

La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007

por

JUAN PABLO MURGA FERNÁNDEZ
Becario de Investigación de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007.
- III. SUS CONTRADICTORIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.
- IV. RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007:
 1. CUESTIONES RESUELTAZ POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007:
 - 1.1. *Validez de la venta de cosa ajena: concretamente, del embargo traba-
do sobre cosa no perteneciente al deudor.*
 - 1.2. *El artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non domino, no que-
dando desplazado por la aplicación del artículo 33 LH. Correcta
conjunción de ambos preceptos.*
 - 1.3. *No es necesario que el tercero hipotecario sea subadquirente para
ser protegido.*
 2. CUESTIONES OMITIDAS POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007:
 - 2.1. *La inclusión de la adquisición en procedimiento de apremio dentro
del ámbito de actuación del principio de fe pública registral.*
 - 2.2. *¿Estamos en el caso del pleito ante una doble venta o ante una venta
de cosa ajena? Alcance del artículo 1473 del Código Civil.*
 - 2.3. *¿La solución a la que llega la sentencia se efectúa en virtud de la
aplicación combinada de los principios de inoponibilidad y fe pública
registral, o se trata de dos principios independientes?*

- 2.4. *La configuración del requisito de la buena fe.*
- 2.5. *El momento en que ha de concurrir la buena fe como requisito para la aplicación del artículo 34 LH.*

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL:

- 3.1. *La adquisición en subasta judicial no puede garantizar la identidad de la finca subastada por los frecuentes errores al identificar el objeto o sujetos de la acción ejecutiva.*
- 3.2. *La adquisición en subastas judiciales no garantiza frente a las cargas reales manifiestas o limitaciones legales del dominio (art. 670 LEC), por lo que en aplicación del mismo principio, menos garantizará respecto del derecho manifiesto por autonomía, a saber, el derecho de propiedad.*
- 3.3. *El remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, ya que es un acto de naturaleza aleatoria y que no proviene del titular inscrito.*
- 3.4. *La naturaleza procesal del remate está en contradicción con la protección del tercero hipotecario.*
- 3.5. *La falta de inscripción no puede ser sancionada con la pérdida de la propiedad, porque el propietario está tutelado por la Constitución y no puede ser obligado a inscribir ni a participar en el proceso ejecutivo.*
- 3.6. *El artículo 34 LH no resulta aplicable a los supuestos de doble venta como el del caso, pues el remate no es una venta, y, de serlo, en todo caso se trataría de una venta de cosa ajena, a juicio de Álvarez Caperochipi, venta nula.*
- 3.7. *El artículo 594 LEC no proclama la adquisición a non domino del rematante.*
- 3.8. *No cabe fijar como definitiva una interpretación del artículo 34 LH sin determinar las relaciones de este con el artículo 33 del mismo cuerpo legal y sus respectivos ámbitos de aplicación.*
- 3.9. *El supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 5 de marzo de 2007, es un caso de conflicto de adquisiciones que debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 32 LH y 1473 del Código Civil y no del artículo 34 LH.*

V. LA STS DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007:

1. HECHOS CONSTITUTIVOS.
2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.
3. PRINCIPALES CUESTIONES SUSTANTIVAS UNIFICADAS.

VI. CONCLUSIONES.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El principio de fe pública registral, puntal básico del sistema de protección registral de nuestro ordenamiento patrio, pese a su conocida importancia, no ha sido aplicado con criterio uniforme por parte del Tribunal Supremo en los años anteriores a 2007, sobre todo en el ámbito de una materia tan importante

y habitual, como es la de los procedimientos de apremio por juicio ejecutivo que dan lugar a una subasta judicial de los bienes inmuebles embargados. Concretamente, los problemas han venido dándose en sede de doble venta judicial, a saber, cuando realizada la subasta judicial de una finca, esta ha sido ya objeto de una previa venta por parte del titular registral, o de una previa subasta procedente de un procedimiento de apremio distinto. Y digo que no ha venido sosteniendo un criterio uniforme hasta 2007, porque precisamente en ese año, nuestro Alto Tribunal ha sentado doctrina en la materia, mediante la esencial sentencia de 5 de marzo de 2007, la cual ha venido a resolver una serie de cuestiones controvertidas de fundamental importancia.

Cinco años después de la publicación de esta célebre sentencia, han sido numerosos los autores que la han estudiado y acogido, y han sido numerosas las sentencias que han tenido por objeto supuestos de hecho análogos. Pues bien, el presente trabajo se ocupa de recopilar y sistematizar tales pronunciamientos doctrinales, con el objeto de determinar la consolidación de la doctrina jurisprudencial, y así sus visos de permanencia futura. Concretamente la estructura a seguir será la que sigue:

- 1.º En primer lugar, y en consonancia con el título que encabeza nuestro estudio, analizaremos los hechos constitutivos de la STS de 5 de marzo de 2007, junto con los contradictorios precedentes jurisprudenciales que dan lugar a la misma. De este modo, podremos conocer el ámbito material en el que nos moveremos, así como el estado de confusión precedente que justifica la oportunidad y trascendencia de la STS de 5 de marzo de 2007.
- 2.º En segundo lugar, nos adentraremos en el cuerpo fundamental de nuestra investigación, a saber, en el análisis y sistematización de la recepción doctrinal de la STS de 5 de marzo de 2007. Recepción doctrinal cuya sistemática seguirá dos criterios de ordenación: cuestiones consideradas resueltas y cuestiones reputadas como no resueltas por los autores; y agrupación de las opiniones doctrinales en función de la similitud de sus argumentos, favorables y contrarios a la sentencia.
- 3.º Concluiremos nuestro trabajo de investigación mediante la exposición de las conclusiones a las que lleguemos tras la labor de recopilación y sistematización de la recepción doctrinal de la que ha sido objeto la STS de 5 de marzo de 2007; procurando reconducir tales conclusiones obtenidas a una visión integral que ilumine el conjunto del problema y que consiga los mecanismos para su correspondiente solución.

II. HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

Los hechos que enjuicia la STS de 5 marzo de 2007 constituyen un caso de doble venta de un mismo inmueble, la primera realizada por el titular registral, y la segunda consistente en una venta judicial, consecuencia de un embargo trabado sobre la finca litigiosa. El 12 de abril de 1994, la titular registral de la finca en litigio (la sociedad «Polígono Industrial La Mora, S. A.»), efectuó una dación en pago a favor del «Banco Español de Crédito, S. A.», que se elevó a escritura pública. Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción el 27 de abril de 1994, si bien fue denegada por la existencia de una serie de defectos subsanables.

El 14 de noviembre de 1995, la Agencia Tributaria inicia expediente administrativo de apremio contra «Polígono Industrial La Mora, S. A.» como consecuencia del impago de una serie de deudas tributarias, que tiene por objeto el bien litigioso (pues sigue registralmente bajo la titularidad de «Polígono Industrial La Mora, S. A.», a pesar de haberlo ya transmitido al «Banco Español de Crédito, S. A.»); expediente en cuyo transcurso tuvo lugar el correspondiente embargo y posterior subasta del bien, que fue finalmente adjudicado a «Indeco Construcciones, S. A.» el 17 de febrero de 1997. La entidad adjudicataria, a diferencia del «Banco Español de Crédito, S. A.» sí logró inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad el 5 de mayo de 1997.

El mes de julio de 1997, «Banco Español de Crédito, S. A.», que adquirió en primer lugar la finca litigiosa, presentó de nuevo la escritura de dación en pago en el Registro de la Propiedad, pues ya había subsanado los defectos que inicialmente le impidieron la inscripción. Dicha inscripción le fue denegada de nuevo, pero esta vez por la previa inscripción del bien a favor del segundo adquirente por venta judicial, «Indeco Construcciones, S. A.».

