muy otro cuando de lo que se trata es de defender al adquirente contra la incapacidad de su transmitente. No hay ahora insuficiencia alguna de derecho en el *tradens*: el incapaz, por hipótesis, sería titular firme y estable del derecho que va a transmitir. Si en tal transmisión se pretende la protección del adquirente basta con impedir que el defecto de capacidad pueda serle opuesto o perjudicarle. La hipótesis transmisiva que el Registro se propone aquí asegurar no exige la aparición de un «tercero» (aunque de tercero hable la Ley cuando se refiere indiferenciadamente a ella —originario art. 23— y de tercero hable también la doctrina, sin entrar en mayores distinciones, cuando se

³¹⁷ 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 estrellarán las consecuencias que se quieran deducir de la confusión indicada».

³¹⁸ *Vid.*, e. c., ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., p. 749: «Por ejemplo, si uno compra una finca a una persona declarada incapaz por *prodigalidad*, es evidente que por más que el comprador ignore la existencia de esta declaración de incapacidad, no puede alegar nunca su condición de tercero protegido por la ley Hipotecaria, y, por tanto, perderá la adquisición, si el tutor del pródigo reclama la finca vendida».

refiere al adquirente directo del incapaz³¹⁹), y en ella es particularmente absurdo tropezar en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. La exigencia de contrato válido —en él como en el art. 1953 CC para la usucapión ordinaria— se entiende bien como requisito de la adquisición *a non domino*, pero pierde todo su sentido cuando lo que la Ley se propone es precisamente poner a salvo un contrato de la impugnabilidad a que lo somete, de suyo, la incapacidad de uno de los contratantes (art. 1301 CC). No decimos con ello que la necesidad de contrato válido no sea condición general de protegibilidad registral, no ceñida a la adquisición *a non domino*; simplemente, nos limitamos a afirmar que no puede serlo cuando la Ley hace consistir la eficacia de su intervención protectora justamente en la inoponibilidad de la causa que provoca la nulidad (anulabilidad) de aquel mismo contrato. En una palabra: la protección dispensada por la fe pública registral exige un «tercero» respecto al contrato por el que adquirió su transmitente, y que dicho tercero, a su vez, adquiriera de éste por contrato válido. La protección registral contra la incapacidad del transmitente inscrito, en cambio (su inoponibilidad) no implica problema «de tercero», por una parte; y, por otra, no es sólo que no exija contrato adquisitivo válido, es que, por hipótesis, supone contrato adquisitivo anulable. El originario artículo 23 exigía —como hoy sigue exigiendo el 32 a pesar de su retoque redaccional³²⁰— excepcionar el artículo 33 cuando de lo que se trata es de evitar que perjudique al adquirente la incapacidad no inscrita de su transmitente. Todo lo que, no siendo eso, imponga la aparición del subadquirente para que la publicidad venga a suplir el defecto (remoto) de capacidad³²¹, es tanto como desconocer lo que al respecto quiso y dispuso nuestro legislador, y, con el consiguiente perjuicio para el tráfico, equiparar nuestro sistema con los

³¹⁹ Sobre ello, su razón de ser y su significado, nos remitimos a lo dicho en *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 571-573.

³²⁰ También aquí nos remitimos a lo dicho en *El objeto de la publicidad...*, cit., pp. 580-583, sobre la dificultad que a la pervivencia del régimen de 1861 en el actual Derecho podría suponer la nueva redacción del artículo 32, y sobre la posibilidad, no obstante ella, de reconocerle su amplitud originaria.

³²¹ ROCA SASTRE: *Imperfecciones hipotecarias*, cit., p. 749: «La inscripción de ejecutorias de incapacidad no tiene más transcendencia que esta dicha. Nada más que esta. Y esto es lógico; pues, como dijimos en otra ocasión, quien adquiere de un incapaz, no puede pretender protección alguna del Registro, ya que la incapacidad origina un vicio en el propio contrato adquisitivo, o sea un vicio que surge o nace de él, y el Registro no protege definitivamente a las partes, sino al subadquirente»; ídem., *ibid.*, p. 747, concretamente para la inscripción de la quiebra: «La protección derivada de la fe pública registral no defiende al adquirente de tales vicios que contaminan el acto adquisitivo en sí, y lo demuestra el propio artículo 33 de la ley Hipotecaria [...]. Al artículo 34 de la ley Hipotecaria no le preocupa el adquirente en el acto nulo "per se"; a él lo que le preocupa es defender al adquirente de este adquirente [...].»; LA-CRUZ-SANCHO: *op. cit.*, pp. 101-102: «En cambio, la falta de inscripción de incapacidad hace

germánicos o de fe pública que positivamente dejaron fuera de su acción protectora la adquisición de transmitente incapaz³²².

Hicimos ya referencia muy de pasada a los problemas que en materia de quiebra, y especialmente de su retroacción, se han venido planteando en nuestro Derecho. Todos se podían haber evitado si a su solución se hubiera aplicado el criterio previsto en la Ley Hipotecaria. No ha sido así, y de poco vale decir hoy que con la aprobación de la Ley Concursal la cuestión ha pasado ya a ser historia. Triste historia por lo que fue en sí misma y por el lastre dejado en el Derecho naciente. Camuflada bajo el extraño disfraz de una acción rescisoria basada en el mero perjuicio a la masa, sin connivencia fraudulenta ni dato alguno que permita presumirla *juris et de jure* ni *juris tantum*, sigue en pie una cripto-retracción del concurso por plazo legal de dos años de antelación a su declaración (art. 71. 1 LC); y en ningún caso, ni antes (art. 72. 2 y 73. 2) ni después de la declaración (art. 206) del concurso, el que de buena fe adquiere del concursado logrará gozar de la protección registral, que siempre aparece entendida en clave de fe pública registral a favor del subadquirente. La declaración de concurso se inscribe, pero su efecto se limita a provocar el cierre del Registro a los actos del concursado mientras no sean confirmados o convalidados o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación (40. 7). Quedamos muy lejos de lo que nuestro legislador hipotecario dispuso al admitir al Registro las resoluciones que limitan la capacidad dispositiva y de obrar del titular registral —entre ellas las de declaración de quiebra o concurso— con la laudable finalidad de cumplir su tarea de dar completa seguridad al adquirente³²³.

que ésta no perjudique al subadquirente; a quien compra al adquirente del incapacitado. Pues éste sí que podrá alegar que la persona que le vendió aparecía en el Registro como propietario de la finca: mientras que en la relación *incapaz-adquirente* media un defecto de capacidad que hace a la transmisión inválida, en la relación *adquirente-segundo adquirente* lo que hay es un defecto de titularidad en aquél, y eso sí lo compensa el Registro».

³²² En ellos, como en la interpretación que del nuestro hace la común doctrina, el subadquirente del incapaz queda registralmente protegido, no porque el Registro proteja contra la incapacidad, sino como puro efecto de la fe pública registral. Cfr. al respecto, NUS-SBAUM, A.: *Tratado...*, cit. p. 44: «Así, por ej., si un propietario, en estado de demencia, inscribiese una hipoteca sobre su finca a favor de X., éste, aun obrando de buena fe, no adquiriría (*sic*) derecho alguno; y lo mismo ocurriría si los bienes que se hipotecan estuviesen sujetos a embargo por efecto de algún delito. Únicamente cuando X. traspase la hipoteca a un tercero ignorante de aquellos hechos resultará éste amparado por el principio de fe pública».

³²³ Para la argumentación y ampliación de este apunte, tenemos que remitirnos a nuestro trabajo: «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 2003 (núm. 17), pp. 413-432.

3. La inoponibilidad de los arrendamientos y derechos de retorno arrendaticio no inscritos

También en el tratamiento de este punto³²⁴ vamos a proceder sucintamente, limitando la atención a lo que más directamente interesa al objeto de nuestro discurso y remitiéndonos, en ello y en lo que como complemento podría rodearlo, a lo ya escrito al tratar del objeto de la publicidad registral³²⁵ y al comentar el artículo 13 de la Ley de Arrendamiento Urbanos³²⁶.

El dato legal básico, en lo específicamente hipotecario, vendría aquí ofrecido por los originarios artículos 2, 5.º y 6.º, y 23 de la Ley Hipotecaria. El primero de ellos incluía entre los títulos inscribibles los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por más de seis años o en que se hubieran anticipado las rentas de tres o más años³²⁷, y el segundo establecía que tales contratos, en cuanto incluidos entre títulos mencionados en el artículo 2.º, si no están inscritos en el Registro, «no podrán perjudicar a tercero». En el actual Derecho este doble dato está accidentalmente modificado. A partir de la vigente LAU (Disp. ad. 2.^a)³²⁸, por una parte, todos los arrendamientos inmobiliarios son inscribibles; y, por otra parte, su inoponibilidad si no están inscritos no se encuentra ya comprendida en el tenor literal del artículo 32 de la Ley Hipotecaria –limitada, como ya hemos visto, a la de «los títulos de dominio o de otros derechos reales»–, aunque haya de ser comprendida en su espíritu, aquí, por cierto, con el apoyo explícito del artículo 1549 del Código Civil. En cuanto al retorno arrendaticio el dato legal

³²⁴ Sobre él, específicamente, PAU PEDRÓN: *La protección del Arrendamiento Urbano*, Madrid, 1995; DE LA PUENTE ALFARO: *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996; POVEDA BERNAL: *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1997.

³²⁵ GORDILLO: *El objeto* ..., cit., pp. 595-632.

³²⁶ GORDILLO: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. C. Lasarte, Madrid, 1996, pp. 303-373.

³²⁷ Decía el artículo 2 LH en su redacción originaria: «En el Registro expresado en el artículo anterior se inscribirán [...] 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años. 6.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hayan anticipado las rentas de tres o más años». Ambos párrafos se refunden en la reforma de 1869, pasando a constituir el 5.º, a cuyo tenor se declaran inscribibles «Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período que exceda de seis años, o en los que se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

³²⁸ La Disposición Adicional segunda de la LAU de 24 de noviembre de 1994, en su primer párrafo, dispone: «El artículo 2, núm. 5.º de la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, tendrá la siguiente redacción: “5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos”».

básico viene constituido por el artículo 15 del Reglamento Hipotecario: «Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retornar al piso o local arrendado [...] podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho [...]». En ambos casos se recurre a un mismo instrumento para lograr un mismo resultado: la admisión al Registro de la Propiedad de un derecho de naturaleza no real para permitirles traspasar el ámbito *inter partes* de su natural desenvolvimiento y revestirlos de oponibilidad *erga omnes*.

Siendo, ciertamente, el anterior el dato legal básico, su indicación no es suficiente para con ella sola justificar la inclusión de esta materia entre las que constituyen supuestos de aplicación exclusiva del principio de inoponibilidad registral. Pensando globalmente en el arrendamiento, la sobria nitidez del planteamiento legal originario ha resultado posteriormente muy enturbiada por las distintas formas en que la doctrina ha venido entendiéndolo e interpretándolo. Todo, inter-relacionado entre sí, ha influido en ello: desde la comprensión del arrendamiento y las diferentes concepciones de su naturaleza, hasta la distinta manera de entender los efectos de la publicidad registral. En medio de esta confusión, la inclusión, expresa o implícita, de los arrendamientos en el efecto previsto en el artículo 32 LH no puede bastar para dar por resuelto que el solo resultado de su admisión al Registro sea la negación de su oponibilidad a terceros cuando no se inscriben. Ese mismo efecto vale para los derechos reales que por natural vocación son admitidos a inscripción, y es obvio que de su publicación se sigue también como consecuencia la fe pública registral que nosotros no creemos aplicable a los arrendamientos inscritos, pero que en la concepción monista, como efecto principal de la publicidad y envolvente del de inoponibilidad, forma con éste bloque indivisible. De todas formas, debe advertirse, la posición monista o dualista de partida no impone aquí conclusiones necesarias. Dualista es García García, y sostiene que la inscripción del arrendamiento permite al arrendatario gozar la fe pública registral³²⁹; mientras que Roca Sastre, el principal de los monistas, limita a la inoponibilidad el efecto de la inscripción de los arrendamientos³³⁰. Nosotros, desde nuestro moderado dualismo, pensamos que en la admisión de los arrendamientos al Registro se produce uno de esos casos en que la publicidad se limita a actuar como condición de oponibili-

³²⁹ GARCÍA GARCÍA: *Derecho Inmobiliario* ..., II, cit., pp. 408-410.

³³⁰ ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, cit., III, pp. 502 ss. esp., pp. 528-530.

dad a terceros del derecho inscrito; y aquí, con fundamento distinto a como lo hace cuando se trata de los derechos reales: no removiendo a su natural oponibilidad el obstáculo que la protección del tráfico le opondría en su desconocimiento inculpable por los terceros, sino dándole, por razones de política económica y jurídica, una oponibilidad de la que, de suyo, como derecho de naturaleza personal que es, carece el arrendamiento. Tratemos de argumentarlo.

La inscripción de los arrendamientos es una inscripción especial. Lo fue inicialmente y continúa siéndolo hoy. Especial, por la naturaleza personal del derecho que publica, ajena a la precisa para entrar *jure proprio* en el Registro de la Propiedad. Los arrendamientos entran, así, excepcionalmente en el Registro: porque no son derechos reales, y porque –inicialmente– no todos los arrendamientos eran admitidos a inscripción. Podrá decirse que la Exposición de Motivos se creyó en el deber de reconocer que con tal admisión había convertido al arrendamiento en derecho real³³¹; pero no podrá perderse de vista que la inclusión de éstos entre los títulos inscribibles se hace dejando constancia de que el arrendamiento es, de suyo, derecho de naturaleza personal³³², y que el cauce para su inscripción –aunque, en su forma, tan inscripción como cualquier otra, incluso como las de incapacidad– es distinguible respecto del genéricamente dispuesto para la publicación de los derechos reales. Lo advierte expresamente Gómez de la Serna al indicar que los arrendamientos que históricamente tuvieron la consideración de derechos reales entrarían en el Registro por el núm. 2 del artículo 2 de la Ley, quedando por tanto reservado el núm. 5 a los que, sin tal consideración y excepcionalmente son ahora admitidos a inscripción³³³. Incluso la colocación de los arrendamientos en el núm. 5 del artículo 2 LH, después de las ins-

³³¹ E. M., p. 244: «La Comisión no debe ocultarlo: en ellos [en los arrendamientos inscribibles] ha establecido implícitamente un verdadero derecho real».

³³² E. M., pp. 243-244: «Ni los arrendamientos por largo espacio de años, ni aquellos en que se hayan hecho considerables anticipaciones, son generadores de un derecho real. De aquí ha dimanado la doctrina jurídica de que sólo el que adquiere el dominio en virtud de un título universal, está obligado a respetar el arrendamiento hecho por su antecesor, pero no el que lo hace por títulos singulares».

³³³ SERNA: *op. cit.*, p. 303: «En estos dos casos [los excepcionados en P. 5. 8. 18 respecto de la regla *empio tollit locatum*] no hay duda que existe también un verdadero derecho real, puesto que el arrendamiento va de tal manera adherido a la finca, que la sigue donde quiera que vaya, y el que la adquiere es siempre con la obligación de respetar el contrato como si fuera él mismo el que lo hubiera celebrado. No se hará en este caso la inscripción por lo que este artículo de la Ley Hipotecaria dice de los arrendamientos, sino por lo que antes deja establecido respecto a los contratos o actos en que se constituyen derechos reales. Y con razón, porque en tales casos existe una carga, y por lo tanto una disminución del valor que el adquirente o el prestamista deben conocer para no caer en engaño: la falta de expresión en este punto sería contraria al principio de publicidad que domina en toda la Ley Hipotecaria».

cripciones de incapacidad y separados por ellas respecto del contenido jurídico-real propio del Registro, muestra a las claras que su consideración registral es distinta a la de los derechos reales. Excepcionalmente admitidos a inscripción como extraños al objeto genuino de la publicidad registral, todo está diciendo que su inscripción es una inscripción peculiar: en su justificación y finalidad.

Efectivamente, así es, y también de ello tenemos expresa constancia. Lo que con la inscripción de los arrendamientos se pretende es proporcionar al arrendatario un instrumento al servicio de la continuidad y estabilidad de su derecho, compatible con las exigencias del tráfico. Se piensa principalmente en el caso de que el propietario-arrendador venda la finca arrendada. La *Lex Emptoris*, de acuerdo con la naturaleza personal del arrendamiento, dejó históricamente sentado el criterio contrario a dicha continuidad (*emptio tollit locatum*); pero las necesidades de la agricultura y de la industria venían recomendando una fórmula distinta de solución³³⁴. Un medio para lograrla podía ser el reforzamiento ortopédico del derecho del arrendatario mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad: la publicidad lo haría registralmente oponible al comprador de la finca arrendada³³⁵; o supeditaría esa misma oponibilidad cuando, por razones de oportunidad, ya se la hubiera otorgado la legislación sustantiva³³⁶. En ambos casos, con diferen-

³³⁴ Vid. GARCÍA GOYENA: *Concordancias...* (ed. Zaragoza 1974), p. 790, dando razón de lo establecido en el artículo 1502 del Proyecto Isabelino en contra del viejo criterio de la *Lex Emptoris*: «[...] Creyóse que dando al nuevo propietario la facultad de expulsar al arrendatario se prestaba favor a las ventas, y no se hizo más que desalentar los establecimientos de la agricultura y de la industria violando los principios. El interés del Estado, más que en los cambios frecuentes de la propiedad, consiste en el buen cultivo, en las grandes empresas, en el fomento de los canales, en la desecación de los pantanos, en la formación de prados artificiales y en el aumento de los rebaños: para esto son muy útiles los largos arriendos, y la seguridad de gozarlos, porque nadie hará en cosa ajena grandes anticipaciones sin la seguridad de reembolsarse de ellas con ventaja. La citada ley 19 de Partida reconoció la utilidad de los arriendos largos, y la favoreció en la segunda de sus excepciones: la reconocieron algunos de nuestros más respetables jurisconsultos, extendiendo el espíritu y favor de la ley a los arriendos de diez o más años: el progreso y prosperidad de la agricultura en algunas de nuestras provincias del norte se deben a esta causa: los arriendos pasan de generación en generación, y vienen a constituir como una segunda propiedad».

³³⁵ Fórmula que, como veremos, resultará de la conjugación de lo dispuesto en el Código Civil (arts. 1549 y 1571) con lo establecido en la Ley Hipotecaria sobre la inscripción de los arrendamientos.