¿Quid juris? Debe determinarse a quién de los distintos adquirentes, «Banco Español de Crédito, S. A.» o «Indeco Construcciones, S. A.», le corresponde la propiedad de la finca en litigio. Como puede imaginarse, el procedimiento judicial es iniciado por «Banco Español de Crédito, S. A.», pues es la despojada de la propiedad del bien que adquirió en primer lugar, solicitando la nulidad de la segunda venta judicial otorgada en 1997 como consecuencia del procedimiento de apremio instado por la Agencia Tributaria, la declaración de su propiedad sobre la finca litigiosa, así como la cancelación de la inscripción a favor de la segunda entidad compradora.

La sentencia de instancia desestimó las pretensiones del «Banco Español de Crédito, S. A.» por entender que la segunda entidad adquirente ostentaba la condición de tercero hipotecario.

Contra la sentencia de instancia interpuso el Banco demandante recurso de apelación y la Audiencia Provincial revocó totalmente la sentencia apelada, estimando las pretensiones del demandante. Considero el Tribunal de apelación,

que la segunda venta realizada como consecuencia del procedimiento de apremio contra la entidad titular registral fue nula por falta de objeto, de modo que resulta aplicable el artículo 33 LH, lo que no le permite gozar de la protección del artículo 34 del mismo texto legal. Solo en el caso de que el segundo comprador hubiera vendido la finca litigiosa a persona distinta y hubiese, a su vez, reunido los requisitos del artículo 34 LH, hubiera quedado protegido en su adquisición.

Contra la sentencia de apelación recurre en casación el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, recurso que se funda en dos motivos: la infracción del artículo 34 LH, y la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que protege la adquisición de una finca en procedimiento de apremio incluso en los casos de declaración de nulidad de la subasta siempre que tal nulidad no fuera conocida por el adquirente.

III. SUS CONTRADICTORIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Antes de adentrarnos en el análisis de las cuestiones fundamentales sentadas por la STS de 5 de marzo de 2007, debemos conocer la realidad jurisprudencial controvertida que precisamente ha dado lugar a la aparición de esta sentencia de unificación doctrinal dictada por el Pleno.

En efecto, una cuestión tan clásica, pero a la vez tan habitual, como es la de los supuestos de doble y sucesiva transmisión de una finca inscrita por su mismo titular registral a distintos compradores, el primero de los cuales consuma su adquisición pero no la inscribe y el segundo de los cuales sí lleva a cabo la inscripción, siendo por ello la segunda de las ventas una venta de cosa ajena, ha sido objeto de planteamientos diversos y contradictorios por nuestra jurisprudencia. La evolución de tales planteamientos es resumida y sistematizada de manera muy clara por el Fundamento de Derecho quinto de la STS de 5 de marzo de 2007, en el que se indica que tres son los períodos fundamentales que pueden distinguirse al respecto:

1. Un primer periodo, que abarca *hasta el año 1989*, en el que la jurisprudencia incluía en el ámbito del artículo 1473 del Código Civil las ventas de un mismo inmueble a diferentes compradores aunque entre ellos hubieran mediado varios años, poniendo dicho precepto en relación con el artículo 34 LH, siempre que la finca estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del vendedor común y manteniendo en la adquisición al segundo comprador si inscribía en el Registro. Así, entre otras, las SSTS de 6 de diciembre de 1962, 7 de diciembre de 1987, 4 de marzo de 1988, y 13 de abril de 1993.
2. Un segundo periodo, que abarca los *años 1989 a 1994*, en el que cabe advertir dos cambios significativos en los criterios de decisión del Tri-

bunal Supremo: de un lado, se excluye definitivamente del ámbito del artículo 1473 del Código Civil la llamada «venta de cosa ajena», entendida como la de una finca anteriormente vendida por quien entonces era su propietario a otro comprador distinto que, mediante tradición material o instrumental, habría adquirido su propiedad antes de la segunda venta; y de otro, varias sentencias disminuyen significativamente el grado de protección del artículo 34 LH al adquirente de una finca que no pertenecía ya al titular registral por habérsela vendido este a otra persona, mediando tradición material o instrumental, aunque esta primera transmisión no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad y la segunda sí, precisamente por entender que la segunda venta de cosa ajena es nula por falta de objeto, de modo que en virtud del artículo 33 LH (*la inscripción no convalida los actos y contratos nulos*) el posterior artículo 34 LH no resulta aplicable. En este sentido, véanse las SSTS de 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994. Tendremos ocasión de ver que esta postura doctrinal es la que el Tribunal Supremo viene definitivamente a descartar en la sentencia cuya recepción nos ocupa.

3. Finalmente, se distingue un tercer periodo, que abarca *desde el año 1994 hasta el 2007*, en el que se dictan las sentencias de unificación de doctrina. En este periodo el panorama jurisprudencial puede resumirse en síntesis del siguiente modo: de un lado, se mantiene invariable, con contadísimas excepciones, la inaplicabilidad del artículo 1473 del Código Civil a la venta de cosa ajena, entendida, no como la de una finca que nunca ha sido del vendedor, sino como la de una finca que ha dejado de serlo pero sin constancia de ello en el Registro; y de otro lado, en materia de protección registral del segundo comprador coexisten en la jurisprudencia dos líneas opuestas de decisión, una denegatoria, por considerar nulo su acto de adquisición al considerarse nula la venta de cosa ajena (tanto la venta ordinaria, como la judicial) por falta de objeto (véanse, en este sentido, las SSTS de 10 de junio de 2003, 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006), y la otra otorgante de la protección registral por no poder perjudicar al segundo adquirente lo que no constaba en el Registro (así, las SSTS de 19 de octubre de 1998, 21 de junio de 2000, 22 de diciembre de 2000, 22 de junio de 2001, 6 de mayo de 2004, 24 de junio de 2004, 25 de octubre de 2004 y 30 de diciembre de 2005); esta última es la postura que viene a confirmar la doctrina jurisprudencial de la STS de 5 de marzo de 2007.

IV. RECEPCIÓN DOCTRINAL DE LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

Tal y como se pone de manifiesto en el propio título de nuestro trabajo, el propósito fundamental del mismo es la sistematización de la recepción doctrinal que la STS de 5 de marzo de 2007 ha tenido hasta día de hoy, con lo que podremos constatar si la importante doctrina jurisprudencial uniforme, sentada por la referida resolución, ha logrado o no consolidarse de manera definitiva.

Con tal objeto, distinguiremos aquellas cuestiones consideradas resueltas y no resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, según los autores, añadiendo asimismo aquellos argumentos abiertamente contrarios a la doctrina jurisprudencial aportados por una minoría de autores; en definitiva, analizaremos:

1. Las cuestiones resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, a las que se adhieren los autores, junto con los argumentos y precisiones dados al respecto por los mismos.
2. Las cuestiones que los autores consideran no resueltas suficientemente por la STS de 5 de marzo de 2007.
3. Y, finalmente, los argumentos manifiestamente contrarios a la referida doctrina jurisprudencial.

Analicemos detenidamente cada una de las referidas cuestiones sustantivas conforme a la inteligencia indicada en los apartados que siguen, para lo cual: comenzaremos exponiendo los pasajes de la fundamentación jurídica de nuestra sentencia de los que derivamos estas conclusiones, incluiremos nuestra apreciación personal al respecto, y detallaremos los argumentos y precisiones vertidos sobre tales cuestiones por los diferentes autores que se hayan pronunciado sobre el particular.

1. CUESTIONES RESUELTAZ POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

La trascendencia y valor de la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007 radica, fundamentalmente y a juicio de una gran cantidad de autores que seguidamente tendremos ocasión de ver, en el hecho de haber dado solución definitiva a tres cuestiones sustantivas de suma importancia, que son las que siguen:

- A) Afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena.
- B) En consonancia con la afirmación anterior, el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, con lo que se logra la correcta conjunción de los artículos 33 y 34 LH.
- C) El artículo 34 LH no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro.

Veamos, pues, cuáles son los autores que coinciden en destacar como positivamente resueltas cada una de estas cuestiones sustantivas, analizando y comentando los argumentos y precisiones dados al respecto por los mismos.