³³⁶ Es lo que ocurriría en la conjugación de la Ley Hipotecaria con lo previsto en los artículos 1502 y 1831, 5.º del Proyecto Isabelino. Según el primero, «Aunque se enajene la finca, subsistirá el arrendamiento durante el plazo convenido, siempre que conste por escritura pública, o que su fecha sea legalmente cierta, a no ser que se hubiese estipulado lo contrario. Lo dispuesto en este artículo se entiende con sujeción a lo que se determina en el título XX de este libro»: a saber: artículo 1831: «También deben inscribirse los títulos en que se imponen sobre bienes inmuebles alguno de los derechos siguientes: [...] 5.º Los arrendamientos por seis años o más, y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año».

cias sólo de detalles, se trata de lo mismo: de servir a la estabilidad del derecho del arrendatario, proporcionándole un medio de oponibilidad del que de suyo carece, o sometiendo dicha oponibilidad a las exigencias del tráfico. No se trata, pues, de asegurar al arrendatario la adquisición de su derecho; se pretende tan solo permitirle que lo pueda oponer sin sorpresa al tercero que adquiere la propiedad de la finca dentro del tiempo de duración del arrendamiento³³⁷.

Que ésa sea la finalidad de la inscripción de los arrendamientos y el efecto esperado de ella se confirma atendiendo a lo que al respecto resulta en el Derecho comparado. En realidad, la comparación sólo tiene completo sentido cuando se la establece con los sistemas de publicidad positiva en los que a los arrendamientos se extiende la publicidad del Registro de la Propiedad. Se trataría de ver si en tales sistemas la inscripción permite al arrendatario gozar los efectos de la fe pública registral, y la respuesta es nítida y tajantemente negativa³³⁸. Es verdad que fuera de esos sistemas —donde la inexistencia de fe pública impide distinguir entre inoponibilidad sustantiva y fe pública, con su consiguiente ingrediente de inoponibilidad—, en Francia, Troplong aplica al segundo arrendador que se adelanta a inscribir el mismo efecto sustantivo que de la prioridad en la inscripción obtiene el segundo comprador³³⁹. Pero esto, que

³³⁷ Cfr. E. M., p. 244: «De este modo, sin perjuicio del dueño, que al enajenar y traspasar la finca no pretende burlarse de las obligaciones que contrajo con los arrendatarios, sin daño del comprador de buena fe que entra en el contrato con el conocimiento de una obligación de que es sucesor, se salvan los justos derechos de los arrendatarios en los casos que en el Proyecto se prefijan».

³³⁸ Cfr. DESCHENAUX: *op. cit.*, p. 536: «L'annotation des baux à ferme et à loyer, spécialement mentionnés à l'art. 959 al. 1, a pour effet de rendre les droits personnels qui en dérivent "opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble". L'art. 260 al. 2 CO précise cet effet en disant que l'annotation "oblige tout acquéreur à laisser au preneur, en conformité du bail, la jouissance de la chose louée"; le nouveau propriétaire doit souffrir l'utilisation de l'immeuble par le preneur ("die Benutzung gestatten")»; ID: 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 indûment 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». En la doctrina alemana, sin una disposición semejante a la suiza sobre inscripción de arrendamientos, *vid.* WOLFF-RAISER: *op. cit.*, p. 271: «La fe pública sólo garantiza la validez de los negocios de disposición sobre derechos inscritos. En cambio, no alcanza a ningún *negocio obligatorio*: así el arrendamiento de una finca otorgado por el inscrito como propietario sin serlo, no surte efecto contra el verdadero dueño, aunque se haya dado al arrendatario la posesión de inmueble».

³³⁹ TROPLONG: *op. cit.*, pp. 377-378: «Nous n'avons parlé de l'utilité de la transcription des baux que par rapport aux tiers acquéreurs et aux créanciers hypothécaires de l'immeuble objet de la location. Cette transcription a aussi de l'intérêt, dans le cas où le même immeuble serait loué successivement à deux personnes, pour plus de dix-huit années: c'est le bail transcrit le premier qui l'emportera sur l'autre. En effet, la loi admet à invoquer le défaut de transcription tous ceux qui ont des droits sur l'immeuble; elle ne fait aucune distinction entre les tiers. Or, nous avons démontré, dans notre Commentaire du *Louage*, qu'un locataire, surtout un locataire à longues années, a un droit réel sur la chose louée [...]».

obviamente no implica que el arrendatario goce los efectos de la fe pública³⁴⁰, significa tan solo que en Francia, donde la publicidad se limita a ser condición de oponibilidad, el arrendatario con contrato de duración superior a dieciocho años y en concurrencia con otro arrendatario por igual o superior duración, obtiene de la inscripción la misma protección que el propietario. Ahora bien, que esta regla –fundamentada, además, en el carácter real que se atribuye a estos arrendamientos en razón de su gran duración³⁴¹– no significa nada parecido a una aplicación de la fe pública a favor del arrendatario se comprueba sin más atendiendo a que la misma deja de ser aplicable cuando el primer arrendatario que no inscribió lo es por duración inferior a la exigida para el acceso de su derecho al Registro. ¿Cómo va a reprochársele que no haya inscrito –se preguntaba Troplong– cuando su contrato no era inscribible? La inscripción, en tal caso, no puede decidir la incompatibilidad entre los arrendatarios a favor del segundo que inscribió³⁴². Sobre él, a pesar de la inscripción, prevalecerá el primero en el tiempo. En todo caso, repetimos, la comparación que a nosotros más interesa es la establecida con los sistemas de fe pública, y en tales sistemas, según ya hemos visto, los arrendamientos inscritos no gozan de ella.

Avanzadas estas consideraciones generales, es el momento de pasar, aunque sea muy brevemente, al examen del problema en nuestro ordenamiento, y ceñido a su planteamiento estrictamente positivo. Atenderemos para ello a los cambios producidos en la normativa aplicable a los arrendamientos inmobiliarios y a su publicidad registral.

La primera época viene marcada por la aparición y entrada en vigor de la Ley Hipotecaria, y se extiende hasta la aparición del Código Civil. Con un retoque poco más que accidental en la redac-

³⁴⁰ Lo advertimos así porque en nuestra doctrina se ha argumentado sobre esta idea, –tomada directamente de OLIVER, no de TROPLONG– para defender que la inscripción de los arrendamientos produce el efecto de la fe pública registral a favor del arrendatario. Cfr. al respecto PAU PEDRÓN: *La protección ...*, cit., p. 114.

³⁴¹ Cfr. TROPLONG: *op. cit.*, p. 378: «Or, nous avons démontré, dans notre Commentaire du *Louage*, qu'un locataire, surtout un locataire à longues années, a un droit réel sur la chose louée, et cette vérité est désormais évidente, en présence de la loi du 23 mars 1855, qui n'a soumis à la transcription les baux de plus de dix-huit ans que parce qu'elle les considère comme démembrements de la propriété».

³⁴² TROPLONG: *op. et loc. ant. cit.*: «Mais si le bail de plus dix-huit ans se trouvait en concours avec un bail de moins de dix-huit ans, on ne pourrait plus prendre la transcription comme règle de la préférence entre les deux. En effet, le bail de dix-huit ans et au-dessous n'étant pas assujéti à la transcription, on ne saurait lui opposer un bail de plus de dix-huit ans, par le motif que ce dernier a été transcrit: comment pourrait-on reprocher le défaut de transcription à un bail auquel cette formalité n'est pas imposée?».

ción del artículo 2 en la primera reforma de la Ley Hipotecaria³⁴³, los arrendamientos entran excepcionalmente en el Registro de la Propiedad –sólo los convenidos por duración superior a seis años, y aquellos en que se hubieren anticipado las rentas correspondientes a más de tres o cuya inscripción se hubiere pactado–, y la razón de ser de su inscripción, más que en la protección del arrendatario –a la continuidad de cuyo contrato en caso de venta de la finca arrendada proveía ya sustantivamente el artículo 1502 del Proyecto Isabelino³⁴⁴– residía principalmente en la tutela del eventual comprador de dicha finca, toda vez que a éste, sin la debida inscripción, el arrendamiento inscribible no podía perjudicarlo (art. 23 LH). Actuando, pues, a una, y cada uno en su terreno, Código Civil (Proyecto) y Ley Hipotecaria, velaban por la continuidad de los arrendamientos y por su logro sin perjuicio del tráfico inmobiliario. El Código, por sí mismo, velaba por la primera, y la Ley Hipotecaria se encargaba de hacerla compatible con las expectativas del adquirente de buena fe.

Algo varía el panorama con la aparición del Código Civil. Contra lo previsto en el artículo 1502 del Proyecto Isabelino, el artículo 1571 vuelve al viejo y tradicional criterio de la *Lex Emptoris*, pero contando el Código con las disposiciones al respecto de la Ley Hipotecaria, va a permitir que los arrendamientos admitidos a inscripción puedan, por la sola fuerza de su publicación, imponerse al tercero que entra en la propiedad de la finca pudiendo conocer su existencia (arts. 1549 y 1571 CC). Es muy claro que ahora lo que prepondera en la inscripción de los arrendamientos es el interés del arrendatario. Compatibilizado, desde luego, con el del adquirente, pero siempre destacado sobre éste, ya que es la inscripción la que proporciona al arrendamiento una estabilidad que el Código Civil –fuera de la limitada y excepcional prolongación de los arrendamientos de fincas rústicas hasta la finalización del año agrícola (art. 480)– no le da por sí mismo³⁴⁵.

³⁴³ Cfr. *supra*, nota 327.

³⁴⁴ *Vid.*, *supra*, nota 336, en la que hemos transcrito el texto del precepto.

³⁴⁵ Para el valor de la inscripción de los arrendamientos en el régimen del Código Civil, *vid.* STS 28-7-1993: «Cuarto.–El quinto motivo versa sobre la infracción del artículo 606 del CC, y se funda esencialmente en que el arrendamiento de que se trata no se hallaba inscrito en el Registro de la Propiedad, por lo que, a juicio del recurrente, no le podía ser opuesto ni debe perjudicarlo. Así es, pero ha de señalarse que la situación jurídica a este respecto del comprador de la finca arrendada y los derechos del arrendatario, se hallan definidos en el artículo 1571 del CC, que es el especialmente aplicable al caso, conforme al cual, “lo dispuesto en la Ley Hipotecaria” –se refiere a los efectos de la inscripción practicada según lo prevenido en su artículo 2.º 5.º– puede impedir el ejercicio por el comprador del derecho a terminar el arriendo, por lo que, en el supuesto de no inscripción, como es el

Después vendría la legislación arrendaticia especial, de naturaleza imperativa y muy marcado carácter social. En interés del arrendatario, el contrato se prorroga forzosamente al vencimiento de su plazo, y el comprador de la finca arrendada queda legalmente subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador (arts. 57 LAU, TR 1964, y artículo 74 LAR). La publicidad ahora no cuenta para nada. Con ella y sin ella, por disposición de la ley sustantiva, el arrendamiento se impone al adquirente de la finca arrendada.

Y así llegamos a la época actual. La vigente LAU (Ley 29/1994, de 24 de noviembre), pretendiendo compatibilizar la protección razonable del arrendatario con los intereses del propietario, ha reducido la antigua prórroga forzosa al periodo de cinco años de duración mínima y sólo en el arrendamiento para fines de vivienda, reintegrando en el resto la regulación del arrendamiento a los principios ordinarios del régimen de los contratos³⁴⁶. A partir de este dato, su publicidad recobra el sentido y valor que le habían asignado el Código Civil y la Ley Hipotecaria. ¿Se lo atribuye efectivamente el legislador de 1994? No es fácil responder exactamente y con seguridad a esta pregunta. Nosotros hemos tratado de hacerlo afirmativamente, atendiendo a la finalidad normalizadora de la disciplina de los arrendamientos urbanos que de sí misma predica la Ley, y a la necesidad de encontrar una interpretación que evite la contradicción entre sus artículos 13, de una parte, y 14 y 29, de otra.

Comienza la nueva LAU por reformar el artículo 2. 5.º de la Ley Hipotecaria para admitir al Registro, sin límites ni cortapisas, todos los arrendamientos inmobiliarios. Es algo que originariamente, como contrario a la naturaleza del arrendamiento y a la

que nos ocupa, el comprador puede ejercitar el derecho a poner fin al arrendamiento, de donde, en estos términos, procede la estimación del motivo. Quinto.—El motivo sexto denuncia infracción del artículo 1571 CC, en cuanto la sentencia impugnada condena al recurrente y su esposa “a indemnizar a los actores los daños y perjuicios que a los mismos se le hayan irrogado por el despojo y privación de los repetidos derechos arrendaticios”. Ciertamente corresponde al vendedor indemnizar los perjuicios causados al arrendatario cuando, como en este caso sucede, el comprador ejercita su derecho “a que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta”, y ello incluso si éste tenía conocimiento de la existencia del arrendamiento, siempre que no se pacte lo contrario por vendedor y comprador o se trate de un arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad, casos ambos en que, conforme al artículo 1571, excepcionalmente no opera la regla *emptio tollit locatum*; ha de prosperar, por tanto, también este motivo [...].

³⁴⁶ Cfr. E. M.: «[...] En este sentido, al mismo tiempo que se mantiene el carácter tuitivo de la regulación de los arrendamientos de vivienda, se opta en relación con los destinados a otros usos por una regulación basada de forma absoluta en el libre acuerdo de las partes [...]. Para ello, en la regulación de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, la ley opta por dejar al libre pacto de las partes todos los elementos del contrato, configurándose una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil».

intrínseca relatividad de su eficacia, Gómez de la Serna había estimado excesivo e injustificado³⁴⁷, pero que el legislador actual ha motivado atendiendo a finalidades bien ajenas a las propias del Registro de la Propiedad³⁴⁸. Si la lógica ha estado presente en la

³⁴⁷ SERNA: *op. cit.*, pp. 304-305: «La primera objeción que puede hacerse a lo que aquí establece la Ley, es la de no haberse sujetado a la inscripción todos los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y sí sólo los que en este número y en el siguiente artículo se mencionan. La contestación es porque no constituyen un derecho *real*. Mas esta respuesta puede dar lugar a otro nuevo argumento, a saber porque no se han convertido en derechos *reales* todos los arrendamientos, como se ha hecho con los que exceden de seis años y los que tienen tres anualidades de rentas anticipadas. A esto contestaremos, que la declaración implícita de que todos los arrendamientos fueran derechos *reales* no estaría justificada. El arrendamiento, según hemos dicho, sólo da un derecho personal: esta es su índole y su naturaleza: para justificar su conversión en derecho *real*, es menester que haya circunstancias muy especiales que lo aconsejen [...]. La Ley, pues, debe arreglarse a las necesidades reconocidas, no ser pródiga en sacar las cosas de sus condiciones naturales y ordinarias, ni transformar los derechos de una clase en otra, mientras no esté reconocida la conveniencia de verificarlo» (cvas. del a.).

³⁴⁸ E. M. LAU: «Al mismo tiempo, se consagra expresamente la posibilidad de todos los contratos de arrendamiento, cualquiera que sea su duración, de acceder al Registro de la Propiedad, intentando, por otro lado, potenciar esta posibilidad de acceso mediante la vinculación de determinadas medidas de fomento o beneficio al hecho de la inscripción. Este hecho no sólo contribuye a reforzar las garantías de las partes, sino que incrementa la información disponible para el Estado, permitiéndole el diseño y ejecución de aquellas medidas que puedan contribuir a la mejora de la ordenación normativa y de la práctica de los arrendamientos». Tiene sus precedentes en nuestra legislación esta espuria aplicación de la publicidad a los arrendamientos. Para un autorizado juicio sobre ellos, *vid.* SERNA: *op. cit.*, pp 299-301: «Apareció por primera vez entre nosotros la regla de que se inscribieran en el registro los contratos de que aquí se trata, en el Real decreto de 23 de mayo de 1846, al ordenar que en las provincias del reino e Islas adyacentes estuvieran sujetos al derecho de hipoteca todos los arriendos y subarriendos de bienes inmuebles. En él no se hizo distinción alguna entre las diferentes clases de arrendamiento, porque todos sin distinción alguna debían registrarse. Ni debe parecer esto extraño si se considera que el decreto se dio principalmente en interés fiscal, y que lo que a los arriendos y subarriendos se refería, tenía por objeto hacer efectivo el impuesto que establecía sobre ellos. Este impuesto, desfavorablemente acogido por la opinión pública, y disminuido poco después de creado, fue suprimido del todo por causas fiscales y aun económicas, como expresó el Gobierno en la Exposición que precede al real decreto de 26 de noviembre de 1852, al dar como fundamento para suprimirlo que los resultados no habían correspondido al objeto de la imposición, y que no podía menos de considerarse como un recargo sobre lo que pagaba el contribuyente por razón de las utilidades de las mismas fincas. El resultado fue que, suprimido el impuesto, causa principal de estar sujetos los arrendamientos y subarrendamientos de bienes inmuebles a la inscripción, se declaró que en cuanto a su toma de razón en las oficinas del registro se estuviera a lo que se dispusiese en la legislación común, a lo que era consiguiente que quedaran libres del registro, puesto que el derecho civil no les imponía la necesidad de la inscripción. No pasó mucho tiempo sin que de nuevo se exigiera la inscripción, si bien ya fue entonces por razones diferentes. Fueron estas, según decía el Gobierno, el tener un elemento para perfeccionar la estadística de la riqueza inmueble y conseguir un repartimiento más equitativo en la contribución, añadiendo, que sin ventaja para los particulares, se había privado a la Administración del medio de reunir datos muy importantes, absolutamente indispensables para la formación de la estadística, y que por lo tanto, era necesario restablecer lo que con tanta previsión había sido mandado en 1845. Por esto ordenó el Real decreto de 19 de agosto de 1853 que se presentaran a la toma de razón en las oficinas del registro de hipotecas todos los contratos de arriendo y subarriendo de bienes inmuebles, y que se pusieran de acuerdo los Ministros de Gracia y Justicia y Hacienda para que los derechos de inscripción se redujeran a la menor cantidad posible. No llegó a verificarse el concierto, porque esta disposición fue derogada como costosa y vejatoria tres me-

concepción de la nueva Ley, habrá que pensar que, aparte estos fines algo espurios, alguna consecuencia deberá seguirse de la inscripción de los arrendamientos, o de su omisión, en el terreno sustantivo civil. ¿Cuáles son estos efectos? Y, por lo que hace al objeto central de nuestro actual discurso: ¿se comprende entre ellos el resultado propio de la fe pública registral?

Los preceptos que principalmente cuentan en la respuesta a estas preguntas son los artículos 13, 14 y 29. Resumiendo al máximo en la indicación de sus disposiciones: Dentro del mínimo garantizado de los cinco años, la publicación del arrendamiento, y su omisión, no cuentan para nada: con inscripción o sin ella, el arrendatario lo tiene legalmente asegurado (arts. 13, 1, I y 14, I). Fuera de ellos, la «resolución del derecho del arrendador» provoca la del arrendamiento, a no ser que éste —con la excepción del otorgado por el usufructuario, superficiario o titular de derecho de goce análogo— hubiere accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de aquella resolución (art. 13, 1, II, y 2). Por más que este dato legal haya sido aducido como prueba de que el arrendatario goza de la fe pública registral por consecuencia de la inscripción de su derecho³⁴⁹, nosotros no vemos en él sino una manifestación del principio de oponibilidad de lo inscrito en favor del arrendatario. Porque éste ha inscrito su derecho puede oponerlo a los titulares de los que determinan la resolución o extinción de la titularidad del arrendador; de no haberlo inscrito, tendría que padecer las consecuencias de tales derechos sin poder hacer valer el suyo sobre ellos. Esto y no otra cosa, nos parece, es lo que dice la

ses después, según hemos dicho en la Introducción histórica, por otro Real decreto de 25 de noviembre de 1853. Basta lo dicho para comprender que las disposiciones emanadas del Ministerio de Hacienda respecto a la inscripción de los arrendamientos, no llevaban en sí ningún interés puramente civil, y que estaban dominadas exclusivamente por el interés fiscal. Muy diferente fue el aspecto bajo el que se consideró esta cuestión en el proyecto de Código civil, en que se adoptó la misma idea que ha prevalecido en la Ley hipotecaria, si bien con alguna diferencia en su aplicación; en él, como era natural, el interés civil fue el principalmente consultado».

³⁴⁹ Vid. PAU PEDRÓN: *La protección ...*, cit., 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. Tras formular la regla general de resolución del arrendamiento al extinguirse el derecho del propietario-arrendador, añade: “se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador”. Luego si el retracto convencional, la sustitución fideicomisaria, la hipoteca, el embargo, la opción ... no han accedido al Registro, y el arrendamiento sí, aquellos derechos no perjudicarán al arrendatario. La fe pública protege por tanto al titular del arrendamiento, y lo hace frente a los títulos no inscritos, y frente a las causas de resolución o de nulidad del derecho del constituyente, que tampoco consten en el Registro. Naturalmente, ha de reunirse, a mi juicio en ambos casos, los requisitos enumerados en el artículo 34 LH». Contrario a esta opinión, PANTALEÓN: *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, dir. Pantaleón, Madrid, 1995, p. 30.

Ley. Y algo similar deberá ocurrir cuando se produce la enajenación de la finca arrendada (arts. 14, II y 29). Transcurrido el mínimo legal asegurado de los cinco primeros años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada —dice la Ley— salvo que concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nosotros estamos con quienes entienden que la referencia al artículo 34 es aquí un craso error del texto de la Ley que debe ser corregido entendiéndola hecha al artículo 32³⁵⁰. En tal sentido, su significado no puede ser otro sino que el adquirente desconocedor del arrendamiento por la omisión de su inscripción, queda libre de la subrogación indicada en el precepto. Es lo que, conforme a la naturaleza del arrendamiento, impone la normalización de su régimen, la coherencia del artículo 14 con el 13, y la necesidad lógica de atribuir algún efecto al hecho, ahora más ampliamente admitido y renovadamente pretendido, de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Nada de esto se consigue si la subrogación se entiende en los términos más abiertos que sugiere la redacción del artículo 14³⁵¹. En todo caso, lo que aquí se ventila es una cuestión de oponibilidad. ¿Goza de la fe pública registral el arrendatario que inscribe? Basta leer el artículo 13, 3 de la LAU para poder responder negativamente: la extraña y limitada protección que en él la Ley otorga al arrendatario *a non domino* no exige haber arrendado a propietario o titular inscrito ni haber inscrito el arrendamiento³⁵². A la vista de este dato se hace forzoso negar que a través de la publicidad la Ley aplique el principio de la seguridad del tráfico a favor de la adquisición del arrendamiento³⁵³; al igual

³⁵⁰ Cfr. por todos, ALONSO PÉREZ, M.: *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coord. Lasarte, cit., pp. 398-403.

³⁵¹ *Vid.*, para su crítica, entre otros, DE LA PUENTE ALFARO: *El arrendamiento urbano frente a terceros. La oponibilidad del arrendamiento: los arts. 13, 14 y 29 LAU*, Barcelona, 1996, pp. 71-72 y POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 402.

³⁵² Cfr. PANTALEÓN: *op. cit.*, 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». PAU PEDRÓN, en cambio, partidario de aplicar la fe pública al arrendamiento, tiene que hablar aquí —*op. cit.*, pp. 116-117— de una «adquisición *a non domino* civil sobre base registral».

³⁵³ Al amparo de la legislación anterior, sostenía la aplicación de tal principio en favor del arrendatario GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, 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. Por eso, consideramos que carece de consistencia la posición de ROCA SASTRE, cuando dice: “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

que en ninguna parte lo aplica a favor del cesionario o subarrendatario que traiga causa de arrendatario inscrito. En definitiva, pues, que en la vigente LAU, la inscripción de los arrendamientos sigue sirviendo a la misma finalidad que originariamente le asignó la Ley Hipotecaria: permite oponerlo, favoreciendo así su continuidad, pero no refuerza ni asegura su adquisición.

Muy débiles son, a nuestro juicio, los argumentos que en contra de esta conclusión se han esgrimido, antes y después de la vigente LAU, pretendiendo equiparar los efectos de la inscripción de los arrendamientos a los comunes u ordinarios de la de los derechos reales. Contrario a los principios recibidos es querer llegar a esa equiparación atribuyendo naturaleza jurídico-real al derecho del arrendatario, por sí mismo o por efecto de su inscripción³⁵⁴. Tampoco es fácilmente comprensible la tesis que sostiene que, sin tocar el carácter personal de su naturaleza, la admisión del arrendamiento al Registro de la Propiedad implique y signifique someterlo desde el punto de vista hipotecario al régimen propio de los derechos reales³⁵⁵: naturaleza y régimen de los derechos se reclaman y exigen mutuamente, y si en algún punto la ley entiende justificado atribuir a un derecho efectos ajenos a su naturaleza, a ese punto y limitadamente debe atenerse el intérprete en la explicación y aplicación del dato legal. En nuestro caso, consta suficientemente que con la inscripción sólo se pretende permitir que el arrendatario pueda oponer su derecho a quien, sin ser parte en el contrato, viene a suceder al arrendador en la titularidad de la finca arrendada. Tampoco es prueba suficiente que en nuestro Derecho, a diferencia de lo que ocurre en el suizo, del arrendamiento se tome razón no mediante anotación preventiva sino por inscripción³⁵⁶: la transitoriedad característica de la anotación preventiva en nuestro Derecho³⁵⁷ es lo más

sucesivos adquirentes del inmueble arrendado, los cuales se subrogarán en los contratos con la posición de arrendador. Son los efectos propios de una subrogación legal por vía registral". No hay rastro alguno en la legislación vigente, de esa «discriminación» hacia los derechos personales inscribibles».

³⁵⁴ Tesis, destacadamente, de VALLET DE GOYTISOLO: *Hipoteca del derecho arrendatario*, Madrid, 1951. Para su refutación, por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, III, cit., pp. 504-519.

³⁵⁵ Es la opinión sostenida por PAU PEDRÓN: *op. cit.*, pp. 19-20; ID: *Comentarios a la LAU*, coord. Lasarte, cit., pp. 1052-1053.

³⁵⁶ Argumento aducido por PAU PEDRÓN: *La protección...*, cit., p. 24.

³⁵⁷ GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios ...*, cit., II, p. 580: «Son las anotaciones preventivas, unos asientos de carácter provisional que se extienden en los libros del Registro [...]»; CAMPUZANO: *Elementos de Derecho Hipotecario*, II, Madrid, 1931, p. 8: «La inscripción y la cancelación son metas del camino hipotecario; la anotación es un puente que a veces hay que poner en el camino para llegar a su término»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 215 «Transitoriedad y pendencia son los dos caracteres más salientes de la anotación preventiva en su contraste con la inscripción».

contrario a la duración que, a través de su publicación, quiere asegurarse al arrendamiento. Mucho menos, que en el comentario al originario artículo 27 de la Ley Hipotecaria, Gómez de la Serna no excluyera al arrendatario respecto de quienes para dicha Ley obtienen la consideración de «terceros»: la no referencia a él en dicho comentario no puede tener esa transcendencia, y, en cambio, en el mismo comentario es muy claro, por expresamente afirmado, que sólo puede ser tercero hipotecario el titular de un derecho real en conflicto con otro de igual naturaleza³⁵⁸. Queda, pues, en pie que la inscripción de los arrendamientos –lo mismo y con mayor razón vale para la del derecho de retorno arrendaticio³⁵⁹– es una inscripción especial y de efectos limitados: permite al arrendatario oponer su derecho, pero no se lo asegura si lo adquirió de quien no podía otorgárselo. Por ello ha podido decirse –a nuestro juicio, con razón– que el estudio de los efectos hipotecarios del arrendamiento inscrito puede constituir un nuevo argumento en favor de la tesis dualista o de la defensa del principio autónomo de inoponibilidad de lo no inscrito, consagrado en los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil³⁶⁰.

4. ¿Inoponibilidad de derechos no inscritos al anotante del embargo?

Un problema actualmente suscitado y planteado en nuestra doctrina –a pesar de estar resuelto en la Ley Hipotecaria y razonada su solución en la Exposición de Motivos de 1861– es el de si la anotación de embargo podría permitir al acreedor anotante lucrar las ventajas que el Registro depara al tercero que inscribe. La cuestión se plantea a veces indistintamente, entendiendo las indicadas ventajas como una aplicación, sin más, del principio de publicidad; otras veces se afina algo más: aunque el acreedor embargante no fuera un tercero adquirente del artículo 34 de la Ley Hipotecaria,

³⁵⁸ SERNA: *op. cit.*, p. 589, excluyendo de entre los «terceros» a los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada: «[...] no puede 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».

³⁵⁹ Cfr., por todos, ROCA SASTRE: *op. cit.*, pp. 530-542. En nuestro trabajo *El objeto de la publicidad ...*, cit., pp. 630-632.

³⁶⁰ POVEDA BERNAL: *op. cit.*, p. 371: «El estudio pormenorizado de los efectos hipotecarios del arrendamiento inscrito –en los mismos términos que otros derechos personales inscribibles, como la opción cuando se configura como derecho personal–; el cuidadoso deslinde de los efectos de la inscripción de un derecho personal, puede constituir un nuevo argumento, hasta ahora no considerado, en pro de la tesis dualista o de la defensa autónoma del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, consagrado en los arts. 32 LH y 606 CC».

¿no podría ser un tercero del artículo 32? En cualquier caso, se pregunta: no favorecería nuestro sistema al acreedor anotante, impidiendo que anteriores derechos no inscritos puedan impedir el buen fin del embargo? Advertido, pues, que el problema planteado no se atiene estrictamente en los términos de su tratamiento a los de la exacta delimitación del ámbito de actuación del principio de inoponibilidad, en cuanto, no obstante, guarda efectivamente conexión con él, y desde tal punto de vista se le trata y propone en ocasiones, creemos justificado que nos ocupemos de él trayéndolo a este lugar y situándolo en este contexto.

Y hecha la anterior advertencia, debemos todavía añadir otra: el problema a estudiar, circunscrito a su núcleo es relativamente abaricable y sencillo, pero puede llegar a complicarse muy fatigosamente en la distinción separada de sus numerosas variaciones casuísticas³⁶¹, y tampoco contribuye a la claridad de su solución la tan manoseada antinomia entre los artículos 1923. 4.º y 1927, II, 2.ª del Código Civil. Se comprenderá entonces que no podamos ni debemos entrar aquí en el detalle de todas estas cuestiones³⁶². Ni es necesario: hace más a nuestro propósito en este trabajo —y a los efectos de su clarificación es, seguramente, más provechoso— encarar el problema del sentido y efectos de la anotación de embargo iluminándolo desde los principios del sistema y atendiendo a la naturaleza de las instituciones en él implicadas. Sin pretender, pues, su estudio analítico y completo, nos limitaremos a situarlo en el enclave de su solución, colocándonos nosotros en esa perspectiva en que la inmediatez de los árboles no impide la visión del bosque.

¿En qué consiste, propiamente, el problema? En determinar cuál es el efecto que para el embargo se sigue de su admisión a la publicidad del Registro. Como es sabido, la responsabilidad del deudor se cierne potencial e indistintamente sobre los bienes, presentes y futuros, del deudor (art. 1911 CC); el embargo tiende a concretar esa responsabilidad en alguno de tales bienes, sujetándolo a la satisfacción del acreedor; y, finalmente, la anotación preven-

³⁶¹ Cfr. PARDO NÚÑEZ, Celestino: *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Madrid, 1997, pp. 97-98: «Esta materia es de difícil estudio, y la dificultad que arrastra se acentúa en función de la mayor o menor complejidad que pueda presentar el historial registral de la finca sujeta a ejecución. Variable que explica por qué no cabe un tratamiento unitario y que, por el contrario, el intérprete deba proceder a establecer continuas y engorrosas distinciones». Para una comprobación de esta advertencia, *vid.*, e.c., ERDOZÁIN LÓPEZ, José Carlos: *Anotaciones Preventivas de Embargo, Prelación de créditos y Transmisiones a Terceros*, 2.ª ed. 2000, pp. 157-180.

³⁶² Para una detallada exposición del tratamiento doctrinal del problema a partir de la reforma hipotecaria de 1944-46, *vid.*, PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, Plácido: «Registro de la Propiedad y anotaciones de embargo», en «La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 329-380.

tiva publica tal sujeción, haciéndola cognoscible *erga omnes*. ¿Cómo actuará en el tráfico esa sujeción publicada? Es muy claro que, a través de la anotación preventiva del embargo, el Registro se pone al servicio del procedimiento de apremio, y, mediante él, al servicio del crédito. Pero, ¿en qué forma? Heredera la anotación de embargo de la antigua hipoteca judicial, ¿constituye el embargo anotado propia y verdadera hipoteca en favor del acreedor embargante?; ¿otorga preferencia a su crédito?; al igual que la anotación permite oponer el embargo a eventuales adquirentes del bien embargado, ¿provoca también la inoponibilidad al embargante de aquellos derechos que sobre el bien embargado pudieran existir sin estar publicados?

La respuesta a estas preguntas fue clara y coherente, sustancialmente al menos, en la Ley Hipotecaria de 1861³⁶³. Siendo la finalidad del Registro el aseguramiento del tráfico inmobiliario, queda fuera de su propósito central la protección del simple acreedor; y siendo materia ajena a la suya la de la clasificación y prelación de los créditos, queda fuera de su competencia la determinación del rango de aquel cuya reclamación se asegura mediante el embargo anotado. Ello no obstante, sujeto judicialmente el bien embargado a la satisfacción del crédito, y publicada por el Registro dicha sujeción, es lógico que tras la anotación nadie pueda pretextar su desconocimiento: el bien embargado podrá ser enajenado, pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor se hizo la anotación (art. 71 LH). Ahí va a quedar casi todo. La anotación no convierte en hipotecario el crédito reclamado que, en la consideración que por razón de su clase le corresponde, no obtendrá del embargo y de su anotación más preferencia que la de la prioridad temporal en relación sólo con otros que eventualmente puedan ser contraídos posteriormente contra el mismo deudor (art. 44 LH)³⁶⁴. Mucho menos podrá la

³⁶³ Crítico, no obstante, respecto a ella, RAMOS FOLQUÉS: «El precedente real en las anotaciones de embargo», *RDP* 1952, pp. 718-720: la Exposición de Motivos –dice–, conociendo la pluralidad de las antiguas hipotecas judiciales, se limita a pensar en la pretoria o asentamiento, y en los párrafos que dedica a la explicación de su adaptación al Derecho vigente son vulnerables, entre otros puntos, «la afirmación de que las anotaciones no declaran ningún derecho ni cambian la naturaleza de los constituidos, las relativas a la carrera de velocidad ni en fin aquellas relativas a que las hipotecas judiciales jamás crearon una acción hipotecaria a favor de quien las obtuvo» (p. 719). Mucho más ajustada y templada, la observación de REY PORTOLÉS, Juan M.: «Prelación de créditos con embargo anotado (Arts. 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª del Código Civil)», *Centenario de la Ley del Notariado* (Ciclo de Conferencias), Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, pp. 361-365: no es la Exposición de Motivos la que incurre en motivo alguno de censura, sino la redacción dada por la Comisión al artículo 44 de la Ley traduciendo normativamente el pensamiento de aquélla.

³⁶⁴ «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los núms. segundo, tercero y cuarto del artículo 42, –decía el originario artículo 44 de la Ley Hipotecaria– será preferido en cuanto a los bienes anotados solamente, a los que tengan contra el mismo deudor

anotación poner al embargante a salvo respecto de anteriores derechos recayentes sobre la finca embargada y no inscritos. Si, aunque todavía inscrito a nombre del deudor, el bien embargado es ya propiedad de tercero, a pesar de la anotación del embargo, la tercería de dominio hará prevalecer los derechos del dueño sobre los del acreedor embargante.

En definitiva, que la anotación no permite al acreedor embargante acogerse a la fe pública registral; pero, al hacer cognoscible el embargo, impide a eventuales terceros adquirir como libre la finca trabada. La solución se queda más corta que la introducida en Francia –sin posibilidad de conectarla allí con la fe pública registral– por efecto las reformas de la Ley de Procedimiento Civil de 17 de junio de 1938 y de enero de 1959³⁶⁵; pero es sustancialmente igual a la adoptada –ahora sí, conectada *negativamente* con la fe pública a través de la *Vormerkung*– en el Derecho alemán (§ 883 BGB)³⁶⁶; es verdad que en este último, con mayores expectativas

otro crédito contraído con posterioridad a dicha anotación». En 1909, el mismo precepto se limitó a remitir en este punto al Código Civil: «... tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1923 y siguientes del Código Civil», con el acierto de poner de manifiesto la ajenidad de esta materia a la propiamente hipotecaria, pero con el inconveniente de arrojarla al problema interpretativo suscitado por los artículos 1932, 4 y 1927, 2.^a Finalmente, el TR de 1946 volverá, aunque no a la letra, al sentido de la redacción originaria: «... tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1923 del Código Civil».