1.1. *Validez de la venta de cosa ajena: concretamente, del embargo trabado sobre cosa no perteneciente al deudor*

Afirma a este respecto la sentencia, en su Fundamento Jurídico octavo, lo siguiente: «*procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió*».

En efecto, el Tribunal Supremo mediante esta sucinta, pero fundamental afirmación, aclara una cuestión controvertida, cual es la calificación jurídica de la venta efectuada por persona sin poder de disposición sobre la misma, en este caso venta judicial, si bien lo afirmado resulta igualmente predictable de las ventas ordinarias, pues ambas son equivalentes. Calificación jurídica de la venta de cosa ajena que tiene importancia, sobre todo por los efectos colaterales que de tal afirmación se derivan, pues de ser o no válida dependerá la extensión y operatividad de uno de los principios básicos en nuestro sistema de protección registral: la fe pública registral. Ciertamente, si calificamos la venta de cosa ajena como nula, en aplicación del aforismo latino propio de nuestro ordenamiento *nemo dat quod non habet*, el artículo 34 LH no resultará aplicable a tal supuesto, pues aplicaríamos el artículo 33 del mismo texto legal, que niega a la inscripción efectos convalidantes respecto a los actos y contratos nulos. Mientras, que si la calificamos como válida, la respuesta será justamente la contraria, aplicándose, pues, el artículo 34 LH.

Llegados a este punto, cabe preguntarse el porqué del polémico tratamiento jurídico de la venta (ordinaria o judicial) de cosa ajena. La respuesta es que ello se debe a la inexistencia de su regulación expresa en nuestro Código Civil. En efecto, nada se dice en nuestro Código Civil acerca de la venta de cosa ajena, de modo que para determinar su tratamiento debemos acudir a la propia configuración básica del contrato de compraventa (fundamentalmente, a los requisitos esenciales para su perfección y validez) y al análisis de nuestro sistema de transmisión derivativa de los derechos reales contenido en el artículo 609 del Código Civil. Debemos acudir a la configuración del contrato de compraventa, porque es necesario saber si la facultad de disposición del transmitente forma parte de sus requisitos esenciales; y en consonancia con lo anterior, tenemos que acudir

al estudio de nuestro sistema traslativo, porque tendremos que comprobar qué es lo que produce la mutación jurídico-real: ¿el mero contrato de compraventa, o es necesario algo más? Respondamos a cada una de estas cuestiones.

En lo que hace al poder de disposición del *tradens*, hemos de decir que el mismo no es requisito esencial para la validez del contrato de compraventa: así se deriva claramente de los artículos 1261, 1271, 1272, 1273 y 1445 del Código Civil, ninguno de los cuales hace referencia al poder de disposición como requisito necesario para validez del contrato de compraventa. Igualmente se desprende del artículo 1160 del mismo cuerpo legal, que en sede de obligaciones vincula el poder de disposición con la fase solutoria, esto es, con el pago, y por ende con el cumplimiento del contrato, no con su perfección (1). Yerran, en consecuencia, los partidarios de la calificación de la venta de cosa ajena como nula por falta de objeto (postura descartada definitivamente por la STS de 5 de marzo de 2007), pues en su planteamiento subyace una confusión conceptual entre lo que constituye indisponibilidad legal del objeto (como acontece con los bienes fuera del comercio o derechos reales indisponibles) y la ausencia de poder de disposición (2). La transmisión de un bien *extra commercium* es nula, tanto cuando este es propio del vendedor como cuando es ajeno. Por el contrario, cuando el bien es legalmente disponible pero no pertenece al vendedor, no existe imposibilidad del objeto del contrato (3).

Y en lo que respecta a nuestro sistema traslativo, puede decirse que la validez de la venta de cosa ajena es una consecuencia necesaria del mismo. En efecto, el contrato de compraventa es de naturaleza meramente obligacional, tal y como se desprende del sistema de transmisión de los derechos reales adoptado por nuestro ordenamiento, plasmado en el artículo 609 del Código Civil (teoría del título y el modo), en virtud del cual la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos (señaladamente el contrato de compraventa) mediante la tradición». De este modo, el contrato de compraventa es un mero título que por sí mismo no produce la mutación jurídico-real, si no es con la posterior *traditio*. La falta de poder de disposición, en consecuencia, solo afecta al modo y no al título, prueba de ello es que la solución adoptada acerca del tratamiento de la venta de cosa ajena

(1) Este argumento es puesto de manifiesto por PÉREZ RAMOS (2010, pág. 515).

(2) Afirma FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994, pág. 214), que «la alienación, se conozca o no, no convierte a la cosa en objeto inhábil para la perfección de la compraventa; la cosa existe y sirve, aun siendo ajena, como objeto del contrato». En sentido análogo, RODRÍGUEZ MORATA (1990, pág. 68) señala que: «la falta del poder de disposición sobre la cosa en el vendedor no puede vincularse con el objeto del contrato, entendido este como uno de los requisitos o presupuestos esenciales previstos en el artículo 1261 del Código Civil. El objeto del contrato de compraventa resultará ser, más bien, el contenido de las obligaciones asumidas por las partes, esto es, la entrega de la cosa para el vendedor y el pago del precio para el comprador».

(3) En este sentido, vid. CUENA CASAS (1996, págs. 1446 y 1447).

no ha sido la misma en ordenamientos que, por establecer la transmisión por el solo consentimiento (4) (art. 1.599 del CC francés), declaran expresamente nula la venta de cosa ajena.

A todo ello puede añadirse, además, un argumento histórico: la doctrina es unánime en afirmar que nuestro contrato de compraventa está basado en la compraventa del Derecho romano, el cual niega la virtualidad dispositiva del mismo (5) y afirma expresamente la validez de la venta de cosa ajena (véase D. 18. 1. 28, y D. 18. 4. 8 y 9). Configuración romana del contrato de compraventa que ha permanecido vigente con carácter general a lo largo de todo nuestro Derecho histórico, tal y como se manifiesta de manera expresa en la Partida 5. 5. 19: «*Cosa agena vendiendo un ome a otro, valdra la vendida [...]*».

Pues bien, son siete los autores que coinciden en destacar como acertadamente resuelta esta cuestión sustantiva por la STS de 5 de marzo de 2007; siguiendo un orden cronológico los siguientes: ESPEJO LERDO DE TEJADA, GORDILLO CAÑAS, CUENA CASAS, VELA SÁNCHEZ, LÓPEZ FRÍAS, PÉREZ RAMOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. Veamos qué nos dicen cada uno de ellos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA (6) considera que la ajenidad de la cosa no produce la nulidad de la venta judicial, pues tal defecto afecta únicamente al modo del proceso transmisivo y no al título, que es plenamente válido (7).

GORDILLO CAÑAS (8), por su parte, coincide igualmente en destacar, como acertadamente resuelta, la afirmación de la validez del embargo trabado sobre

(4) Tal y como indica MARTÍNEZ VELENCOSO (2009, págs. 76 y 77), en los modelos de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles *solo consensu*, formulado por primera vez en el Código Civil francés y trasladado a otros Códigos redactados bajo su ámbito de influencia (señaladamente, el italiano, el portugués y el belga), la perfección del contrato coincide (salvo determinadas excepciones, tales como la venta de cosas genéricas y la venta de cosa futura, *ex arts. 1585 y 1586 del Code*) con el efecto transmisivo, de modo que el comprador deviene propietario en ese mismo momento (...).

(5) Afirma ARANGIO-RUIZ (1956, págs. 85 y 86): «que la característica típica de la venta romana era la mera obligatoriedad».

(6) ESPEJO LERDO DE TEJADA estudia la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un monográfico comentario de la misma [ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007)], en el que analiza conjuntamente otras cuatro sentencias previas que tienen por objeto el mismo problema jurídico: la suerte que debe correr la adquisición realizada en remate cuando el deudor embargado resulta no ser el verdadero propietario de la finca sobre la que ha recaído el embargo. Así, el autor comienza analizando los antecedentes jurisprudenciales, a su juicio, erróneos, que declaraban la inaplicabilidad del artículo 34 LH de los adjudicatarios procedentes de embargos trabados sobre cosa no perteneciente al deudor, por entender que tales embargos eran nulos, para después precisar su postura favorable a la doctrina contraria instaurada por la STS de 5 de marzo de 2007.