³⁶⁵ Cfr. MAZEAUD: *Leçons de Droit Civil III*. 2.^a ed. Paris 1963, p. 597: «Le créancier chirographaire “précise” son droit relativement à tel ou tel immeuble de son débiteur lorsqu’il procède à la saisie de cet immeuble. Mais il n’acquiert pas, pour autant, un véritable droit réel sur l’immeuble saisi. Aussi n’admettait-on pas que la saisie lui donnât la qualité de tiers du droit commun. La situation est autre depuis le décret du 17 juin 1938. Le législateur se contente de la “precision” du droit de créance qui résulte de la saisie; la publication de cet droit précisé fait du créancier saisissant un tiers du droit commun: *les aliénations publiées, après le dépôt du commandement valant saisi, ne sont pas opposables aux créancier saisissants* (art. 686 C. pr. civ. modifié par décret núm. 89 de 7 janv. 1959)»; THIÉRY: *Sûretés et publicité foncière*, 1988, p. 206: «L’article 686, alinéa 2, du Code de procédure civile, rend inopposables “aux créanciers saisissants, même non inscrits (...) les hypothèques judiciaires, conventionnelles ou légales et les privilèges inscrits” depuis le dépôt du commandement. Cette règle, introduit par le décret-loi du 17 juin 1938, vise à protéger le créancier chirographaire saisissant, en mettant fin aux controverses sur la nature de ses droits. A l’égard du saisissant, le créancier inscrit tardivement ne peut se prévaloir de son droit d’hypothèque» En nuestra doctrina, haciéndose eco de este régimen, indicando las condiciones y alcance de la inoponibilidad francesa, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: «El sistema registral francés», *RCDI*, 1963, pp. 770: «Y, además [juega tal inoponibilidad], en ciertos casos en que el acreedor originariamente quirografario deja de ser un simple acreedor: 1.º Por haber inscrito el embargo 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» (cvas. de los aa.).

³⁶⁶ Cfr. WOLFF-RAISER, en ENNECCERUS, cit., pp. 271-272: «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*. Si un acreedor de titular indebidamente inscrito como propietario logra inscribir una hipoteca forzosa, no adquiere hipoteca alguna, aunque confie en la exactitud del Registro» (cva. del a.). Recientemente y sobre esta materia, en nuestra doctrina, SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: *Las anotaciones preventivas (en particular, la de embargo) en los sistemas registrales alemán y español*, Madrid, 2002.

de seguridad y de éxito que en el nuestro, toda vez que en su sistema, el carácter constitutivo de la inscripción impide la posibilidad de recurrir a la tercería de dominio por consecuencia o efecto de adquisiciones *negociales* no inscritas. En todo caso es la solución que en nuestro Derecho se compadece con la finalidad aseguradora del tráfico que como propia asume el Registro de la Propiedad y con el respeto a la existencia y realidad de los derechos reales no inscritos. El recurso contra los actos y maquinaciones defraudatorias del deudor está en la acción revocatoria o pauliana.

Pues bien, esta solución, claramente establecida en la Ley Hipotecaria (arts. 42, 2.º, 3.º y 4.º; 44 y 71), diáfananamente explicada y razonada en su Exposición de Motivos ³⁶⁷, aplicada como jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo ³⁶⁸, y sostenida por la común doctrina ³⁶⁹, es la que, actualmente, sin poder recabar para sí la consideración de pacífica, tiene que contentarse con el calificativo de oficial o clásica. Es que, efectivamente, tras un primer ataque a comienzos de los pasados años cincuenta ³⁷⁰, ha sido posteriormente objeto de «tres pronunciamientos o sublevaciones» ³⁷¹ capitaneadas por Álvarez Caperochipi, Franco Arias y García García ³⁷², que, aunque no hayan logrado imponerse, pare-

³⁶⁷ E. M., pp. 231-236.

³⁶⁸ Como muestra, en la más reciente jurisprudencia, SS de 21-3-03: «La jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, y que no goza tampoco de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SS 12-12-1988, 16-2-1990, y 18-2-2002, entre otras)» y 9-4-03: «... una cosa es los efectos con respecto a tercero de la cancelación de un asiento registral cancelado, y otra, la doctrina jurisprudencial que claramente establece que la anotación de embargo no inviste por sí de privilegio o de preferencia a los créditos que cubre cautelarmente respecto a los anteriores o preferentes, por lo que la “preferencia simple” entre créditos enfrentados no privilegiados ha de ser computada a tenor de la antigüedad de los títulos en colisión (por todas, la sentencia de 14 de noviembre de 1992)».

³⁶⁹ Cfr. HERNÁNDEZ ARIZA: José: *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, pp. 52-55; GALINDO y ESCOSURA: *Comentarios ...*, cit., 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 ...*, cit., pp. 265-269; LA-CRUZ-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; monográficamente, OSSORIO SERRANO: *La anotación preventiva de embargo*, Granada, 1986.

³⁷⁰ RAMOS FOLQUÉS, Rafael: «La anotación preventiva de embargo en los casos de disconformidad entre realidad y Registro: sus efectos después de la reforma de 1944», *RDP*, 1951, pp. 553-568; ID: *El precedente real...*, cit., p. 703-724.

³⁷¹ La expresión es de REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 347.

³⁷² ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, 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 tópico 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 CAPEROCHIPÍ ha vuelto sobre el tema en *El Re-*

cen haber removido concepciones hasta entonces pacíficas llegando incluso a influir en la redacción dada al artículo 175, 2.º del Reglamento Hipotecario en su reforma de 1992, y en la del artículo 674. 2.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La antinomia –real o aparente³⁷³– entre los artículos 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª del Código Civil, ha sido el caldo de cultivo de la nueva tendencia, pero sus razones de fondo son de política jurídica: la solución clásica –se piensa– permitiendo la frustración del procedimiento de apremio, lleva a la desconfianza en el sistema y al descrédito de la administración de justicia. Sin tener que entrar en los detalles de la argumentación, nos limitaremos a ponderar seguidamente las razones que motivan y sustentan el «sublevamiento», frente a las que llevaron al legislador a adoptar el criterio ahora impugnado.

El descrédito de los procedimientos judiciales de ejecución, y de la misma administración de justicia³⁷⁴. No pasó inadvertido este

gistro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias, Granada, 1995, y se ha unido a la nueva tesis MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: «El tercero hipotecario y la anotación de embargo», *ADC*, 1994, pp. 91 ss.

³⁷³ La afirma con énfasis y denunciando su desatención por la doctrina, GARCÍA GARCÍA: *El tópic de los efectos limitados ...*, cit., pp., esp., 245-246 y 275, conclusión tercera; salvada por la interpretación, la niegan, REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 378, y los autores por él citados en dicho lugar; también, refiriendo el «entre sí» empleado por el artículo 1927 a la concurrencia de créditos de la misma clase, LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 228, y GULLÓN: *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 2079: «La regla 2.ª del artículo 1926 [sic] que estamos comentando establece un criterio de colisión cuando los créditos que enumera colisionen “entre sí”, pero no se alude a créditos de distinta naturaleza, porque pugnaría con el artículo 1923». Por lo demás, para una sucinta referencia al tratamiento de dicha antinomia en la doctrina, *vid.* PRADA ALVAREZ-BUYLLA: *op. cit.*, pp. 375-376, nota 72. Singular en este punto, PARDO NÚÑEZ: *op. cit.*, pp. 91, 115, 116-118, para quien el artículo 71 LH es el eslabón de engarce que permite explicar sin contradicción los dos preceptos aparentemente contrarios.

³⁷⁴ Cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 160. «Como consecuencia de esta doctrina pierden credibilidad los procedimientos judiciales de ejecución y la justicia misma, ¿saben los compradores en subastas judiciales la poca seguridad de su adquisición?, ¿tiene sentido perseguir a un deudor?, ¿cómo poderle explicar al ciudadano normal los importantes gastos, la lentitud de los procedimientos, y los disgustos consiguientes sin ofrecerle la seguridad como alternativa? Imaginemos el estado de ánimo del acreedor diligente tras el pago de abogados, procuradores, gastos judiciales, anotaciones preventivas, actos jurídicos documentados, recursos, etcétera ..., y finalmente, cuando se va a adjudicar el bien, es pospuesto a un acreedor escriturario o a un comprador en documento privado (o público), ¿le puede quedar alguna fe en los procedimientos judiciales?» Antes, y en la misma línea, RAMOS FOLQUÉS: *El precedente ...*, cit., p. 723. Responde bien a estos planteamientos SERRERA CONTRERAS, P. L.: «¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», *RCDI*, 1994, pp. 75-76: «Tampoco es convincente el argumento de que dar preferencia a la adquisición que se inscribe con retraso obstaculiza la realización de la justicia y la efectividad del procedimiento ejecutivo. En efecto, la anotación de embargo tiene sus propios límites institucionales queridos por el Ordenamiento jurídico; y esa limitación no puede verse como un obstáculo a la justicia, sino como un mero condicionamiento de los procedimientos ejecutivos».

problema a los autores de la Ley Hipotecaria³⁷⁵, quienes, teniéndolo presente, evitaron la fácil y falsa salida de sortearlo favoreciendo gratuita e injustamente al embargante a costa de derechos ajenos:

... no sólo el que ha vencido en juicio y obtenido ya una ejecutoria que obliga a su contrario a entregarle alguna cosa o satisfacerle alguna cantidad determinada, sino también el que ha pedido y conseguido un embargo... pueden obtener la anotación preventiva que los ponga a salvo de todo peligro... Esto y sólo esto, es lo que exige la justicia, porque la autoridad de la cosa juzgada sólo consiste en que no encuentre obstáculos la ejecución de la sentencia, y en que se asegure su cumplimiento, sin perjuicio de otros que tengan igual o mejor derecho; no en dar al vendedor seguridad de pago que no estipuló, ni preferencia sobre otros acreedores dignos de igual protección que el que se anticipó a litigar, o que obtuvo antes una sentencia favorable³⁷⁶.

El razonamiento es del todo convincente. Ni el efecto de la cosa juzgada permite, en absoluto, otra cosa (arts. 1252, derogado, del Código Civil, y 222 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil), ni la credibilidad de los procedimientos de apremio puede llevarse tan lejos que obligue a pasar adelante hasta terminar arrasando cuantos derechos, realmente existentes, resulten en pugna con el que se trata de ejecutar. La realidad jurídico-económica de nuestros días lo ha puesto tan hirientemente a la vista que García García, destacado partidario de la nueva tendencia, ha tenido que «matizar» su anterior pronunciamiento favorable a la protección a ultranza del acreedor embargante. Es práctica hoy muy frecuente en materia de adquisición de viviendas la que lleva a retrasar el otorgamiento de la escritura pública de transmisión –sin la cual, obviamente, es imposible que el comprador la inscriba a su favor– hasta el íntegro pago del precio debido por ella. ¿Cuál sería la suerte de tales compradores en caso de embargo dirigido contra el promotor vendedor y recayente sobre la vivienda adquirida y en vías de pago?³⁷⁷ Porque repugna a la conciencia jurídica «hacer de

³⁷⁵ Vid. E. M., p. 235: «No faltará tal vez quien, [...] invocando la santidad de la cosa juzgada, ponderando el escándalo que resulta de que cuando existe una condenación definitiva pueda el deudor vender los bienes inmuebles que posea y alzarse con su precio, o gravarlos con cargas que antes no tenían o con hipotecas convencionales, viniendo de este modo a burlarse de la ley y de la ejecutoria, pretenda que toda sentencia condenatoria debe llevar consigo irremediabilmente una hipoteca sobre los bienes del condenado, hipoteca que en el sistema de publicidad y especialidad adoptado por la Comisión, debería convertirse en una inscripción sobre bienes determinados».

³⁷⁶ E. M. *ibid.*

³⁷⁷ «Tiemblo de pensar en esos supuestos, de los que todos hemos sido testigos –dice REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 395– de compras de pisos en documentos privados por

mejor condición a los “subasteros” que al modesto comprador de un piso»³⁷⁸, GARCÍA GARCÍA, se ha visto forzado a distinguir, dentro de su anterior planteamiento: la inoponibilidad de anteriores derechos no inscritos puede y debe mantenerse cuando los que entren en colisión son derechos de crédito; no, en cambio, cuando contra el acreedor embargante oponga un tercero su derecho de propiedad adquirido sobre la cosa embargada con anterioridad al embargo³⁷⁹. Pero, ¿cómo podrá explicarse técnicamente esta distinción? Simplemente, se responde, porque, no perteneciendo al deudor la finca trabada, es nulo el embargo, y, en razón de tal nulidad, ni siquiera se produce efectivamente el embargo que, por su anotación, habría de prevalecer sobre derechos preferentes o anteriores no inscritos³⁸⁰. Nada hay que objetar, desde luego, al reconocimiento del triunfo de la propiedad, aún no inscrita, sobre el embargo entablado en un bien que dejó de ser del deudor. Lo que ya no es tan claro es que tal reconocimiento encaje coherentemente en la explicación de quien sostiene, de una parte, que por el valor conformador o cuasi-constitutivo en cuanto a terceros de la inscripción registral, sólo a partir de ella, la propiedad o derecho real adquirido puede oponerse *erga omnes*³⁸¹; y, de otra, que desde el específico punto de vista de la inoponibilidad que consagra el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, tan «tercero» es el acreedor embargante como el adquirente de la propiedad o de cualquier otro derecho real³⁸².

En el terreno de lo jurídico-positivo, es en la antinomia –real o aparente, insistimos– entre los artículos 1923, 4 y 1927, II, 2.^a del Código Civil, donde la corriente innovadora pretende asentar su «mayor baluarte»³⁸³. El primero de estos preceptos vendría a cons-

parte de gran número de modestos ahorradores que se vieran sorprendidos por una oleada de anotaciones de embargos dirigidos contra la sociedad promotora [...] ¿qué ocurriría cuando la ley se vuelva en contra de esos colectivos mal asesorados y les sancione con la pérdida de su esforzado capital por no haber exigido escriturar e inscribir a tiempo su adquisición?»

³⁷⁸ La expresión es de REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 391.

³⁷⁹ GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, pp. 768-774.

³⁸⁰ «Es decir –explica GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 768–, la realidad social actual marca dos supuestos diferentes: *el conflicto entre acreedores*, que ha de resolverse conforme al artículo 1927. 2 Cc (problema de prelación de créditos); y *el conflicto entre titularidades dominicales y anotaciones de embargo*, supuesto en que en realidad el embargo es nulo o inexistente, porque se ha embargado un bien que no es del deudor. Este segundo conflicto no es un mero problema de prelación de créditos solucionable a través del artículo 1927.2 Cc, sino un problema de «clasificación de créditos»: el crédito anotado, no es tal, pues el embargo que lo garantiza es inexistente al no pertenecer la finca embargada al deudor».

³⁸¹ *Vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, I, pp. 583-607.

³⁸² *Vid.* GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, II, pp. 51-53.

³⁸³ La expresión es de REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 378.

tituir el fundamento, «bien endeble» –se dice³⁸⁴–, de la concepción clásica; por el contrario, el 1927, en abierta y patente antinomia con él, sería el llamado a vencer y decidir en la pugna a favor de la nueva teoría³⁸⁵: el anotante, por efecto de la anotación, resulta inmune frente a la agresión de cualquier derecho anterior o preferente al suyo y no inscrito.

La tesis es tan forzada, que para ser mantenida exige sostener previamente que el Código Civil y la reforma de la Ley Hipotecaria en 1909 dejaron sin efecto la anterior concepción de la anotación preventiva de embargo tal como originariamente quedó plasmada y razonada, respectivamente, en la Ley de 1861 y en su Exposición de Motivos³⁸⁶. Tampoco este presupuesto resulta admisible³⁸⁷. Es muy claro que el artículo 1923. 4.º del Código Civil se redacta teniendo a la vista el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, asumiendo e incorporando su contenido; y, tras su redacción de 1946, este mismo precepto, evitando las dudas que en su versión de 1909 podía suscitar, sigue remitiendo, en plena sintonía con su sentido originario, al 1923 del Código Civil³⁸⁸. Y, en cuanto a la antinomia entre los artículos 1923, 4.º y 1927, II, 2.ª del Código, si algo se impone con claridad y con fuerza, es que el primero de ellos, por su identidad con el 44 de la Ley Hipotecaria, es indiscutiblemente el que recoge el pensamiento del legislador sobre la preferencia del crédito preventivamente anotado en su concurrencia con otros. Esta razón basta por sí sola para obligar al intérprete a desechar toda interpretación del 1927 que lo ponga en contradic-

³⁸⁴ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario Registral*, cit., p. 158: «El fundamento de esta línea jurisprudencial es, básicamente, el análisis literal del artículo 1923.4 del CC, que sólo reconoce preferencia sobre *los créditos posteriores*. [...] Se trata, a mi juicio, de argumentos bien endebles. Frente al artículo 1923.4 del CC puede alegarse todos los artículos que recojan el principio de la inoponibilidad de títulos no inscritos (artículos 606, 1473 del CC; 32 y 313 LH; etc) [...]».

³⁸⁵ GARCÍA GARCÍA: *El tópico de los efectos de las anotaciones de embargo ...*, cit., pp. 262-269, y posteriormente, *Derecho Hipotecario*, cit., pp. 757-762.

³⁸⁶ Así lo sostienen IPIENS LLORCA: *Anotaciones del embargo e hipotecas*, AAMN, T. XVIII, 1974, pp. esp. 43-44 y 64-65 (conclusión primera), y GARCÍA GARCÍA: *El tópico ...*, cit., pp. 238, 241-244, y 275, conclusión segunda; minimiza el mantenimiento de la concepción de 1861 en el régimen actual, ERDOZÁIN: *op. cit.*, pp. 33-35; contrarios, entre otros, REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 381-384, ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 442, SERRERA CONTRERAS: *¿La imparable ascensión...*, cit., pp. 60-61 y 65.

³⁸⁷ No se le puede justificar –como de adverso se intenta (cfr. GARCÍA GARCÍA: *El tópico ...*, cit., pp. 238, 243, 246-250)– afirmando que la Ley Hipotecaria de 1861 negara a la anotación de embargo la eficacia real que después le reconocerían el Código Civil (art. 1927) y la reforma hipotecaria de 1909. Desde 1861, la Ley Hipotecaria, sin equiparar la anotación de embargo a la hipoteca, reconoció el carácter real que, como a carga de tal naturaleza corresponde a la primera; de ahí que, tras su anotación, el embargo perjudique al tercero que adquiera la finca trabada: artículo 71 LH.

³⁸⁸ Cfr. REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 373-380.

ción con aquél³⁸⁹; aun cuando no faltan otras para tener que resolver en ese mismo sentido: entre ellas, la posibilidad de las tercerías, de mejor derecho o de dominio, según proceda, cuando tras la enajenación judicial de la finca o derecho embargado en virtud del procedimiento de apremio, se ordene la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores en la forma hoy prevista por el artículo 175, 2.º del Reglamento Hipotecario y 674. 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁹⁰.

Aparte de la razón de política jurídica antes indicada, y del argumento positivo que acabamos de ver, pocas son las razones que en su favor puede esgrimir la corriente innovadora. Algunas ha propuesto, pero, a nuestro juicio, ninguna es sostenible en buena técnica jurídica e hipotecaria. Veamos las principales.

Distinguiendo entre el principio de inoponibilidad y el de publicidad, entendido éste como el de fe pública registral³⁹¹, se

³⁸⁹ Así, por todos, GULLÓN: *comentarios* ..., XXIV, cit., pp. 783-788; ídem.: «Proceso y Registro de la Propiedad, en *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*», cit., pp. 294-299. En contra, GARCÍA GARCÍA: *El tópic...*, cit., pp. 253-254, negando autoridad al artículo 44 LH para decidir entre el 1923 y el 1927 CC al proceder aquél del Texto Refundido de 1946.

³⁹⁰ Cfr. GARCÍA GARCÍA: *op. cit.*, p. 774, a propósito de la reforma del artículo 175, 2.º RH por el Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre: «[...] resolviéndose ahora reglamentariamente en el sentido de que deben ser canceladas las inscripciones y anotaciones de tales derechos, aunque la fecha de la enajenación o gravamen sea anterior a la anotación de embargo, lo cual merece crítica favorable y constituye un paso más del legislador en pro de la eficacia de la fecha registral de la anotación de embargo, sin perjuicio de las tercerías correspondientes, pues la reforma no afecta al terreno sustantivo». Sobre esa misma reforma, además de ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, VI, 8.ª ed., cit., pp. 442-451, *vid. PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA: op. cit.*, p. 361, destacando su carácter meramente formal que, como tal, no suponen cambio sustancial alguno en la doctrina tradicional ni fuerza a romper con «la tradición jurídica española». Sobre la subsistencia del sistema originariamente instaurado en la Ley Hipotecaria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, SERRERA CONTRERAS, P. L.: «La anotación preventiva de embargo. ¿Aún en ascensión?», *RCDI*, 2000, pp. 1263-1279.

³⁹¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.*, pp., esp., 148-149: «La falta de una delimitación adecuada del principio de inoponibilidad de títulos no inscritos es una gran carencia del sistema hipotecario que lleva arrastrándose desde la Ley Hipotecaria de 1861, y que es, probablemente, responsable de los inadecuados planteamientos originarios del artículo 34 LH, y de la pérdida del sentido de la seguridad del crédito (frente a la seguridad de la adquisición). A mi juicio, el sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos no significa que un título no inscrito no se pueda oponer al título inscrito—pues esto es, propiamente, publicidad registral—la inoponibilidad de títulos no inscritos significa que un título no inscrito proveniente de un titular registral, no puede prevalecer frente a un título inscrito proveniente del titular registral (o, en ocasiones titulares registrales anteriores). La inoponibilidad de títulos no inscritos no quiere decir que sólo valgan los títulos registrales, sino que frente a los asientos registrales no pueden oponerse títulos extrarregistrales otorgados por el titular registral. Es decir, el sistema de inoponibilidad de títulos pretende terminar con el *gravamen oculto*, no con la realidad extrarregistral. [...] La clave para comprender la distinción entre publicidad registral e inoponibilidad de títulos no inscritos está justamente en reconocer la validez del título y la realidad extrarregistral, cuando no haya sido originada por el titular registral. La publicidad postula que no se reconozca ningún título extrarregistral, mientras que la inoponibilidad de títulos no inscritos postula simplemente que no

insiste en que, a través del primero, el Registro de la Propiedad incorpora a su propio fin la tutela del crédito y del proceso³⁹², terminando con las cargas ocultas e impidiendo las maquinaciones fraudulentas del deudor³⁹³.

Es verdad que a todo esto puede contribuir el Registro, y que tal contribución, en cuanto deliberadamente asumida por él, queda de alguna forma integrada en su finalidad. Pero, concedido esto, hay todavía que proseguir, situándolo precisa y exactamente en su debido lugar y dimensión adecuada dentro de las tareas que el Registro puede desempeñar y de los resultados que de su instauración deben esperarse. La afirmación de que el Registro de la Propiedad puede ponerse al servicio de la tutela del crédito nunca será separable de otra afirmación previa, central y más básica: que, como derecho de naturaleza personal que es, el crédito, en principio, es materia ajena a la que por derecho propio constituye el contenido u objeto del Registro inmobiliario: los títulos relativos a las vicisitudes del dominio y de los demás derechos reales (arts. 1, I y 2 LH). Si, ello no obstante, puede todavía decirse que, sin contradicción con la determinación de su objeto y fin propio, el Registro puede servir a la tutela del crédito, será porque dicho crédito, en cierta forma, se haya «realificado»; lo que, además de en el caso de

se reconozca ningún título extrarregistral que provenga de un titular registral. La publicidad pretende terminar con la realidad extrarregistral para el tercero hipotecario, mientras que la inoponibilidad de títulos no inscritos “sólo” pretende terminar con las *cargas ocultas*. 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, aún anteriores, no inscritas).

³⁹² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.*, pp. esp., 159-160: «Es, ni más ni menos, la vuelta al sistema de las cargas ocultas; hemos olvidado la razón por la cual se crearon los primeros registros: no la publicidad, sino la inoponibilidad de títulos no inscritos. ¿Por qué distinguir la seguridad del comprador de la del acreedor?, ambos participan del mismo interés: la garantía frente a la venta, o gravamen, o crédito anterior oculto [...]. La ciencia hipotecaria ha supervalorado la publicidad registral (art. 34 LH) como instrumento de tutela del comprador, y ha olvidado el significado que tiene el principio de inoponibilidad de títulos para la tutela del crédito»; ID: *El Registro de la Propiedad y el sistema ...*, cit., pp., esp. 60: «Las páginas que siguen pretenden mostrar que [...] la funcionalidad del registro no es ofrecer la prueba o la preferencia en la adquisición de la propiedad (tercero hipotecario, inoponibilidad de títulos o legitimación registral) sino la ordenación del crédito», y 163: «3.-La naturaleza del registro como instrumento general de ordenación del crédito [...]».

³⁹³ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *op. cit.*, pp. esp., 108-111: «[...] La Exposición de Motivos de la Ley de 1861 distingue primordialmente dos tipos de anotación preventiva: la de procesos judiciales y las de aseguramiento. Sin embargo, a mi juicio, la comisión no supo manejar adecuadamente el fenómeno subyacente tras la anotación preventiva porque no tenía una concepción coherente del registro [...] Es cierto que la anotación preventiva evita el juego de la publicidad registral, pero a la vez, está llamada a hacer algo más, algo positivo: *publicar el proceso*, y por esa vía salvaguardar los derechos desde la demanda, permitir la retroacción de la sentencia, y, en el juicio ejecutivo, limpiar los títulos de las cargas o gravámenes ocultos, evitando las maniobras defraudatorias del deudor y garantizando la efectividad del secuestro judicial o del proceso ejecutivo. El registro no sólo se organiza para la seguridad del adquirente, sino principalmente también para la *seguridad del crédito* [...]».

la hipoteca –por vía diferente y con efectos distintos– es lo que ocurre cuando para su satisfacción y ejecución se recurre al embargo: sujeta la cosa al cumplimiento de la obligación, deja de ser «libre» y pasa a estar afectada por carga que, por serle inherente, reviste la condición de real. Sólo a partir de su «realificación», el crédito, de la mano del proceso en el que se le reclama y a través de la cosa sujeta a su pago, entra en el ámbito del Registro y queda tangencialmente integrado en su función publicadora y en su finalidad aseguradora (arts. 98 LH y 9 RH). Tangencialmente, hemos dicho: porque su publicidad se obtiene a través de la anotación preventiva, y porque su función aseguradora no viene a integrarse en la que, como sustancial y propia, constituye la razón de ser del Registro: el aseguramiento del tráfico inmobiliario; la protección de adquirentes e imponentes de buena fe. Lo propio de la anotación de embargo es advertir al adquirente de la finca trabada la sujeción de la misma a la satisfacción del crédito. De esta forma, puesto el Registro al servicio inmediato del proceso³⁹⁴, simultáneamente protege, de forma indirecta o mediata, al crédito que en él se reclama, y, negativamente, al tráfico, en cuanto que hace saber la condición de la finca a su eventual adquirente (art. 71 LH). Todo ello así distinguido y advertido, puede ya igualmente perfilarse cuál es la función del Registro respecto a las cargas ocultas y a las maquinaciones fraudulentas del deudor: las cargas ocultas no perjudicarán a quienes son los genuinos beneficiarios de la publicidad registral: los terceros adquirentes e imponentes de buena fe³⁹⁵.

³⁹⁴ Cfr. E. M. 1861, esp., p. 234: «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 ...» y 257: «Pero además de las anotaciones preventivas que exige el curso de los procedimientos judiciales, se necesitan otras que tiendan a asegurar ciertos derechos reales ya existentes, pero que no se hallan en el caso de ser inscritos [...]». Al respecto, en nuestros días, R de 7-5-99: «Siendo el embargo una afección real en virtud de la cual el bien trabado queda vinculado *erga omnes* al proceso en que se decreta –y no al crédito que lo motiva–, al efecto de facilitar la actuación de la Justicia y la efectividad de la ejecución (independientemente de cuál sea el crédito que, en definitiva, resulte satisfecho en ésta, ya el del actor, ya el de un tercerista triunfante), que atribuye al órgano jurisdiccional poderes inmediatos sobre el bien trabado que pueden ser actuados sin la mediación de su dueño [...]».

³⁹⁵ Cfr. E. M. 1861, pp. 228-229: «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 desaparezcan las hipotecas ocultas [...]; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique por una falta que a él solo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe. [...] Para conocer la importancia y necesidad del sistema adoptado por la Comisión, debe tenerse en cuenta que el fin de la legislación hipotecaria es asentar el crédito territorial en la base de la seguridad de la hipoteca y del pago de lo ofrecido. El que presta con hipoteca, más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa [...] Su crédito no es un crédito *personal*, es un crédito *real*; no depende de la persona del deudor, no está sujeto a sus vicisitudes [...]. El crédito territorial queda así suficientemente garantido; cada uno sabe hasta dónde alcanza la preferencia que puede tener sobre los demás acreedores [...]» (cva. de la E. M.).

Como inmediatamente hemos de ver, el simple acreedor –ni siquiera el acreedor embargante y anotador del embargo– no es «tercero» desde el punto de vista de la eficacia protectora de la publicidad registral en ninguna de sus modalidades. Y en cuanto a las maniobras fraudulentas del deudor, lo único que, prolongando la línea marcada por el artículo 1927 II del Código Civil, puede hacer el Registro de la Propiedad –aparte lo dispuesto en el artículo 37, 4.º de la Ley Hipotecaria– es impedir de raíz que el tercero adquirente del bien embargado pueda pretextar y alegar su desconocimiento inculpable del embargo: conociéndolo o pudiéndolo conocer, tendrá que estar a su resultado (art. 71 LH).

Otra línea de argumentación emprendida por la tendencia innovadora es la que apunta a la naturaleza jurídico-real del embargo³⁹⁶, y a su igualación en rango con la hipoteca³⁹⁷. De este

³⁹⁶ Respecto al carácter jurídico-real del embargo las opiniones de los innovadores se producen con diferencias de matices y convicción. La propugnan decididamente, e.c., RAMOS FOLQUÉS: *La anotación preventiva de embargo* ..., cit., p. 567, IPIENS LLORCA: *op. cit.*, p. 44, y GARCÍA GARCÍA: «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo en el sistema español», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho registral*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1988, pp. 233 ss. ERDOZÁIN: *op. cit.*, p. 48, la considera indiferente en cuanto a la explicación de los efectos de su anotación: «[...] lo relevante es que se trata de un asiento [dice, refiriéndose a su anotación] que publica un acto de transcendencia registral, es decir, que, como consecuencia del principio de publicidad inherente al Registro de la Propiedad, el acto del embargo adquiere de cara a terceros un especial conocimiento o, mejor dicho, posibilidad de conocimiento, que traspasa la esfera meramente personal o crediticia que pueda haber entre acreedor y deudor, para ingresar en la esfera de lo registral, de las relaciones entre terceros, presididas por los sagrados principios de seguridad del tráfico y de buena fe en la contratación» (cva. del a.). Por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *El Registro de la Propiedad y el sistema* ..., cit., afirma, p. 270, que el embargo y su anotación preventiva «no producen la vinculación del bien embargado al crédito que lo determina (la anotación preventiva carece de eficacia ofensiva)», aunque añade, p. 272, que «la anotación preventiva [...] permite la afección de bienes concretos en responsabilidad».

³⁹⁷ Así, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario* ..., cit., p. 110: «[...] el registro garantiza la seguridad del adquirente, pero también al acreedor anotante frente a las cargas o gravámenes ocultos, y, en contra de lo que afirma la doctrina y la jurisprudencia [...], 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»; ID: *El Registro de la Propiedad y el sistema* ..., cit., pp. 161: «Otorga la anotación preventiva rango crediticio, distinto del rango ordinario del crédito reclamado, al reconocerle, en consonancia con la eficacia de las antiguas hipotecas judiciales, una preferencia similar a la de la hipoteca en función de la fecha de su inscripción (art. 1927.2 CC)» y 163-164, argumentando la tesis: «[...] a mi juicio la eficacia ofensiva de la anotación preventiva y su rango hipotecario se funda en las siguientes razones: 1. En sus orígenes históricos como heredera directa de las antiguas Hipotecas Judiciales; 2. En la identidad de naturaleza entre la inscripción de hipoteca voluntaria y la anotación preventiva (art. 1927.2, CC) [...]; 3. La naturaleza del registro como instrumento general de ordenación del crédito, evitando maniobras fraudulentas, dando seguridad a las relaciones patrimoniales, y limpiando las cargas ocultas de la titulación (sistema de inoponibilidad de títulos no inscritos: arts. 32, LH y 1473, CC) [...]. Además, 4.- Tiene una mayor verosimilitud la causa del crédito reclamado judicialmente por el acreedor diligente, pues ante la facilidad de crear titulación

último punto, en cuanto apoyado en una interpretación literal del artículo 1927, 2.º del Código Civil, inadmisibles, según ya indicamos, por ponerlo en contradicción con el 1923, 4.º, no vamos a ocuparnos ahora. Algo, en cambio, sí que será oportuno comentar acerca del primero. A nuestro juicio, puede convenirse que el embargo, una vez trabado, al sujetar concretamente la cosa a la satisfacción del crédito reclamado con independencia de las vicisitudes que afecten a la titularidad de aquélla, llega a obtener la consideración de carga real, inviscerada en la cosa o hecha inherente a la misma³⁹⁸. Al admitirlo así, tenemos también que aceptar —ello, por otra parte, resulta evidente— que en su condición de carga real tendente a la satisfacción del crédito, recuerda a la hipoteca y a su figura se aproxima y asemeja. Pero de ahí no se puede pasar: se asemeja a la hipoteca, pero no llega a identificarse ni puede confundirse con ella. Mientras en la hipoteca, el carácter real de la figura se extiende hasta contagiar al crédito, que de simple pasa a ser crédito hipotecario, revestido, como tal, de su especial preferencia; en el embargo, el crédito reclamado conserva su propia naturaleza: el embargo, de suyo, no le da preferencia en el concurso o la quiebra, y la que de la anotación parece derivar respecto a créditos posteriores el artículo 1923, 4.º del Código Civil, más que preferencia especial, propiamente dicha, es puro efecto de su prioridad temporal³⁹⁹.

privada o pública entre particulares, debe preferirse al reclamante que al tercero que sin asumir los importantes gastos de la anotación y del proceso ejecutivo aparece en el momento final aprovechando la actividad procesal ajena». Sostiene también la equiparación de la anotación de embargo a la hipoteca, GARCÍA GARCÍA: *El tópicos* ..., cit., pp. 269 y 276, conclusión 10.ª Para IPIENS LLORCA: *op. cit.*, p. 65 (conclusión segunda): «La tajante separación que entre hipotecas y embargos quiso establecer la Ley de 1861, aparece muy mitigada. En las sucesivas reformas hipotecarias, cada vez se han ido aproximando más las segundas a las primeras en su forma de regularse».

³⁹⁸ Para la distinción, aunque a propósito de la hipoteca, entre derecho real y simple carga real, *vid.* la obra de CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelona 1998.

³⁹⁹ Cfr. REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 361 ss. y 397, en conclusiones: «6.ª El Código Civil ya si apreció el ligero efecto prelativo que la Ley Hipotecaria de 1861-69 anudó al asiento de anotación, y lo consagró —y resucitó para el concurso de acreedores— en el núm. 4 del artículo 1923, que, de acuerdo con sus antecedentes (y con lo que también hace el núm. 5 siguiente), debe interpretarse como establecedor de una preferencia condicionada a que se haga valer de modo exclusivo frente a créditos nacidos con posterioridad a la anotación preventiva, inteligencia desde la cual no resulta antinómico del artículo 1927, II, 2.ª del propio Código». Para el mismo punto, antes de la Ley Hipotecaria, en el Proyecto de 1851, *vid.* CÁRDENAS: «De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil», *El Derecho Moderno*, núm. 11 (1851), p. 414: «... y si se toma razón de los mandatos de embargo, es para evitar que los bienes que tienen por objeto sirvan para engañar al tercero que ignore la ejecución. Si esto no obstante contrae nuevas deudas el ejecutado, éstas no tendrán preferencia sobre las anteriores, pero no por causa del embargo, sino por razón de su posterioridad».

La Exposición de Motivos de 1861 es clara y terminante en este punto⁴⁰⁰:

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 curso 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 garantir 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 [...].

Desde otra perspectiva, atendiendo ahora no al embargo anotado sino al acreedor anotante, la corriente innovadora trata de fundamentarse atribuyendo a dicho acreedor la condición de «tercero hipotecario». Algunas veces se ha dicho que lo es a tenor del

⁴⁰⁰ E. M., pp. 234-235; también en p. 258, donde se aplica la misma doctrina a la anotación del legado de género o cantidad: «Mas esto debe entenderse sin perjuicio del que tenga un derecho preferente sobre cosa determinada: por esto ha añadido la comisión que el legatario de género o cantidad no pueda exigir anotación sobre bienes inmuebles legados especialmente a otro, lo que equivaldría a anular la transmisión en estos del dominio que la ley establece a su favor, y que después de obtenida la anotación tampoco tengan derecho a impedir que otro legatario obtenga igual beneficio dentro del plazo concedido a todos. Tiene aquí aplicación lo que respecto a la concurrencia de las anotaciones preventivas, llamadas hasta ahora hipotecas judiciales, queda expuesto anteriormente». Sin poder detenernos ahora en el tema, en general, sobre la anotación preventiva a favor de legatarios, *vid.* GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen: «Las garantías hipotecarias del legado», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1981, pp. 327 ss.

artículo 34 de la Ley Hipotecaria⁴⁰¹, pero, más moderadamente, otras se le ha reducido a los términos del 32, que, no exigiendo la nota de ser «adquirente», bastaría a protegerlo mediante el principio de inoponibilidad⁴⁰²; poniéndolo registralmente a salvo, además –según se ha apuntado por algún autor⁴⁰³–, de la nulidad que al embargo advendría cuando la cosa inscrita a nombre del deudor y trabada, fuera ya propiedad de otro: la fe pública registral tropezaría en este caso con la tajante disposición del artículo 33 LH, pero el funcionamiento del principio de inoponibilidad al margen de este precepto, evitaría al tercero anotante las consecuencias de aquella nulidad.