(7) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 409).

(8) GORDILLO CAÑAS (2007, a) ha sido, junto a ESPEJO LERDO DE TEJADA, de los primeros en llevar a cabo un extenso y monográfico análisis de la STS de 5 de marzo de 2007. No es extraño que haya sido de los primeros, pues encabezaba la postura doctrinal que ya con carácter previo venía oponiéndose a la línea jurisprudencial que descarta la referida resolución, de modo que esta última confirma claramente su posición. Siendo así, como puede

cosa no perteneciente al deudor y, por ende, la adjudicación resultante del mismo. No obstante, considera que esta cuestión sustantiva de trascendental importancia no es enfocada con la precisión necesaria por la STS de 5 de marzo de 2007. En efecto, la STS de 5 de marzo de 2007, al afirmar que: «*la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada (...) no determina la nulidad del acto adquisitivo*», no enfoca adecuadamente la cuestión, pues lo que la ajenidad de la cosa determina exactamente no es la nulidad del acto adquisitivo integrado por el título y el modo, sino la invalidez de uno solo de sus elementos: el modo de ese complejo acto adquisitivo y no el título. En palabras de GORDILLO CAÑAS, «no acierta la sentencia en este enfoque porque así como la nulidad del título provoca siempre la del acto adquisitivo fundamentado en él, por el contrario y a la inversa, la validez del título no siempre implica la validez de la adquisición. Se trata de abordar con precisión y llegar al correcto entendimiento de nuestro complejo sistema traslativo, en el que la falta de poder de disposición invalida el modo o tradición, pero no el título (en el caso de enajenación forzosa, el embargo)» (9).

CUENA CASAS (10), igualmente, reputa como acertadamente resuelta por parte de la STS de 5 de marzo de 2007, esta cuestión sustantiva, pues de la misma manera que se afirma mayoritariamente la validez de la venta ordinaria de cosa ajena por parte de la doctrina, en la medida en que se entiende que el poder de disposición no es requisito de validez del título, sino del modo, a esta misma argumentación puede acudirse para afirmar sin ambages la validez de la venta judicial de cosa no perteneciente al deudor (11). Si bien, coincide con GORDILLO CAÑAS en considerar que el enfoque efectuado por el Tribunal Supremo en este punto no es del todo preciso, pues lo que la falta de poder de disposición conlleva no es la invalidez del «acto adquisitivo», sino únicamente invalidez del modo integrante de ese complejo acto adquisitivo compuesto por el título y el modo (12).

imaginarse, la postura del autor respecto de la STS de 5 de marzo de 2007 es ciertamente favorable, de ahí que comience el estudio sobre la misma saludándola como «una sentencia justificada, oportuna y necesaria». GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 14).

(9) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1434).

(10) CUENA CASAS estudia la STS de 5 de marzo de 2007 en un monográfico comentario de la misma, en el que considera que la sentencia tiene una importancia trascendental, ya que fija definitivamente la doctrina de la Sala respecto del alcance de uno de los preceptos medulares de nuestro sistema registral, como es el principio de fe pública registral consagrado en el artículo 34 LH. Su posición favorable hacia la sentencia es puesta de manifiesto desde un principio por la autora, quien califica a la doctrina sentada por la misma como «absolutamente acertada» y de «digna mención en cuanto a su claridad expositiva» CUENA CASAS (2008, a, pág. 353).

(11) CUENA CASAS (2008, a, págs. 377 a 380).

(12) CUENA CASAS (2008, a, pág. 378).

VELA SÁNCHEZ (13) parte del análisis de los argumentos principales dados por los partidarios de la orientación jurisprudencial anterior en sede de doble venta judicial inmobiliaria que considera nula la venta judicial de cosa ajena por falta de objeto, para posteriormente rechazarla, calificándola como *afrenta jurisprudencial al principio de fe pública registral*. En efecto, en ningún caso puede decirse que la venta judicial de cosa ajena sea nula por falta de objeto, pues el objeto existe tanto en el embargo como en la posterior adjudicación: la finca embargada y adjudicada. Lo que en ellos falta es únicamente el poder de disposición atinente exclusivamente al modo y no al título del proceso transmisivo (14).

LÓPEZ FRÍAS (15) considera que el Tribunal Supremo consolida con buen criterio la doctrina que debe aplicarse al caso planteado, por la que se asume definitivamente que el rematante en subasta puede adquirir válidamente del embargado no dueño, pues la venta en subasta, al igual que la venta ordinaria, es válida aunque el bien enajenado no pertenezca al deudor (16).

PÉREZ RAMOS (17) sostiene, asimismo, la validez de la venta judicial de cosa ajena, aportando numerosos argumentos que, por analogía, sustentan del

(13) VELA SÁNCHEZ estudia la STS de 5 marzo de 2007 en un trabajo que tiene por objeto el estudio de la doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria. Comparte plenamente la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007, pues precisamente viene a confirmar la postura que junto con otros autores (señaladamente GORDILLO CAÑAS y ESPEJO LERDO DE TEJADA) ya venía sosteniendo con carácter previo a la sentencia, por la que defendía que en caso de doble venta judicial inmobiliaria era posible la aplicación del principio de fe pública registral. De este modo, a su juicio, la sentencia de 5 de marzo de 2007 no ha venido sino a confirmar una tesis que considera imprescindible para la salvaguarda del principio de fe pública registral regulado en el artículo 34 LH. VELA SÁNCHEZ (2009, a, pág. 1).

(14) VELA SÁNCHEZ (2009, a, pág. 22).

(15) LÓPEZ FRÍAS comenta la STS de 5 de marzo de 2007 en el seno de un extenso trabajo referente al estudio de las diferentes situaciones en que el embargo, acompañado o no de su reflejo registral, choca con la adquisición del dominio de un tercero [LÓPEZ FRÍAS (2010)]. La primera de las situaciones estudiadas por la autora es aquella en la que el titular registral de un inmueble lo transmite a otro sujeto, que no inscribe su adquisición, y después el inmueble es embargado por un acreedor del transmitente, anotándose en el Registro de la Propiedad dicho embargo. Pues bien, dentro de esta hipótesis, acomete el estudio de una variante concreta de la misma, cual es aquella en la que el sujeto que adquirió antes de ordenarse el embargo no ejercita la correspondiente tercería de dominio, de modo que el procedimiento de apremio sigue adelante, la finca sale a subasta y tras los trámites pertinentes, es adjudicada a un tercero, que con el testimonio del correspondiente decreto de adjudicación, inscribe a su nombre el dominio de la finca en el Registro de la Propiedad. Como puede apreciarse, el expuesto es el supuesto de hecho exacto del que se ocupa nuestra sentencia de 5 de marzo de 2007, y es precisamente en este punto en el que la autora se adentra en enjuiciar y comentar la doctrina sentada por tal sentencia.

(16) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2087 y 2088).