En nuestra opinión, tampoco por esta vía se acierta a tratar el problema de la anotación de embargo con fidelidad a la Ley Hipotecaria y al pensamiento de sus autores. Para éstos, el acreedor embargante no es «tercero hipotecario»; lo cual no hace absurda la admisión del embargo a la publicidad del Registro. También respecto al embargo anotado sigue siendo «tercero» el eventual tercero adquirente de la finca embargada: si la adquiere de su titular inscrito sin que el Registro le dé noticia del embargo, la adquirirá como libre y sin sujeción a la traba; si la anotación le permite conocerlo, tendrá que padecerlo y estar a sus consecuencias. La anotación, como referida a una titularidad inscrita, no actúa en el ámbito

⁴⁰¹ Apunta ya en esta línea, aunque sin incluir al acreedor anotante en la previsión del artículo 34, RAMOS FOLQUÉS: *La anotación preventiva de embargo...*, cit., para quien, tras la reforma hipotecaria de los años cuarenta, la fe pública registral actúa, sin distinción, a todos los efectos legales (art. 38), tanto a favor del adquirente que inscribe (art. 34) como del acreedor que anota (art. 40, *l. f.*). Posteriormente, aplicarán ya el artículo 34 al acreedor anotante, GARCÍA GARCÍA: *El tópico...*, 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»; FRANCO ARIAS: *op. cit.*, pp. 226-228 y 360 ss., esp., 365.

⁴⁰² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: *Derecho Inmobiliario...*, cit., pp. 110: «El registro no sólo se organiza para la seguridad del adquirente, sino principalmente también para la *seguridad del crédito*» (cva. del a.) y 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: *El tercero hipotecario...*, 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)». Con matices propios, aplica al acreedor anotante la protección registral dispensada por el artículo 32, BUSTOS PUECHE, J. E.: «El sujeto beneficiario de la protección registral», *RCDI*, 2003, p. 2649: «[...] a mi modo de ver, habría que dar todo su valor al artículo 32 LH y negar amparo jurídico al adquirente que no inscribe su título, frente al acreedor que embarga, anota y sigue el procedimiento de realización de la cosa. Este acreedor [...] puede invocar en su abono la inoponibilidad del título no inscrito, y si además concurren todos los demás requisitos de la apariencia jurídica, debe ser mantenido en su posición».

⁴⁰³ MERINO GUTIÉRREZ: *El tercero hipotecario...*, cit., pp. 119-120.

de la inoponibilidad autónoma, sino en el de la inoponibilidad que es contenido parcial y reflejo negativo de la fe pública registral, sometiendo la oponibilidad a terceros del embargo anotable a la ley de la oponibilidad de las circunstancias y condiciones del derecho inscrito: su cognoscibilidad registral. Siendo ello así, el acreedor embargante, aunque beneficiado por la anotación que le permite oponer su derecho a eventuales terceros que puedan entrar en la propiedad de la finca embargada, no resulta favorecido por los efectos que de la publicidad obtiene el adquirente que inscribe⁴⁰⁴. Utilizando la expresión legal de 1861, y de acuerdo con su interpretación y explicación por Gómez de la Serna en el comentario al artículo 27⁴⁰⁵, el acreedor embargante, por no ser

⁴⁰⁴ Así, MIQUEL: *El Registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad*, Revista de Derecho Patrimonial, 1998, núm. 1, p. 49: «[...] pero el Registro no protege a los acreedores, sino a los terceros adquirentes de derechos reales». Contrario a esta idea, el precursor de la corriente crítica, RAMOS FOLQUÉS: *El precedente real...*, cit., p. 724: «[...] para el hombre de la calle, para quien necesite conocer la solvencia inmobiliaria de una persona, no hay más fuente legal, con efectos jurídicos inmediatos, que los Registros de la Propiedad; para el hombre de la calle el único dueño de una finca inmueble es el que así figura en el Registro, y no los compradores no inscritos de tal dueño. [...] ¿Qué culpa cabe al hombre de la calle, que fiado en una ley muy reciente, como la Hipotecaria, acude a un Centro oficial del Estado, en donde se le asegura que para la ley, es decir, para el Derecho, su deudor es propietario de determinadas fincas, y fiado en ello, y cumpliendo los mandamientos procesales y los mandatos de un Tribunal, anota unos embargos que luego, por la ignorancia de aquella oficina y de aquel Tribunal respecto de unos desconocidos y ocultos derechos, se declaran nulos? ¿Qué culpa cabe a ese hombre de la calle, crédulo, y por añadidura inocente, para que se le castigue a tanto desengaño, a tanto gasto y a la postración del escepticismo?». Posteriormente, GARCÍA GARCÍA: *El tópico...*, cit., pp. 274-275: «Efectivamente, sería aplicable a las anotaciones preventivas de embargo el principio de legitimación registral [...]. Sería igualmente aplicable a las anotaciones de embargo el principio de inoponibilidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria [...]. 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».

⁴⁰⁵ SERNA: *op. cit.*, p. 589. Otros textos del mismo DE LA SERNA y en la misma obra, en p. 524, comentando el artículo 17: «[...] es una consecuencia necesaria y una explicación [sic] práctica del principio general que domina en la Ley de que sólo pueden perjudicar al adquirente o al prestamista los actos y contratos, derechos y gravámenes que estén en el Registro antes de hacer éste su inscripción»; y 575, comentando el artículo 24: «[...] no podía ser de otra manera si no había de anularse en algunas ocasiones el principio dominante en la Ley de dar plena seguridad a los adquirentes del dominio y de los demás derechos en la cosa» (cva. del a.). Por lo demás, para poder calificar como común esta doctrina, basten los siguientes testimonios: GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, p. 428: «Dilucidan los Expositores otra cuestión a que puede dar lugar el artículo 27 de la Ley, a saber; si se consideran terceros los acreedores que no tengan un derecho real sobre la finca enajenada, gravada o hipotecada. Respondemos negativamente, a pesar de que no han intervenido en el acto o contrato no inscrito, porque no gozando esos acreedores de ningún derecho real, no pueden invocar en su apoyo la LH, que tiene por objeto asegurar el dominio sobre bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre los mismos. En su virtud, el acreedor que obtenga anotación de embargo sobre finca que, según el Registro, es del deudor, no será preferido al que tuviese una hipoteca sobre la misma finca, aunque no

tercero adquirente de derecho real, no es tercero «para los efectos de esta Ley»:

4.ª cuestión. ¿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 hipoteca, 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 en⁴⁰⁶ las cosas en lugar de confiar en las personas. No pueden, pues, convertir la

hubiera inscrito su derecho [...]»; MANRESA: *op. cit.*, p. 738: «[...] porque, aparte de que la anotación no puede sobreponerse al dominio adquirido con anterioridad, no tiene aplicación en dicho caso la doctrina referente a terceros que establece la Ley Hipotecaria»; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.*, p. 180: «Y como el Registro protege, en principio, adquirentes (de propiedad o de derecho real limitado), no puede ser *tercero* un simple acreedor» (cva. del a.); GULLÓN: *Comentarios...*, cit., p. 742: «El anotante no adquiere por la anotación ningún derecho real y por ello, entre otras razones, no está protegido por el artículo 34 de la Ley hipotecaria»; Díez-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., p. 471: «[...] la cuestión estriba en saber si, a los efectos del artículo 32, pueden considerarse como terceros a los puros terceros contractuales, a los simples terceros civiles o a los adquirentes de derechos de crédito o de derechos obligacionales. 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 constituya un derecho *in re aliena*. Esta idea encuentra su fundamento en la finalidad misma del Registro, puesto que el Registro sirve precisamente 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 pretende embargar no puede considerarse tercero [...]». El mismo ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, innovador en cuanto a la eficacia de la anotación preventiva, admite en *El Registro de la propiedad y el sistema...*, pp. 166-167, que la extensión de la eficacia ofensiva de la publicidad registral a dicha anotación «no significa que el anotante haya de ser considerado un tercero hipotecario o que a favor del anotante deba jugar la publicidad registral, pues en todo caso —dice— la tutela del anotante es exclusivamente crediticia y no otorga derechos efectivos sobre la cosa objeto de la anotación distinta de la preferencia en el concurso o la ejecución», advirtiendo que el reconocimiento de una tal eficacia ofensiva «supondría desde luego una auténtica revolución en el régimen de los privilegios crediticios» y «podría suponer en ocasiones un doloroso sacrificio de la justicia material (el mejor derecho), a favor de la justicia formal (el crédito ejercido con anterioridad), pero ello no es sino la consecuencia general de la aceptación de un sistema de derecho que hace del registro un orden general de liberación de cargas, y del carácter dispositivo del proceso». En la reciente jurisprudencia, *vid.* S. 5-7-2000: «[...] es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala que niega al acreedor embargante la posibilidad de beneficiarse con la fe pública registral porque no es un tercero protegido (sentencia de 19 de mayo de 1977 y las que cita)».

⁴⁰⁶ La cursiva es del texto reproducido.

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.

Negado que el acreedor embargante pueda quedar protegido por el principio de inoponibilidad una vez que se anota el embargo, cabría todavía preguntarse si no resultaría favorecido por el de prioridad registral. En la doctrina de los autores⁴⁰⁷ y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros⁴⁰⁸ no es infrecuente la invocación de este principio en la argumentación de la prevalencia del embargo anotado sobre derechos anteriores no inscritos. La reforma del artículo 175, 2.^a del Reglamento Hipotecario y, tras ella, el artículo 674.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, pasando por el 1518 de la anterior, modificado por la Ley de 30 de abril de 1994, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, permiten resolver claramente en la cuestión planteada: la posibilidad de cancelar, tras la enajenación judicial de la finca o derecho embargado, las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo, aunque se refiera a enajenaciones o gravámenes anteriores, manifiesta a las claras la intervención de la prioridad registral en beneficio e interés del embargo anotado. Ahora bien, el carácter meramente provisional y librario de tal protección salta a la vista apenas se atiende a la posibilidad de reacción de los

⁴⁰⁷ En la obra de GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., el problema de la eficacia de la anotación preventiva de embargo se trata como un problema de rango, en el estudio del principio de prioridad registral (pp. 749-776); en ERDOZÁIN: *op. cit.*, *vid.* p. 145: «Así pues, y teniendo en cuenta el aspecto estrictamente formal, la anotación preventiva de embargo, en cuanto situación jurídica registrable, debe beneficiarse de los efectos del principio de prioridad en el sentido previsto en el artículo 32 LH».

⁴⁰⁸ *Vid.*, e. c., RR 23-3-93: «La consideración de que el proceso de ejecución y su resultado —el remate— han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que, aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución, cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria). [...] Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección por la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»; 5-5-93, que repite literalmente esta misma doctrina, y 7-5-99: «[...] resulta evidente que la colisión entre embargos debe resolverse por el criterio del "prior tempore", que es el criterio de solución de conflictos que rige en el ámbito de los derechos reales [...]». Con anterioridad a ellas, la de 6-9-1988.

titulares de los asientos cancelables según las normas ahora indicadas: la tercería de dominio o de mejor derecho, según proceda, en un primer momento, y, transcurrido éste, el juicio declarativo ordinario correspondiente en que podrán hacer valer la preferencia sustantiva de su derecho ⁴⁰⁹. Ni podía ser de otra forma si, como doctrinalmente se entiende y estas normas demuestran, la prioridad registral puede actuar separadamente en el orden estrictamente librario y en el sustantivo, y cuando lo hace en este segundo plano o terreno, viene a identificarse con el principio de inoponibilidad, del cual sería mera manifestación o consecuencia ⁴¹⁰. Excluido, entonces, que la inoponibilidad pueda amparar al acreedor anotante, queda también descartado que la prioridad sustantiva pueda ampararle. Tienen razón, a nuestro juicio, quienes afirman que ninguno de los grandes principios hipotecarios son de aplicación a la anotación de embargo ⁴¹¹.

En definitiva, pues, que tras los pronunciamientos innovadores queda en pie la originaria concepción de la Ley Hipotecaria acerca de la anotación de embargo y la axiología que la sustenta ⁴¹². Aunque heredero de la antigua hipoteca judicial, el embargo y su anotación no se confunden con la hipoteca; no mejora ni refuerza el crédito, alterando su naturaleza personal para convertirlo en real, ni otorgándole preferencia en caso de quiebra o concurso:

... 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... ⁴¹³

... lo mismo sucede en lo concerniente a los efectos de la hipoteca judicial. No debió buscarse el ejemplo de los pueblos en

⁴⁰⁹ Por todos, ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, VI, 8.ª ed., cit., pp. 447-460.

⁴¹⁰ Cfr., aplicado expresamente al problema que aquí tratamos, REY PORTOLÉS: *op. cit.*, p. 398.

⁴¹¹ REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 391-394 y, en conclusiones, p. 398: «Consecuentemente con la naturaleza procesal del embargo (y aún de su anotación), y no pasando de ser éste, desde el punto de vista del Derecho civil e inmobiliario registral, sino una medida equivalente a un semiderecho real, con efectos *erga omnes* sólo hacia el futuro y no hacia el pasado, no es difícil concluir que no puede aprovecharse de los beneficios del sistema que proporcionan las normas en que se condensan los principios de legitimación, prioridad sustantiva (o definitiva), inoponibilidad y fe pública registral». En general, para la anotación preventiva, Cfr. DíEZ-PICAZO: «Las anotaciones preventivas», *RDN*, 1964, p. 28: «[...] en términos generales, la anotación preventiva no produce los efectos generales de orden registral (legitimidad, fe pública, rango, cierre del Registro). El efecto esencial de la anotación preventiva –lo hemos dicho ya– es simplemente enervar la protección de la fe pública que normalmente favorece al tercer adquirente de buena fe».

⁴¹² Así, ROCA SASTRE: *op. ant. cit.*, pp. 434-435; REY PORTOLÉS: *op. cit.*, pp. 381-384.

⁴¹³ E. M. 1861, p. 233.

que, prevaleciendo el principio de que las sentencias constituyen de derecho una hipoteca sobre todos los bienes del condenado, cambian el crédito personal en un crédito real. Este principio ni ha estado nunca escrito en nuestras leyes, ni ha sido introducido por la práctica.

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 el que no tenía antes semejante carácter [...]. La hipoteca judicial, que sólo tiene por objeto asegurar las consecuencias de un juicio, nunca ha tenido este carácter en España: no ha creado desde luego una acción hipotecaria a favor de aquel que había obtenido la retención, el embargo o la providencia de que no pudiera enajenarse la cosa mientras estaba pendiente el litigio: el derecho del acreedor por la hipoteca judicial no se ha modificado, no ha cambiado de carácter: sólo ha adquirido mayor seguridad bajo el punto de vista de quitar al deudor los medios de destruir la cosa, de enajenarla o de constituirse él mismo en insolvencia. Por esto, 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 ⁴¹⁴.

Y todo ello, por una razón también perfectamente explicada: porque no es función de la ley sustituir al acreedor constituyendo en su favor una garantía de la que él prescindió, y porque en la colisión de créditos concurrentes, el adelantamiento en la exigencia no debe convertirse en causa de preferencia:

... ni hacen [las anotaciones que sustituyen a las antiguas hipotecas judiciales] al Juez agente de los litigantes, compeliéndolo a que supla la negligencia del acreedor y le otorgue garantía que tal vez el deudor mismo al tiempo de obligarse no habría constituido ⁴¹⁵.

... 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 su mismo caso... ⁴¹⁶.

... no puede decirse de ellas [de las anotaciones que sustituyen a las antiguas hipotecas judiciales] que son el premio de la carrera, como en otra nación se ha dicho, asimilando el empeño de los acreedores para anticiparse a obtener la anotación al afán con

⁴¹⁴ E. M. 1861, p. 234.

⁴¹⁵ E. M. 1861, p. 234. En el mismo sentido, CÁRDENAS: *op. cit.*, p. 414: «Además se convertiría en hipotecario el título meramente quirografario contra lo estipulado en el contrato y traspasando para ello la autoridad judicial el límite justo de sus atribuciones; pues cuando las partes han convenido en no otorgar hipoteca, la ley no debe constituirla por sí, ni menos por la voluntad de uno solo de los contrayentes».

⁴¹⁶ E. M. 1861, p. 235.

*que se disputa la llegada al término en las carreras de caballos: no son un premio inmerecido al acreedor más exigente...*⁴¹⁷.

*Si se estableciera otra regla, resultaría que entre diversos acreedores de un mismo deudor que se hallaran en idéntico caso, sería de mejor condición el más exigente, el que guarda menos consideraciones, el que por mejores o peores medios adquiriera noticias más exactas del verdadero estado en que se hallara la fortuna del deudor, el que tuviera un procurador más diligente. La Comisión, atemperándose al antiguo derecho, ha creído que ninguna de estas causas debía serlo de preferencia*⁴¹⁸.

Quizá sea conveniente resaltar y explicar la distinta reacción de la Ley Hipotecaria entre la diligencia en la inscripción del derecho inscribible y el adelanto en la exigencia del crédito⁴¹⁹. En la primera, la inscripción decide a favor de quien primero inscribió (arts. 1473 CC; 17 y 32 LH). Es lógico que así sea: la seguridad del tráfico inmobiliario reclama la publicidad de los derechos reales, y el adquirente que reúna las condiciones de protegibilidad requeridas por el ordenamiento no puede quedar a merced de reclamaciones basadas en derechos no inscritos. Con razón el artículo 17 de la Ley Hipotecaria limita los beneficios de la prioridad a quienes inscriben o anotan preventivamente en el Registro «cualquier título traslativo o declarativo del *dominio* de los inmuebles o de los *derechos reales* impuestos sobre los mismos». Distintas son las cosas cuando de lo que se trata es de asegurar la reclamación de un crédito o la efectividad de las medidas judiciales tendentes a su satisfacción y ejecución. En estos casos, de una parte, no hay derecho real cuya adquisición originaria y directamente esté en juego, ni acto del tráfico, por tanto, comprendido en el campo de acción de la protección registral; y, de otra, lo que mediante la anotación preventiva se pretende asegurar no es tanto el crédito reclamado cuanto la efectividad de la condena que imponga su cumplimiento. Lo primero basta para entender que el acreedor embargante tenga que padecer la transmisión no inscrita por la que el bien embargado salió del patrimonio de deudor. Pero hemos dicho además que

⁴¹⁷ E. M. 1861, p. 234.

⁴¹⁸ E. M. 1861, p. 235. En el mismo sentido, CÁRDENAS: *op. et loc. ant. cit.*: «Si el haber obtenido un mandamiento de ejecución fuese un título para excluir a los demás acreedores del deudor en el caso de no tener éste bienes bastantes para pagar todas sus deudas, resultaría injustamente favorecido y preferido el acreedor más desconfiado y exigente sobre el que fuese más tolerante, el que estuviese cerca de su deudor sobre el que se hallare lejos, y el que obtuviese más pronto justicia sobre el que más tardase en hacer valer su derecho».

⁴¹⁹ Manifiesta extrañarse por ella GARCÍA GARCÍA: *El tópico...*, cit., p. 244: «Extraña que un legislador como el de 1861, que implanta por primera vez el principio de prioridad y el de publicidad, pueda aludir en este campo concreto a las carreras de caballos».

mediante la anotación preventiva el Registro de la Propiedad se pone al servicio del procedimiento judicial, y sólo a través de éste su acción de refuerzo llega hasta el crédito. Es importante reparar en este segundo punto. El procedimiento judicial pertenece al mundo del Derecho adjetivo: en él se comprueba la existencia del derecho reclamado y se impone su cumplimiento, pero no se le mejora ni altera en su naturaleza. El crédito no se hace de mejor condición por efecto o consecuencia de haber sido judicialmente reclamado; y la reclamación no asegura al actor su triunfo si en ella interfieren otras fundadas en mejor derecho. Siendo ello así, porque la reclamación no mejora la condición del crédito, se entiende muy bien que lo que el embargo y su anotación aseguran es, más que el derecho del actor reclamante, la efectividad de la medida judicial que lo ordena; y, porque la condición del crédito resulta del crédito mismo y no del momento de su reclamación, se entiende muy bien que ni el embargo por sí mismo ni la fecha de su anotación den prioridad al derecho del acreedor reclamante frente a otros que les sean anteriores (art. 1923.4 CC). Por todo lo dicho, y volviendo a nuestra indicación anterior sobre el distinto significado de la prioridad en la inscripción de los derechos reales y en la reclamación o exigencia del crédito, podemos ahora concluir que no hay incoherencia legal en el hecho de que la misma ley que hace prevalecer el derecho real inscrito sobre el anterior no inscrito que se oponga a él o le sea incompatible, niegue las ventajas de la prioridad sustantiva al crédito preventivamente anotado frente a derechos y créditos anteriores de los que no dé noticia el Registro ⁴²⁰.

¿Cuál es entonces la utilidad de la anotación preventiva de embargo, y cómo se la puede incardinar y explicar en el conjunto de efectos pretendidos por la ley para la publicidad registral? La respuesta es muy fácil y su coherencia en el sistema resulta patente: la anotación sirve para asegurar la efectividad del proceso, y a ello es bastante que permita la oponibilidad del embargo —sea quien fuere definitiva y finalmente el acreedor que sobre la cosa embargada deberá quedar satisfecho— al eventual adquirente de la finca trabada (art. 71 LH), impidiendo la posibilidad de que éste alegue su desconocimiento inculpable ⁴²¹. No es función de la

⁴²⁰ Cfr. GALINDO y ESCOSURA: *op. cit.*, pp. 640-641; COSSÍO: *op. cit.*, pp. 267-268; LACRUZ-SANCHO: *op. cit.* (ed. 1984), pp. 226-229; GULLÓN: *Comentarios...*, XXIV, *cit.*, pp. 741-744.

⁴²¹ E. M. 1861, p. 233: «Mas a poco que se consideren los distintos casos en que puede haber lugar a la hipoteca judicial, se observa que [...] casi siempre se constituye para que sea respetada la administración de justicia, para evitar que se eludan las sentencias haciendo el demandado con actos propios imposible la ejecución del fallo». *Ad rem*,

anotación mejorar ni alterar la naturaleza del crédito en vías de ejecución, ni convertir en acreedor hipotecario al que es simple acreedor, con el conjunto de consecuencias que de ahí se seguirían ⁴²². Le basta con impedir el juego del principio de fe pública registral en favor del adquirente de la finca embargada. Por eso la inoponibilidad que contra el embargo no anotado podría esgrimirse es la inoponibilidad que, en general, remueve la anotación preventiva: la inoponibilidad embebida en la fe pública registral, y no la inoponibilidad autónoma que en este trabajo venimos tratando. También en el embargo la anotación funciona –en palabras de Luzuriaga ⁴²³– como «complemento del sistema alemán»: adherida a la fe pública registral e impidiendo su juego respecto al dato anotado que, al ser puesto en conocimiento del tercero que para adquirir se atiende al Registro, deberá ser soportado y padecido por el mismo.

ROCA SASTRE: *op. cit.*, p. 421: «La anotación preventiva de embargo *surte los efectos propios de la hipoteca en trance de ejecución* respecto de los *posteriores adquirentes* de la finca o derecho real anotado o de cargas o gravámenes sobre ellos, los cuales tienen, según los casos, la consideración o tratamiento de *terceros poseedores* de bienes anotados a realizar o de *titulares de cargas o gravámenes* a extinguir. Esta situación de los bienes inmuebles o derechos reales que, a pesar de ser objeto de anotación preventiva de embargo, hubieren sido objeto posteriormente de enajenación o gravamen la hace posible el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, al permitirlo por regla general, pero siempre “*sin perjuicio* del derecho (o interés) de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación” [...]» (cvas. del a.); DÍEZ PICAZO: *Las anotaciones* ..., cit., 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».

⁴²² MANRESA: *op. cit.*, p. 738: «Ante todo debemos exponer que la anotación preventiva, hecha en el Registro, no varía la naturaleza jurídica de la obligación para cuya seguridad se lleva a efecto, ni puede, por lo tanto, convertir en real e hipotecaria la acción derivada de dicha obligación»; NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude*..., cit., p. 591: «[...] los créditos preventivamente anotados en el Registro tienen preferencia únicamente sobre los créditos de fecha auténtica posterior a la de la anotación (o a la suya: litigio exclusivamente civil). Por tanto, en este caso la anotación en el Registro no señala por sí sola la prioridad [...]. El fundamento de esta doctrina legal no es otro, según el Tribunal Supremo, que la anotación preventiva no varía la naturaleza personal del derecho ni confiere derecho real alguno [...]»; DÍEZ-PICAZO: *Las anotaciones*..., cit., p. 25: «Ante todo creo que debemos sostener que la anotación preventiva otorga una especial protección registral al derecho anotado, pero no altera la naturaleza de este derecho, ni lo convierte en otro más fuerte». Sobre las semejanzas y diferencias entre la anotación preventiva de embargo y la hipoteca, OSSORIO SERRANO: *op. cit.*, pp. 121-126.

⁴²³ LUZURIAGA, en las *Concordancias*..., de GARCÍA GOYENA, cit., p. 954. Posteriormente repetirá esta misma expresión DÍEZ-PICAZO: *Las anotaciones preventivas*, cit., p. 19: «[...] las anotaciones preventivas no son más que un complemento de un buen sistema registral».

V. ALGUNAS INDICACIONES FINALES SOBRE EL PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD: SU RELACIÓN CON OTROS PRINCIPIOS, SU SIGNIFICACIÓN ACTUAL Y SU ESPECÍFICO FUNDAMENTO

Justificada la autonomía del principio de inoponibilidad en nuestro ordenamiento de la publicidad registral inmobiliaria, expuestos los requisitos exigidos al «tercero» que lucra sus beneficios efectos, y determinado su ámbito de aplicación, sólo nos queda cerrar este trabajo dedicando sus últimas páginas al estudio –ya necesariamente muy compendiado– de su relación con otros principios hipotecarios y a la precisa indicación de su específico fundamento. Nada de esto sería necesario si nuestro sistema registral fuera un sistema puro; esto es, un sistema atenido, en todo y sólo, a uno de los alternativos modelos latino o germánico. Sobradamente sabemos ya que no es ese el caso. Nuestro Derecho Registral constituye un sistema «mixto» en cuyo conjunto se integran elementos latinos (inscripción no constitutiva) y elementos germánicos (principalmente, adquisición registral *a non domino*, como natural consecuencia de la fe pública registral); lo que vendrá a provocar una cierta dificultad en la tarea que ahora nos proponemos esbozar. ¿Cómo pueden relacionarse entre sí, en la unidad de un mismo ordenamiento, principios de tan dispar procedencia como el de inoponibilidad y el de fe pública? ¿Es pura y diferenciada relación la que entre ellos se va a producir, o habrá más bien implicación por absorción de uno en el otro? ¿Y en cuanto al principio de prioridad? La prioridad, quintaesencia de la publicidad latina, termina por sustanciarse y agotarse en la inoponibilidad del derecho no inscrito tal como efectivamente la sancionan los ordenamientos atenedos a dicho modelo ¿Ocurre lo mismo en nuestro Derecho, o actúa también, en él, fuera del ámbito de la inoponibilidad, llegando incluso a incrustarse en el mecanismo de la fe pública registral? Finalmente, ¿cuál es el fundamento y la última justificación del principio de inoponibilidad: se la podrá explicar, según se propone con cierta frecuencia, como una aplicación de la teoría de la apariencia jurídica: concretamente, como un supuesto de protección de la confianza en la apariencia registral negativa? Es la peculiaridad de nuestro sistema registral la que plantea para nuestro Derecho esta peculiar problemática; y la que obliga a entrar en ella con especial atención e interés, por un lado, y, por otro, con la dosis de autonomía necesaria para poder resolver en materias donde no es posible contar con la inspiración procedente de la doctrina extranjera.

1. Atendamos, en primer lugar, a la relación que, por su convivencia en un mismo ordenamiento, se produce en nuestro Derecho entre el principio de inoponibilidad y el de fe pública registral; cuestión que inevitablemente derivará en la de la significación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria en su condición de continuador del originario 23, precepto del que se dijo –recordémoslo– que él solo contenía toda la Ley, dando lugar tal diagnóstico a la calificación del sistema como fundamentalmente latino en su origen.

a) ¿Relación entre el principio de inoponibilidad y el de fe pública registral? La respuesta, en abstracto, es sencilla: son principios independientes el uno del otro y que poco tienen que ver entre sí. Distintos en su presupuesto, requisitos y efecto, el primero señorea los sistemas atenuados al modelo latino, mientras que el segundo inspira y sintetiza o condensa los de obediencia germánica. Referida concretamente a nuestro ordenamiento, y en lo sustancial, sigue valiendo esta misma respuesta. Inoponibilidad y fe pública son principios distintos, dependientes de filosofías diferentes; aun cuando su convivencia en un mismo ordenamiento y su común condición de instrumentos de protección registral de adquisiciones irregulares, de suyo, según el mecanismo ordinario de la adquisición derivativa, imponga el sometimiento de ambos a iguales requisitos, exceptuado el que impone la distinción entre ellos: el de la previa inscripción. Sin ella, el principio de inoponibilidad protege contra el primer comprador, que no inscribe, al segundo, que lleva su adquisición al Registro, premiando así –en sí misma y por sí sola– su mayor diligencia: la que le lleva a acogerse al Registro y a colaborar de tal forma con su función aseguradora del tráfico. El de fe pública, en cambio, partiendo de la inscripción anterior, protege a quien, confiando en dicha inscripción, adquiere de titular registral.

Ahora bien, esto supuesto y tratando de determinar la relación entre inoponibilidad y fe pública en la unidad de nuestro ordenamiento, hay todavía que añadir que el dato de la previa inscripción, justo el que nos sitúa en el campo de la fe pública, no impide que, dentro ya del juego de ésta, aparezca interfiriendo una inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito que, admitida en Alemania como el aspecto negativo de la fe pública registral, juega también en nuestro Derecho, como mayor extensión pero con el mismo efecto que se le reconoce en los sistemas germánicos. Con mayor extensión, hemos dicho: porque en Alemania sólo se produce respecto de lo anotable no anotado y respecto de las adquisiciones no negociales, sustraídas, como se sabe, al mecanismo de la adquisición mediante acuerdo e inscripción; en nuestro Derecho, en cambio, al

no ser constitutiva la inscripción, esta inoponibilidad de la que ahora hablamos se extiende también a las adquisiciones negociales o del tráfico: concretamente, entre otras, a compraventas anteriores no inscritas. Pero con igual efecto, añadíamos, que en el sistema alemán; efecto, naturalmente, más intenso que el que se sigue de la aplicación del artículo 32, o de la inoponibilidad latina. La razón es clara: habiendo previa inscripción en la que poder confiar, el adquirente gozará de la protección absoluta que la fe pública asegura a quienes a ella se atienen; mientras que no habiendo previa inscripción, la que ahora practica el primer comprador que en ella se adelanta inmatriculando la finca, sólo protegerá a éste frente a la reclamación del comprador anterior que no inscribió, pero no frente a la reivindicación del *verus dominus* si no lo era en realidad el vendedor del que ambos compradores pretenden traer causa.

Interesaba volver sobre esta otra forma de inoponibilidad cuando tratamos de terminar concluyendo acerca del principio autónomo de inoponibilidad, de su significación en nuestro sistema, y de su relación con otros principios que, juntamente con él, contribuyen a la conformación del mismo. Es muy claro que ambas formas de inoponibilidad, por las diferencias de su presupuesto y efecto, no pueden confundirse entre sí; y que, también por efecto de tales diferencias, no se excluyen la una a la otra como incompatibles. Ello admitido, no queda sino concluir afirmando que cuando se habla de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, en tanto que constitutiva de un principio registral autónomo, la referencia debe entenderse hecha a la inoponibilidad latina y de efecto protector más limitado, que, derivada del valor meramente declarativo o publicador de la inscripción, exige en nuestro Derecho un espacio que no le es posible en los ordenamientos germánicos de inscripción constitutiva.

b) Diferenciadas así inoponibilidades diferentes, ¿cuál es la relación entre los artículos 32 (originario 23) y 34 de la Ley Hipotecaria, y cuál de ellos es el que mejor sintetiza el efecto asegurador y protector de la publicidad registral en nuestro Derecho? Sabido es, y muy repetido, el dato indicado por Gómez de la Serna al comienzo de su comentario al artículo 23: «El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley Hipotecaria en el Congreso de los Diputados dijo, que si se analizaba, si se condensaba la Ley, este artículo era solo la Ley, y recargando la frase añadía que se podía decir sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23...»⁴²⁴. Quien se atenga, sin más, a estas palabras creará de inmediato poder

⁴²⁴ SERNA: *op. cit.*, p. 562.

concluir que la Ley Hipotecaria, en tanto que presidida por el artículo 23 y concebida desde el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito al tercero que inscribe, nació adscrita al sistema latino. Precipitado diagnóstico, sin duda alguna, si se tiene presente que, desde el primer momento, el artículo 23 no se lee separadamente del 34, y que la inoponibilidad que en el primero se decreta —como ya sobradamente hemos visto— se entiende confusamente extendida hasta la que implícitamente supone el segundo, según con evidencia se observa en el comentario del mismo De la Serna, quien, por ello, transigiendo con las palabras del Ministro, se ve en la necesidad de añadir que, aunque el más importante, el artículo 23 no es el único fundamental de la Ley ⁴²⁵. La principalidad que el Ministro atribuía al artículo 23 llegaba a éste no por la inoponibilidad peculiar de dicho precepto, sino de prestado y por confusión, del alargamiento de ésta a la implícitamente comprendida en el efecto protector dispensado por el artículo 34 al tercero que adquiere de titular inscrito.

Claro está que advertimos que al explicar nosotros así el protagonismo inicialmente atribuido al artículo 23 —mejor habría que decir: al desplazar el protagonismo del art. 23 hacia el 34— se podrá pensar que nos situamos en la dirección que conduce como necesaria llegada al monismo hipotecario. Pero tampoco es eso. A estas alturas podemos ya distinguir y sucintamente indicar que nuestro sistema nació como hoy sigue siendo: como un sistema mixto, peculiarmente configurado por su integración de la inscripción no constitutiva sino condición de oponibilidad —de reconocida y confesada ascendencia latina— con el principio de protección del tercero que adquiere confiando en la titularidad de su transmitente inscrito o principio de fe pública, principio, como se sabe, netamente germánico, cuya implantación en nuestro sistema hace a éste deliberada y declaradamente germánico.

Pues bien, de estos dos elementos, en la peculiar y coherente mixtura de nuestro sistema: ¿cuál es el que mejor condensa el espíritu y finalidad de nuestra Ley Hipotecaria y el que más adecuadamente expresa el valor en ella atribuido a la publicidad registral? Aquí es donde hay que corregir, o al menos contextualizar el diagnóstico del Ministro de Gracia y Justicia. El originario artículo 23 no puede, él solo, ser toda la Ley, porque su materia es la indicación del valor de la *práctica de la inscripción* en sí misma y aisladamente considerada, y porque el efecto de inoponibilidad que en ella se le atribuye va a resultar muy ampliamente sobrepasado por

⁴²⁵ SERNA: *op. et loc. ant. cit.*

el que el artículo 34 asigna a la *publicidad ya practicada* en cuanto soporte de la confianza de ulteriores terceros llevados a adquirir de quien en el Registro aparece como dueño, precisamente porque el Registro ha dado por buena su titularidad y la ha publicado. Por obvio y por ya dicho resulta ocioso repetir de nuevo que, una vez practicada la primera inscripción –justo aquella cuyo valor sólo puede ser determinado por el originario artículo 23–, la protección que del Registro obtendrá el adquirente que inscribe ajustándose a su mecánica (art. 20 LH), la que de verdad interesa, además, y la única que evita que su confianza en el Registro se pueda ver defraudada, es la protección dispensada en términos absolutos por la fe pública registral.