(17) PÉREZ RAMOS aborda el comentario de la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007 en el seno de un trabajo dedicado al estudio monográfico de la doble venta [PÉREZ RAMOS (2010)]. Consecuentemente, su mayor labor se centra en el estudio de los

mismo modo la validez de la venta ordinaria de cosa ajena. Los argumentos que aporta al respecto son los siguientes:

- La falta de poder de disposición es una carencia que afecta al modo, no al título, como resulta de que:
 - El contrato reúna todos los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código Civil, a saber, consentimiento, objeto y causa.
 - El propio artículo 433 del Código Civil distinga entre vicio del título y vicio del modo de adquirir, de manera que resulta evidente la existencia de dos planos independientes, el título y el modo, cada uno de los cuales cuenta con una serie de requisitos de validez, siendo el poder de disposición un requisito exclusivo del modo y no del propio título (18).
 - En sede de usucapión se exige justo título, verdadero y válido, y si el *tradens* tuviera poder de disposición, ya no sería necesaria la usucapión, por lo que esta institución comprende el caso de venta de cosa ajena.
 - En sede de obligaciones, el artículo 1160 del Código Civil, que dice: «*en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa vendida y capacidad para enajenarla*», vinculando el poder de disposición con la fase solutoria, esto es, con el pago, y por ende con el cumplimiento del contrato, no con su perfección.
- El Código Civil admite la venta de cosa ajena porque la compraventa es un contrato generador de obligaciones (art. 1450 CC), solo exige al vendedor en el artículo 1457 del Código Civil la capacidad para obligarse; no prohíbe expresamente la venta de cosa ajena, a diferencia del Derecho francés, y obliga al vendedor al saneamiento por evicción que acontece cuando el comprador se ve privado de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (19).

criterios sentados por una importante sentencia del Tribunal Supremo de unificación doctrinal (también dictada por el pleno), de 7 de septiembre de 2007, que guarda cierta relación con nuestra sentencia, pero yendo más allá, sobre todo en lo que al alcance del artículo 1473 del Código Civil se refiere. No es lugar para detenerse en la importante doctrina sentada por la referida sentencia de 7 de septiembre de 2007, pero baste apuntar que fundamentalmente afirma la aplicación del artículo 1473 del Código Civil, no solo a la doble venta, sino también a la venta de cosa ajena, debiendo concordarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH. Pues bien, PÉREZ RAMOS, tras rechazar la doctrina anterior, por entender únicamente aplicable el artículo 1473 del Código Civil a los casos de doble venta y no de venta de cosa ajena, considerando igualmente errónea la vinculación del artículo 1473 del Código Civil a los artículos 32 y 34 LH, pasa a comentar la doctrina de la sentencia de 5 de marzo de 2007.

(18) Este argumento es destacado por CUENA CASAS (2008, c).

(19) PÉREZ RAMOS (2010, págs. 515 y 516).

Finalmente, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (20), con un carácter más expositivo que crítico, afirma que, siendo la venta ordinaria de cosa ajena válida, también lo será la venta administrativa o judicial de cosa no perteneciente al deudor, en la medida en que ambas son equivalentes. Y ello es así porque el poder de disposición, tanto en un caso como en otro, no es requisito de validez del título (21). Desde un punto de vista de los requisitos del sistema transmisivo español, significa que el requisito de ser propietario (o tener poder de disposición) del vendedor, hay que referirlo, no al título o contrato, sino a la tradición (22).

1.2. *El artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non domino, no quedando desplazado por la aplicación del artículo 33 LH. Correcta conjunción de ambos preceptos*

Afirmó, en este sentido, el Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico séptimo de la STS de 5 de marzo de 2007, lo siguiente: «*este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala*».

La anterior afirmación se conecta con la primera de las cuestiones que hemos reputado como resueltas: si la venta judicial sobre cosa no perteneciente al deudor es considerada como válida, pues el poder de disposición es requisito atinente al modo del acto transmisivo y no al título, el artículo 34 LH resulta aplicable, ya que el propósito del mismo es precisamente salvar dicho defecto, no quedando invalidada su aplicación por el artículo 33 LH. No es, pues, el artículo 34 LH una excepción del artículo 33 LH, sino una consecuencia del mismo, ya que siendo válida la compraventa judicial de cosa ajena en cuanto título, el artículo 33 LH confirma la posibilidad de aplicar el artículo 34 LH.

En efecto, de ninguna manera puede incluirse en la nulidad a que se refiere el artículo 33 LH la ineffectuación del acto adquisitivo por consecuencia del defecto de titularidad del *tradens*. Varias razones apoyan esta afirmación:

(20) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO se ocupa del análisis de la STS de 5 de marzo de 2007, en una conferencia magistral impartida en la Ilustre Academia Sevillana del Notariado [MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011)], en la cual aborda el estudio detallado de tres sentencias plenarias del Tribunal Supremo: además de nuestra STS de 5 de marzo de 2007, también la de 7 de septiembre del mismo año, así como la STS de 23 de abril de 2010. Se trata de un trabajo de carácter más expositivo que crítico, en el que el autor destaca las principales cuestiones sustantivas resueltas, a su juicio, por parte del Tribunal Supremo en cada una de las referidas sentencias.

(21) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 38).

(22) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 37).

- a) Porque dicho defecto, como ya hemos reiterado, no afecta a los elementos estructurales del contrato, en cuanto título transmisor, haciéndolo nulo, sino al presupuesto necesario de legitimación exigido para la eficacia traslativa del posterior acto de entrega o *traditio* que, como modo, debe seguirle para completar el mecanismo adquisitivo.
- b) Porque es justamente ese defecto de titularidad, como venimos diciendo, lo que la fe pública registral se propone suplir en interés de la seguridad del tráfico de buena fe y en favor del tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH.

En definitiva, aplicar a un supuesto de adquisición *a non domino* el artículo 33 LH, argumentando que tal adquisición es nula, viene a ser tanto como sumar confusiones para terminar suprimiendo o desactivando el artículo 34 LH, precisamente el que concentra la principal y más característica función aseguradora y protectora de la publicidad registral (23).

Como puede imaginarse, a estas conclusiones llegan todos y cada uno de los autores que se suman a la afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena, con la excepción de un solo autor (lo veremos a continuación), que no habiéndose sumado claramente a la afirmación anterior, sí coincide en destacar como acertada la aplicación del artículo 34 LH a las adquisiciones *a non domino*.

Justamente, son ocho los autores que coinciden en destacar lo acertado de la solución dada por la STS de 5 marzo de 2007, a esta cuestión sustantiva, sumándose a ella; siguiendo un orden cronológico, vienen a ser los que siguen: **ESPEJO LERDO DE TEJADA, GORDILLO CAÑAS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, CUENA CASAS, VELA SÁNCHEZ, LÓPEZ FRÍAS, PÉREZ RAMOS y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO**. Veamos qué nos dicen cada uno de ellos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, después de afirmar la validez de la venta judicial de cosa ajena, añade que el artículo 33 LH no puede constituir una excepción al sistema diseñado por el artículo 34 LH, cuando el vicio de nulidad que se achaca es la falta de titularidad del embargado, que precisamente es el defecto que el artículo 34 LH permite subsanar. Si admitiéramos este argumento, indica el autor, cualquier acto en el que el disponente careciera de poder dispositivo podría ser tachado de nulo, a pesar de contar con la libertad dispositiva según el Registro, impidiéndose así la aplicación del sistema de protección de los adquirentes diseñado por el legislador (24).

GORDILLO CAÑAS se suma igualmente a este planteamiento, señalando al respecto que en el caso de pleito, aunque tras la primera transmisión el todavía titular registral deja de ser dueño, el segundo adquirente debe ser protegido, siempre que reúna las condiciones exigidas por el artículo 34 LH, pues este último

(23) GORDILLO CAÑAS (2008, págs. 1112 a 1114).

(24) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 409).

viene a sanar la falta de poder de disposición del transmitente; encontrándonos, pues, en el corazón mismo del principio de fe pública registral (25). Esto es, el autor no solo confirma que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, sino que eleva este extremo a la razón de ser misma de tal precepto.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA (26) es un autor que no incluimos entre los claramente partidarios de la afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena, pues su postura al respecto, como tendremos ocasión de ver a continuación, no es del todo clara. No obstante, sí afirma su postura favorable a la cuestión sustantiva que ahora nos ocupa, si bien puntualizándola en el sentido siguiente: el artículo 34 LH no supone una excepción al artículo 609 del Código Civil, sino que se subsume en el mismo y lo confirma, pues constituye el caso prototípico de adquisición «por Ley», que es el primer modo de adquisición contemplado por el referido artículo 609 del Código Civil.

Expuesta la puntualización anterior, resulta destacable indicar que el autor efectúa a lo largo de su trabajo de recepción doctrinal de la sentencia un enfoque con el que parece contradecirse, habida cuenta de que se muestra, como ya hemos indicado, partidario de la afirmación de la aplicación del artículo 34 LH a las adquisiciones *a non domino*. El enfoque que consideramos erróneo por parte de este autor es puesto de manifiesto por el mismo en el último epígrafe de su trabajo, en el que insiste en exponer las razones jurídicas que legitiman las adquisiciones *a non domino* al amparo del artículo 34 LH. Afirma el autor en dicho razonamiento que en el supuesto de hecho que se enjuicia en la sentencia de 5 de marzo de 2007, «el segundo contrato de transmisión por adjudicación en la subasta de un procedimiento ejecutivo es nulo, porque el vendedor no está legitimado para transmitir el dominio del inmueble, porque ya no es dueño y no tiene poder de disposición». Con esta afirmación, a nuestro juicio, el autor lleva a cabo una incorrecta comprensión de nuestro complejo sistema traslativo, ya que faltando poder de disposición en el transmitente lo inválido es el modo del *iter transmisivo* y no el título, tal y como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo y como sostienen los principales autores favorables a la sentencia de 5 de marzo de 2007.

De este erróneo planteamiento pudieran desprenderse dos conclusiones rechazadas por la sentencia de 5 de marzo de 2007: de una parte, que la venta de cosa ajena es nula por falta de objeto, porque el poder de disposición es

(25) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1432).

(26) GARCÍA BERNARDO LANDETA acoge la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un trabajo monográfico dedicado al análisis y comentario específico de la misma [GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2007)]. En él, tras efectuar un exhaustivo análisis histórico de la relación existente entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria, y abordar un enjuiciamiento crítico del párrafo 2.º del artículo 1473 del Código Civil, en el que no se adentra la sentencia de 5 de marzo de 2007 por «no citarse como infringido en el recurso» que da lugar a la misma, acomete un detallado análisis de cada uno de los Fundamentos de Derecho que integran la sentencia.

requisito de validez integrante del referido elemento esencial del contrato de compraventa; y de otro lado, que el artículo 34 LH no puede sino constituir una excepción del artículo 33 LH (pues el autor sí mantiene su postura favorable a la afirmación de la subsunción de las adquisiciones *a non domino* en el ámbito del art. 34 LH). Pues bien, lejos de ser así, si se analiza pormenorizadamente el trabajo de recepción de la sentencia de 5 de marzo de 2007 del autor, puede comprobarse que rechaza las anteriores conclusiones y señala que el artículo 34 LH no constituye una excepción del artículo 33 del mismo texto legal, sino que lo modifica «legitimándolo *ex lege*, por ministerio de la Ley, para que sea válida *a non domino* la enajenación que otorga el titular registral».

¿A qué se debe esta incoherencia en los planteamientos del autor que nos ocupa? La respuesta no es otra que la incorrecta comprensión de nuestro complejo sistema de transmisión de los derechos reales, tal y como adelantamos anteriormente. Incorrecta comprensión que queda reflejada singularmente al abordar el autor el estudio y crítica del párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil, en el que se distingue la doble venta del supuesto de la doble enajenación. Esto es, distingue la venta como negocio puramente obligacional de la venta como negocio de disposición. Esta confusión ha sido puesta de manifiesto de manera magistral por CUENA CASAS, quien partiendo del origen romano y meramente obligacional de nuestro contrato de compraventa, afirma que la particularidad de nuestro sistema, y de ahí las confusiones por parte de ciertos autores como el presente, es que la compraventa se configura en nuestro Código Civil como una categoría intermedia entre los negocios meramente obligacionales y los dispositivos, que participan de la naturaleza de las obligaciones (en el sentido de generar obligaciones y no derechos reales), pero interviene en el proceso transmisor; pero el hecho de intervenir en el *iter* transmisor no convierte a la compraventa en un negocio de disposición pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil no es suficiente para producir el efecto transmisor, y, por ende, no requiere el poder de disposición del transmitente (27).

(27) CUENA CASAS (2008, b, págs. 357-365), entiende en este sentido que la STS de 5 de marzo de 2007 confirma lo anunciado por ella misma en estudios precedentes, a saber, que nuestro sistema traslativo está construido sobre la base de la separación entre la esfera jurídico-real y la meramente obligacional, que los contratos forman parte del proceso transmisor, pero no lo agotan y la transmisión del dominio no constituye un requisito de validez ni de eficacia del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir. Es decir, a juicio de la autora, lo que ha provocado el incorrecto entendimiento del artículo 34 LH es la previa incorrecta interpretación de nuestro complejo sistema traslativo. Un sistema de transmisión de los derechos reales que procede del Derecho romano, en el que se establece la distinción entre los negocios de obligación y de disposición, distinción que se mantiene en nuestro ordenamiento pero desde un planteamiento causal, lo que nos diferencia del sistema alemán en el que dicha delimitación también está presente si bien los negocios obligacionales se hallan desligados del proceso transmisor. Consecuencia de este planteamiento fue la expresa admisión en Derecho romano de la validez de la venta de cosa ajena.

En definitiva, mediante el razonamiento final dado por el autor, atribuye erróneamente al contrato de compraventa un valor dispositivo que no tiene, de ahí que lo califique como «nulo». Lo llamativo es que la inteligencia de su planteamiento no le lleve a afirmar la aplicación del artículo 33 LH y sí el artículo 34 del mismo texto legal; y que aplicando este último no entienda que constituya la excepción del primero.

CUENA CASAS, por su parte, considera que al afirmar la STS de 5 de marzo de 2007 acertadamente la validez de la venta judicial de cosa ajena, se zanjan por parte del Tribunal Supremo dos cuestiones fundamentales:

- De una parte, que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino*, precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente. En efecto, siendo nuestro sistema de transmisión derivativa de los derechos reales de naturaleza causal, el adquirente de un bien puede no llegar a adquirir por dos razones: la primera por una irregularidad en su título, en su contrato; la segunda, por una irregularidad que afecta al modo de adquirir (art. 433 CC), es decir, a la falta de poder de disposición del transmitente. Pues bien, esta última irregularidad es la que trata de subsanar el principio de fe pública registral. A este respecto, la autora añade un argumento basado en la analogía, a saber, en la propiedad inmobiliaria inscrita el principio de fe pública registral juega el mismo papel que tiene la usucapición ordinaria: subsanar la falta de poder de disposición del transmitente, aunque con la particularidad de que no se requiere en este caso ni transcurso del tiempo ni posesión del adquirente. En definitiva, el artículo 34 LH salva el poder de disposición que es una irregularidad exclusiva del modo del sistema traslativo no atinente al título o contrato (28).
- Y, de otra parte, se fija el alcance del artículo 33 LH, que no debe considerarse excepcionado por el artículo 34 LH, pues de ser así, entenderíamos que la falta de poder de disposición es requisito de validez del título, cuya nulidad excepcionalmente salva el artículo 34 LH. Antes bien, el artículo 34 LH no es una excepción del artículo 33 del mismo texto legal, pues lo que se quiere evitar con este último precepto es que por el hecho de la inscripción lo nulo civilmente se trasmute en válido registralmente. El artículo 33 LH no salva la venta nula de cosa propia y sí la venta formalmente válida de cosa ajena. Desde esta perspectiva, el artículo 33 LH reafirma la validez de la venta de cosa ajena y la presupone, significando el precepto que el Registro purga los defectos del modo pero en ningún caso los del título.

(28) CUENA CASAS (2008, a, págs. 365-368).

En definitiva, la falta de poder de disposición de la que adolece la venta judicial de cosa ajena se ve salvada por el principio de fe pública registral, al constituir una irregularidad atinente al modo y no al título, razón por la que no resulta de aplicación el artículo 33 LH y sí el artículo 34 LH (29).