Las cosas, a veces, no se plantean de este modo. El artículo 23 –se dirá–, o el vigente artículo 32, no tiene por qué ser leído aisladamente y en oposición o contraste con el 34; cabe también una lectura del artículo 32 superpuesta al 34 y dirigida a determinar y explicar el valor de la segunda inscripción que en tal caso podría distinguirse: la inscripción, queremos decir, por la que el tercero que adquiere de titular inscrito, lleva su adquisición al Registro; no la que en él publicaba la titularidad de su transmitente. En esa lectura superpuesta, los artículos 32 y 34 actuarían simultánea pero no coextensamente: la inoponibilidad consagrada en el artículo 32 jugaría en interés de quien adquiere de acuerdo con el 34, protegiéndole, por el hecho de haber inscrito su adquisición, contra anteriores derechohabientes de su mismo transmitente inscrito que no inscribieron su adquisición. He aquí, entonces, cómo el artículo 32 resulta ser la norma que, al expresar el valor universal de la inscripción, sobrepasa o excede al artículo 34: mientras la inoponibilidad de lo no inscrito juega en el 32 y en el 34, la fe pública registral, no habiendo previa inscripción, no puede jugar en el ámbito del 32, que de tal forma queda exclusivamente reservado a este precepto. El tercero del artículo 34 es también –y necesariamente tiene que serlo, dirá Núñez Lagos⁴²⁶– tercero del 32,

⁴²⁶ NÚÑEZ LAGOS: *Tercero y fraude...*, cit., p. 593: «El titular registral puede ser nada más que titular de un asiento. Pero puede, sin dejar de ser titular, tener la cualidad de tercero del artículo 32 y, además, la cualidad de tercero del artículo 34. O dicho en otras palabras, todo tercero del 34 es necesariamente tercero del 32, y, por descontado, titular. Pero, a la inversa, no todo tercero del 32 alcanza la cualidad de tercero del 34, como no todo titular la de tercero del artículo 32». También, VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema...*, cit., p. 291: «El concepto de tercero hipotecario es más amplio que el tercero que resulta del artículo 34 de la Ley: éste es sólo una modalidad del tercero protegido por la Ley, como consecuencia de la inmunidad que produce el principio de fe pública registral contra la acción de nulidad emanada de causas que no constan en el Registro. El artículo 32 (antes el 23) de la Ley tiene un contenido más genérico para determinar el tercero en su concepto más amplio [...]».

mientras que el del 32 no tiene que ser tercero del 34. El originario artículo 23 era, él solo, toda la Ley, había dicho el Ministro de Gracia y Justicia.

Nosotros –por más que sea cierto que todo tercero del artículo 34 tiene que ser tercero inscrito, mientras que no todo tercero inscrito tiene que ser tercero del artículo 34– no podemos considerar acertado este planteamiento. Primero, porque la inoponibilidad latina que sintetiza y expresa en nuestro Derecho las consecuencias que se siguen de no practicar la inscripción, en su dimensión puramente negativa no implica por sí misma el efecto positivo de la fe pública registral; y una norma que no abarque este efecto no puede dar idea cabal del valor atribuido a la publicidad en nuestro Derecho. Y segundo, porque lo que en el anterior planteamiento se engloba como una misma forma de inoponibilidad, son en realidad inoponibilidades distintas, insusceptibles por ello de ser adecuadamente reducidas a unidad bajo un mismo concepto. La propia del artículo 32, ya lo hemos dicho, es una inoponibilidad relativa, en tanto que llamada a jugar sólo entre los sucesivos adquirentes de un mismo causante; la del 34, en cambio, en tanto que conectada a la presunción de exactitud (e integridad, por tanto) del dato registral anterior, es una inoponibilidad absoluta: nadie podrá invocar derecho alguno sobre lo que el tercero adquirió de quien, según el Registro, era su dueño y se lo podía transmitir. Distintas, pues, en su presupuesto (primera inscripción, una; inscripción engarzada y derivada, la otra) y efecto (relativo, una; absoluto, la otra), una y otra inoponibilidad no pueden ser confundidas; y ambas tienen su razón de ser y su campo propio en nuestro sistema registral de fe pública registral sin inscripción constitutiva. Pero de ellas, por ser el nuestro un sistema mixto donde se da acogida a la fe pública registral, no puede ser la primera la que exprese y simbolice el efecto completo de la publicidad; tampoco, rigurosamente, la segunda, al dejar fuera de sí el valor de la primera inscripción. Pero advertida esta insuficiencia y dada la mayor intensidad y significación de la fe pública registral, así como la adscripción global de nuestro sistema al modelo germánico, es sin duda la segunda la que, como expresión negativa de la fe pública, mejor alcanza a sintetizar el efecto protector de la publicidad registral en nuestro Derecho. En el artículo 34, pues, no en el 32, se resumiría la Ley Hipotecaria, aunque fuera de él quede el espacio cubierto por el 32: esa otra forma menor de protección relativa contra derechos no inscritos que la primera inscripción otorga a quien, sin derivar su derecho de titular inscrito, inscribe su adquisición.

2. ¿Y por lo que hace a la relación entre el principio de inoponibilidad con el de prioridad registral? También aquí las cosas tienen que producirse de modo peculiar y propio en nuestro sistema hipotecario.

En el modelo latino, como es bien sabido, la prioridad viene a confundirse con la inoponibilidad: una y otra se reclaman mutuamente y terminan por revelarse como dos formas distintas de expresar un mismo fenómeno y resultado: la inscripción pone a salvo la adquisición del comprador posterior que la practica respecto a la de cualquier otro comprador anterior no inscrita; o, lo que es lo mismo: el derecho anterior no inscrito, no perjudica al adquirente posterior que se adelanta en inscribir el suyo. Ahí, en esa inoponibilidad sustantiva, y coincidiendo sustancialmente con ella ⁴²⁷, se agota la prioridad latina ⁴²⁸. Es muy claro que en nuestro Derecho el artículo 1473.II CC hace aplicación de esta forma de inoponibilidad-prioridad cuando proclama propietario a aquel de los sucesivos compradores de una misma cosa inmueble que antes la haya inscrito en el Registro; pero hasta aquí, la prioridad, en nuestro Derecho como en el francés, no es más que la inoponibilidad típicamente latina, respecto a la cual no se la podría distinguir como constitutiva de un principio registral diferente y autónomo.

Distintas son las cosas si la prioridad registral, sustraída de su matriz latina (arts. 32 LH y 606 CC), se la implanta en el mecanismo de la adquisición registral *a non domino* por efecto o consecuencia del principio de fe pública registral. Sin salir del arquetípico supuesto de la doble venta, y al no ser constitutiva la inscripción en nuestro ordenamiento, el adquirente de titular inscrito que no inscriba su adquisición tendrá que soportar el sacrificio de su derecho en aras del adquirente posterior que, trayendo causa también de su mismo transmitente inscrito, se adelante en inscribir la suya. Aquí sigue jugando la prioridad registral, y su resultado sigue siendo el

⁴²⁷ Cfr. THÉRY: *Sûreté et publicité foncière*, cit., p. 402: «Traditionnellement, l'inopposabilité doit permettre de trancher un conflit entre personnes tenant leur droit du même auteur. L'inopposabilité joue toutefois aujourd'hui dans des cas où ce type de conflit n'existe pas, lorsque, par exemple, une clause de résolution conventionnellement stipulée n'ont pas été publiées. Sous cette réserve, les explications qui vont suivre, et qui seront consacrées exclusivement au conflit entre ayant cause du même auteur, sont transposables».

⁴²⁸ Cfr. artículo 30. 1 del décret 4 janvier 1955: «Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1.º de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés».

de la inoponibilidad del derecho anterior no inscrito, pero el carácter absoluto que ahora obtiene tal inoponibilidad permite distinguirla de la típicamente latina que en Francia equivale a la prioridad registral. La incrustación de la inoponibilidad latina en el mecanismo de la fe pública registral, por consecuencia del valor no constitutivo de la inscripción en nuestro Derecho ⁴²⁹, hace que aquella prioridad obtenga entre nosotros un efecto distinto y más amplio que el de la sola inoponibilidad latina. He aquí por qué en nuestro sistema hipotecario la prioridad registral no puede ser encerrada y terminar confundiendo con el principio neto y autónomo de inoponibilidad: injertada en el juego de la fe pública, contribuye a la adquisición registral *a non domino* también cuando los adquirentes en liza traen causa del mismo vendedor inscrito ⁴³⁰.

De todas formas, esta segunda manifestación de la prioridad, al igual que la anteriormente vista, se mueve en el terreno de los efectos sustantivos de la inscripción registral (de la practicada en conexión con otra anterior, o de la primera inscripción). No es éste el único campo donde la prioridad registral actúa en nuestro Derecho. La adopción del folio real y las exigencias del tracto sucesivo imponen el cierre del Registro a cualquier título anterior al ya inscrito y que sea incompatible con él (art. 17 LH). Estamos ahora en terrenos de lo procedimental y librario ⁴³¹. La inscripción no da razón, por ella misma y necesariamente de la existencia y validez del derecho inscrito (art. 33 LH), pero, mientras no se la impugne y combata, fundamenta una presunción (arts. 1.III y 38.I y II LH) a la cual necesariamente ha de estarse. Los artículos 175.2 RH y 674.2 LEC hacen aplicación de esta idea a la prioridad libraria de inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación de embargo

⁴²⁹ GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M.: «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», *ADC*, 1949, p. 1240: «A nuestro juicio, esta inscripción del adquirente debe ser relacionada no con la fe pública, sino con la prioridad».

⁴³⁰ Por la razón indicada, si no se distinguen los efectos derivados de la prioridad según ésta actúe en el ámbito de la mera inoponibilidad o en el de la fe pública, resultarán ambiguas y equívocas las palabras de VILLARES PICÓ: *La inscripción en nuestro sistema ...*, cit., p. 291, cuando afirma que «en la expresión genérica del artículo 32 cabe todo tercero amparado por el principio de prioridad».

⁴³¹ Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad español*, cit., p. 160: «GÓMEZ DE LA SERNA creo que es el primero que en España ve la diferencia entre uno y otro precepto [el actual art. 1473 CC y el art. 17 LH]. Es decir, el CC contiene una regla *de fondo*, sustantiva; la Ley Hipotecaria, una norma procesal; el CC en la colisión produce una decadencia del dominio; la Ley Hipotecaria, una preclusión del título. Frente a la pretensión del primer adquirente que no inscribe, el segundo inscrito opone, con arreglo al CC, una excepción, o *fin de non proceder*, con arreglo a la Ley Hipotecaria, una inadmisión, *une fin de non recevoir*. La primera no actúa más que alegada por la parte; la segunda, de oficio, automáticamente, por el Registrador».

al permitir, en principio, una cancelación contra la cual podrá reaccionarse en el terreno de lo sustantivo y final.

En conclusión, pues: que el estudio del principio autónomo de inoponibilidad permite, en contraste con él, perfilar y distinguir las distintas manifestaciones del principio de prioridad registral en nuestro Derecho. Nuestra prioridad no se ciñe a la inoponibilidad latina, con la que forma unidad en el modelo francés; actúa también, reclamada por el carácter no constitutivo de la inscripción, en el ámbito de la fe pública registral, coadyuvando entonces a esa otra inoponibilidad de carácter absoluto por la que se garantiza al adquirente registral *a non domino* el mantenimiento en su adquisición. Finalmente, por ser el nuestro un Registro de desenvolvimiento técnico y folio real, se traduce librariamente en el cierre registral, y –a salvo las tercerías o el declarativo pertinente– en la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la anotación de embargo cuando en virtud del procedimiento de apremio se enajene judicialmente la finca o derecho embargado.

3. Como último punto a tratar nos queda tan sólo el del fundamento o razón justificadora del principio de inoponibilidad registral. Nos decidimos a hacer una breve referencia a él porque, con cierta frecuencia, se le sustenta en el principio de protección de la apariencia jurídica, viendo en la inoponibilidad de lo inscribible no inscrito una aplicación de tal principio en la variante de su manifestación negativa⁴³². En nuestra opinión es claro que esta explicación, comprensible en la perspectiva del pensamiento monista, no puede dar razón suficiente, desde la tesis dualista, de la inoponibilidad registral en todas sus formas; de ahí que debemos proceder a introducir en ella los pertinentes distingos y limitaciones, debiendo advertir desde ahora que también éstos necesitarán ser cuidadosamente matizados.

Que la inoponibilidad registral responda a la protección de la confianza en la apariencia jurídica negativa sólo puede admitirse

⁴³² Cfr., por todos, entre los monistas, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, p. 127: «A través de él [del art. 32] se consagra una regla elemental en todo sistema publicitario registral: *los terceros no deben verse afectados por aquellos actos jurídicos que, pudiendo haber sido inscritos en el Registro, no obstante no lo han sido*. Es la manera más simple, como decimos, de otorgar relevancia a la apariencia resultante de los asientos registrales. [...] Lo que sucede, y es lo que el artículo 32 trata de sentar, es que uno de esos derechos, aun válidamente constituido, si no está inscrito no puede ser invocado y ejercitado por su titular en perjuicio de tercero que confió en lo que el Registro decía, o más exactamente en este caso, que confió en lo que el Registro *silenciaba*» (cvas. del a.); entre los dualistas, AMORÓS: *Comentarios...*, cit., p. 25: «b) El fundamento de la solución legal: en el 32 [...] se protege la apariencia negativa creada por la falta de publicidad [...]».

cuando se trata de la inoponibilidad que actúa incrustada en la fe pública registral. Entonces sí, tomando por exponente de la realidad lo que el Registro publica, puede aplicarse a la justificación de la inoponibilidad el viejo brocardo: *de his quae non sunt et quae non apparent, idem est iudicium*. Que así lo haga Hernández de Ariza⁴³³, viene de nuevo a poner de manifiesto cómo en el arranque de nuestro sistema registral, el originario artículo 23, y la inoponibilidad en él consagrada, se entiende actuando en la situación de su normal concurrencia con el 34, una vez puesto en marcha el mecanismo de la publicidad. En tal perspectiva es muy cierto que para el tercero que confía en el Registro la información registral debe funcionar como el exponente exacto e íntegro de la realidad⁴³⁴: lo no inscrito, en tal caso, no cuenta para quien adquiere de titular inscrito e inscribe su adquisición.

Pero esa explicación ya no vale cuando se trata de justificar la inoponibilidad propia y autónoma: la que —obviamente, sin previa inscripción en la que poder confiar— obtiene el adquirente que inscribe inmatriculando; justo porque no es lo mismo el efecto negativo de la publicidad efectivamente producida que el efecto de no haberse producido la publicidad⁴³⁵. Lo que ahora inclina la balanza legal a favor del comprador que se adelanta a inscribir es la diligencia puesta en la publicación de su adquisición: la misma que omitió el comprador anterior, dando ocasión con ello a que el pos-

⁴³³ HERNÁNDEZ DE ARIZA: *Ley Hipotecaria comentada*, I, Madrid, 1861, p. 63: «Pero según el nuevo principio el comprador y el acreedor serán los causa-habientes de la finca, y no responderán sino de los gravámenes que con relación a ella consten en su registro particular, pudiendo oponer a los demás la regla *de his quae non sunt et quae non apparent, idem est iudicium*».

⁴³⁴ STAUDINGER-GURSKY: § 892, Rz 4: «§ 892 Abs 1 gewährleistet dabei den Vertrauensschutz sowohl in positiver wie in negativer Hinsicht: Der Erwerbwr darf sich sowohl darauf verlassen, daß die eingetragenen dinglichen Rechte mit dem gebuchten Inhalt besthen und dem in Grundbuch als Rechtsträger Ausgewiesenen zustehen (Richtigkeitsfiktion, positive Publizität) wie auch darauf, daß nicht gebuchte bzw im Grundbuch bereits wieder gelöschte dingliche Rechte nicht bestehen (Vollständigkeitsfiktion, negative Publizität)».

⁴³⁵ Cfr. PUGLIATTI: *La trascrizione*, Tratt. Cicu-Messineo XIV, I (1957), p. 463. En nuestra doctrina parece no atender a esta diferencia MERINO GUTIÉRREZ: *El tercero hipotecario...*, cit., pp. 110-111: «Es cierto que el inmatriculante no confió en la titularidad que proclamaba el Registro, no adquirió confiado en que el transferente era propietario porque así lo proclamaba el Registro; pero este razonamiento sólo contempla la protección de la fe pública. Ahora pensemos en la inoponibilidad: se protege la apariencia negativa. El comprador sí pudo confiar en que el vendedor no había vendido antes la finca que aquél iba a comprar y si el Registro no le decía que el vendedor era propietario sí le revelaba que no había habido alguna transmisión, sencillamente porque no había ninguna inscripción»; tampoco, BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, p., entre otras, 2648: «En mi opinión, uno y otro [los artículos 32 y 34 LH] vienen a integrar el presupuesto fáctico u objetivo de la apariencia: el 32, en su modalidad negativa, de no inscripción; y el 34, en la positiva de inscripción. Pero ambas son realidades en que puede apoyarse el tercer adquirente: la ausencia de inscripción puede ser tan significativa como su existencia».

terior pudiera todavía adquirir de buena fe (desconociendo la venta anterior) del transmitente común, siendo él el primero que, al publicar su adquisición, evitará que se prolongue una apariencia jurídica contraria a la misma y en la que eventuales terceros puedan confiar. La prioridad en la inscripción, en lo que implica de mayor diligencia en la comparación del adquirente que inscribe frente al que no lo hace, es ahora el dato decisivo. De todas formas, esto dicho acerca del fundamento específico y próximo de la protección del que sin previa inscripción en la que poder confiar se adelanta a inscribir, es necesario añadir todavía que, en cuanto esta misma protección aparece supeditada en nuestro Derecho a la buena fe del adquirente protegido, también el supuesto adquisitivo que en ella se sanciona viene remota y finalmente a entroncar con el principio protector de los terceros adquirentes confiando en una previa situación de apariencia jurídica ⁴³⁶. Lo que de peculiar aquí ocurre es que la tal apariencia no viene ahora constituida ni configurada por el Registro de la Propiedad; y que la confianza en ella sustentada ni decide por sí sola en favor de quien a ella se acoge, ni lo hace absolutamente o *erga omnes*.

De entre los sucesivos compradores que hayan adquirido de buena fe, sólo será protegido el que, además de haber procedido en tal forma, se haya adelantado –inscribiendo– a evitar la prolongación de una apariencia contraria a su adquisición; y su inscripción le pondrá a salvo sólo frente a la reclamación de los compradores anteriores que no inscribieron: no frente a la del *verus dominus*, si en realidad no lo era el transmitente común ⁴³⁷.

⁴³⁶ Convenimos gustosamente en este punto con BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, p., entre otras, 2619: «Junto al Registro pueden existir escrituras públicas, documentos privados, estados posesorios, etc., y todo ello contribuye a integrar el presupuesto de hecho» [de la apariencia jurídica].

⁴³⁷ Tenemos que remitirnos aquí a lo dicho supra (II.3) sobre el valor de la primera inscripción y disentir de BUSTOS PUECHE: *op. cit.*, *passim*, sobre la indiferencia de la distinción entre los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria y entre la forma de protección dispensada al tercero por cada uno de ellos: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*.