VELA SÁNCHEZ, en sentido análogo, sostiene que la teoría del título y el modo, aun siendo esencial en nuestro Derecho, tiene una excepción fundamental: la que procede del artículo 34 LH en favor del tercero que de buena fe confía en el Registro. Efectivamente, si el primer comprador llegó a adquirir la propiedad por el concurso del título y el modo es cierto que el segundo adjudicatario adquiere *a non domino*, pero esta es la consecuencia típica de la protección de la apariencia jurídica. Lo que en ellos falta es únicamente el poder de disposición del deudor ejecutado respecto a la cosa adjudicada que es justamente el defecto que la Ley se propone suplir a través del principio de fe pública registral. De no prosperar esta inteligencia, nunca tendría lugar la adquisición *a non domino* permitida por el artículo 34 LH. La ajenidad de la cosa no impide la intervención protectora y sanadora del principio de fe pública registral porque dicha ajenidad no hace nulo el título adquisitivo del tercero, sino que únicamente invalida el modo, cuyo vicio justamente es el que el artículo 34 LH se propone sanar.

Como consecuencia de lo anterior, el artículo 33 LH no impedirá la aplicación del artículo 34 a la venta judicial de cosa ajena, al ser el título de adquisición plenamente válido con independencia de la ausencia de poder de disposición del transmitente. Sí resultará aplicable el artículo 33 LH a aquellos casos en los que el procedimiento de embargo sea en sí mismo nulo (por ejemplo, por defecto o incorrección de las notificaciones en él necesarias), pero nunca cuando falte el poder de disposición, ya que ese elemento afecta al modo y no a la validez del título (30).

LÓPEZ FRÍAS, por su parte, se suma igualmente a estas dos cuestiones sustantivas resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, que se derivan de la previa afirmación de la validez de la venta judicial de cosa ajena. En efecto, como ya hemos visto en la cuestión sustantiva anterior, la presente autora considera el Tribunal Supremo «consolida con buen criterio la doctrina que debe aplicarse al conflicto planteado», por la que se asume definitivamente que el rematante en subasta puede adquirir válidamente del embargado no dueño, siempre que reúna los requisitos del artículo 34 LH, pues el referido precepto viene precisamente a subsanar tal defecto de titularidad. Como consecuencia de lo anterior, y siendo válida la venta aunque el bien enajenado no pertenezca al deudor, puede decirse que no resultará aplicable el artículo 33 LH. Respecto a esto último,

(29) CUENA CASAS (2008, a, págs. 370-380).

(30) VELA SÁNCHEZ (2009, a, págs. 7-9).

afirma LÓPEZ FRÍAS que con tan importante y acertada solución se logra una adecuada coordinación de los artículos 33 y 34 LH (31).

PÉREZ RAMOS, en este mismo sentido, considera que el rematante de cosa ajena debe resultar protegido por el artículo 34 LH, pues este palía la falta de titularidad del transmitente, por lo que el artículo 33 LH no resulta aplicable. Sostener la nulidad de la venta o embargo de cosa ajena, según el autor, haría nulo el artículo 34 LH, porque salvo que se tratara de bienes muebles, nunca en un inmueble embargado que no pertenezca al ejecutado podría ser aplicable la expresión del artículo 594 LEC: *los hubiere adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*. Asimismo, hace suyas en este punto las importantes palabras de ESPEJO LERDO DE TEJADA, de que «la norma del artículo 33 LH no puede constituir una excepción al sistema diseñado por el artículo 34 LH, cuando el vicio de nulidad que se achaca al embargo es la falta de titularidad del embargado, que precisamente es el defecto que el artículo 34 LH permite subsanar» (32).

Finalmente, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO afirma al respecto que partiendo de la previa validez de la venta administrativa de cosa ajena, la inscripción de la misma puede llevarse a cabo, y lo que hace el artículo 34 LH no es convalidar un previo título nulo convirtiéndolo en válido (como erróneamente se sostenía por algún sector doctrinal y jurisprudencial anterior), sino únicamente suplir la falta de poder de disposición del vendedor. Esto es, el artículo 34 LH ya no se considera desde la doctrina uniforme de la STS de 5 de marzo de 2007 que sea una excepción del artículo 33 LH, sino que únicamente salva la falta de poder de disposición que es un defecto atinente al modo y no al título del proceso transmisor, que desde esta perspectiva es perfectamente válido; lo contrario supondría negar eficacia alguna al propio artículo 34 LH (33).

1.3. *No es necesario que el tercero hipotecario sea subadquirente para ser protegido*

Esta tercera cuestión es una de las que afirma con mayor claridad y precisión el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de marzo de 2007, concretamente en su Fundamento Jurídico séptimo, en el que señala lo siguiente: «*que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su*

(31) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2087 y 2088).

(32) PÉREZ RAMOS (2010, págs. 519 a 521).

(33) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 37).

derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente. Esto último se comprende mejor si la conjunción “aunque” se interpreta como equivalente a “incluso cuando”, o imaginando antes de aquella un punto y coma en vez de una coma (...).

Con esta aclaración, el Tribunal Supremo pone fin a una exigencia que venía aplicando erróneamente nuestra jurisprudencia, la de entender que para ser tercero hipotecario, debía mediar una transmisión intermedia entre el *non dominus* inicial y el posterior transmitente. Esto es, se venía exigiendo que para ser considerado tercero, no se adquiriese directamente del *non dominus*, pues ese negocio sería inválido, invalidez que solo quedaría sanada por el artículo 34 LH en una posterior transmisión por parte del primer adquirente a un tercero. Se trataba de un contrasentido, pues esa invalidez por la falta de poder de disposición seguiría acompañando al primer adquirente que volviese a transmitir, y así sucesivamente, pues la falta de poder de disposición seguiría arrastrándose. Un correcto entendimiento de la figura del tercero nos hace ver que se reúne tal condición aunque se adquiera directamente del *non dominus*, pues la misma se tiene respecto del negocio del que deriva el defecto que viene a sanar el artículo 34 LH; defecto que proviene no del propio negocio de adquisición inscrito, sino de un previo negocio no inscrito que es el que provoca la falta de poder de disposición del *tradens* (34).

Pues bien, cinco son los autores que se han detenido en resaltar como acertada esta cuestión sustantiva resuelta por la sentencia que nos ocupa, sumándose a ella; siguiendo un orden cronológico los siguientes: GORDILLO CAÑAS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA, CUENA CASAS, VELA SÁNCHEZ y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO. Y lo interesante, es que no solo han destacado y se han sumado a este planteamiento, sino que lo han precisado en dos sentidos altamente clarificadores:

- 1.º De una parte, que la condición de tercero se tiene de manera indudable, no respecto del propio título adquisitivo, sino respecto de la transmisión anterior de la que se deriva la falta de poder de disposición que el artículo 34 LH se propone sanar. En esta precisión coinciden GORDILLO CAÑAS, GARCÍA-BERNARDO LANDETA y VELA SÁNCHEZ. Veamos lo que nos dicen cada uno de ellos al respecto.

GORDILLO CAÑAS señala que la condición de tercero es indudable, pues lo es respecto de la transmisión previa de la que deriva el defecto que contagia

(34) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1433) aclara este extremo afirmando: «un tal adquirente es estricta y rigurosamente “tercero”: no, obviamente, respecto de su propio título adquisitivo, pero sí, ciertamente, respecto al título del que arranca la pérdida de su derecho por el transmitente y el consiguiente defecto de titularidad por parte del mismo contra el que le inmuniza el principio de fe pública registral».

la suya propia. Es decir, la condición de tercero se tiene, pues el defecto que invalida el modo de su adquisición procede de una transmisión previa no inscrita, respecto de la que el llamado a proteger no es primero ni segundo (35).

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, por su parte, afirma al respecto que si aceptásemos que el adquirente tenía que serlo, no del titular registral, sino del adquirente del titular registral, tal y como venía sosteniéndose erróneamente en una jurisprudencia anterior, «nada adelantaríamos y nos enfrentaríamos con que el contrato de cesión adolecería del mismo vicio de nulidad que el del adquirente del titular registral, pues si el artículo 34 LH no podría actuar en beneficio de este, su contrato sería nulo, con la misma nulidad que la del celebrado entre el titular registral y el adjudicatario en la subasta judicial o administrativa» (36). Se trata de un argumento *a fortiori* dado por el autor (si la primera adquisición adolece de nulidad por la falta de disposición del transmitente, cuanto más la segunda que procederá igualmente de un *tradens* sin poder de disposición porque adquirió de un previo *non dominus*), que aclara ciertamente el no ser necesaria una adquisición intermedia para la existencia del tercero hipotecario.

VELA SÁNCHEZ, finalmente, indica en sentido análogo que se puede ser tercero hipotecario sin que entre la adquisición y la transmisión que hizo perder su derecho al titular registral medie otra transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro de la Propiedad, pues el adjudicatario es tercero respecto de la causa que originó la irregularidad del *iter transmisiivo*, la cual procede de una previa transmisión no inscrita. El adquirente inmediato del titular inscrito es ahora tercero respecto al contrato no inscrito de donde arranca la pérdida del derecho de quien aparece en el Registro como dueño (37).

2.º De otra parte, a juicio de CUENA CASAS, lo que aclara el Tribunal Supremo con este extremo sentado en el Fundamento Jurídico séptimo es que el ámbito del principio de fe pública registral no cabe ceñirlo exclusivamente a la hipótesis en la que el *tradens* no es titular del derecho que el Registro publica por haberse resuelto su derecho (por ejemplo, el caso en que el transmitente titular registral deja de ser dueño porque se anula su título adquisitivo —se anula el testamento que le hacía dueño, se resuelve su derecho por falta de pago del precio—), sino que también se extiende a aquellos casos en los que el transmitente no es dueño por haber enajenado antes a otro que no inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. Efectivamente cuando el artículo 34 LH afirma en el primer inciso del párrafo primero

(35) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1432 y 1433).

(36) GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2007, pág. 102).

(37) VELA SÁNCHEZ (2009, a, págs. 7-12).

que el tercero «será mantenido en su adquisición (...) aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro», el término «aunque» no significa que el tercero solo será mantenido en ese caso, sino «incluso» cuando el derecho de su transmitente no se resuelva ni anule.

En definitiva, lo que hace el Tribunal Supremo en este punto es aclarar el concepto de tercero protegido por la fe pública registral, que no solo es aquel que adquiere de quien deviene *non dominus* por haberse resuelto su derecho por causas que no constan en el Registro, sino también aquel que adquiere de un *ex dominus* (38).

En sentido análogo, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO indica que con este extremo el Tribunal Supremo está aclarando que «en definitiva, es indiferente la causa por la que el titular ya no es propietario, sino que lo importante es que esta (resolución, anulación, venta) no conste en el Registro de la Propiedad» (39).

Pues bien, una vez que hemos desarrollado los diferentes argumentos favorables vertidos sobre la sentencia que nos ocupa al hilo de las cuestiones que los autores han destacado como resueltas, merece la pena detenerse finalmente en un argumento favorable que se sale del esquema referido, ofrecido por un importante autor: LASARTE ÁLVAREZ.

LASARTE ÁLVAREZ estudia la STS de 5 de marzo de 2007 en el seno del análisis de otra serie de sentencias recientes, que han tenido por objeto la interpretación y aplicación del artículo 34 LH —señaladamente la sentencia del Tribunal Constitucional 6/2008, de 21 de enero (40)—. Todo ello, bajo el prisma del estudio de la crisis financiera estadounidense y su íntima conexión con el sistema registral y la técnica aseguradora que les caracteriza.

Se trata de un enfoque ciertamente singular por el que se pone de manifiesto la trascendencia y actualidad del correcto tratamiento del principio de fe pública registral, piedra angular de nuestro sistema de protección registral.

Como es sabido, la preocupante situación económica que atravesamos singularmente en España se debe, principalmente, a la irrupción de la crisis hipotecaria surgida en Estados Unidos durante el año 2007, fruto del carácter global de nuestra economía. No es momento de entrar en cuestiones de corte sociológico y económico, pero sí trasciende al ámbito que nos ocupa el análisis de la causa con-

(38) CUENA CASAS (2008, a, págs. 368 y 369).

(39) MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO (2011, pág. 39).

(40) Mediante esta sentencia el Tribunal Constitucional se ha enfrentado por primera vez a la demanda de amparo de un segundo acreedor hipotecario que, por razones temporales, no es objeto de contemplación en la certificación de cargas expedida en el procedimiento ejecutivo instado por el primer acreedor hipotecario, a consecuencia del cual se adjudica la finca, en subasta, a un tercer adjudicatario, a quien el Tribunal Constitucional considera protegido por la fe pública registral establecida en el famoso artículo 34 LH.

creta de la citada crisis financiera: el extraordinario y desproporcionado aumento de «hipotecas de alto riesgo o basura», con las que se ha venido concediendo crédito a deudores con escasas garantías, todo ello en el seno de un sistema de protección registral que dista de ser ejemplar. Efectivamente, a grandes rasgos puede decirse que el sistema registral estadounidense (puede incluso afirmarse que no existe tal sistema, pues está fragmentado estatalmente) es un sistema de transcripción, en el que los títulos relativos a la propiedad y a los derechos reales se van compilando sin que su consulta resulte ni fácil, ni cómoda, ni particularmente garantista para terceros. Esta falta de calificación técnica de los títulos y la inexistencia de normas protectoras del tráfico inmobiliario conllevan de manera reiterada a que toda operación de préstamo o transmisión inmobiliaria haya de verse acompañada de la correlativa póliza de seguro, con lo que el cataclismo financiero ha venido a arrastrar no solo a bancos y entidades financieras sino también a las entidades aseguradoras (41).

Pues bien, a juicio del autor, parece que la inteligencia que se venía sosteniendo por la doctrina rechazada por la STS de 5 de marzo de 2007 es fruto del contagio de la falta de creencia estadounidense en el sistema de publicidad registral, que por sí mismo y correctamente interpretado con su máxima fortaleza haría innecesarias las garantías adicionales (señaladamente pólizas de seguro) propias de tal sistema. Por el contrario, con la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 2007, junto a muchas otras sentencias que han venido a confirmarla, por la que se afirma que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones procedentes de un no dueño, pues salva la falta de poder de disposición afirmando la validez de la adquisición por parte de quien confía en el Registro y reúne los requisitos establecidos por tal precepto, se logra apuntalar la fortaleza de nuestro sistema de publicidad registral, evitando así la clandestinidad inmobiliaria que la doctrina rechazada originaría; doctrina rechazada que provocaría en palabras de LASARTE ÁLVAREZ, «una situación caótica y perjudicial, tanto en términos objetivos como atendiendo a puras consideraciones de carácter macroeconómico» (42).

En definitiva, gozamos, a juicio del autor, de un sistema de publicidad registral ejemplar, basado en la fortaleza de la inscripción, fortaleza que se logra con la conjunción de dos principios registrales básicos cuales son la legitimación registral y la fe pública registral. Principios, que deben interpretarse y aplicarse con toda su fortaleza y operatividad, lo cual se logra en el caso de la fe pública registral mediante la certera doctrina sentada por la sentenciada 5 de marzo de 2007.

Original planteamiento el de este autor, que aunque no se detiene en precisar las cuestiones sustantivas fundamentales sentadas por la STS de 5 de marzo

(41) LASARTE ÁLVAREZ (2008, págs. 1 a 3).

(42) LASARTE ÁLVAREZ (2008, págs. 12 y 13).

de 2007, sí dota de una gran dosis de actualidad a una materia a la vez clásica como es la del correcto tratamiento del principio de fe pública registral, cuya importancia trasciende a un ámbito de tal repercusión como lo constituye la causa principal de la crisis financiera estadounidense que ha propiciado el grave clima económico en el que vivimos.

2. CUESTIONES OMITIDAS POR LA STS DE 5 DE MARZO DE 2007

Una vez que hemos estudiado las distintas cuestiones sustantivas que se entienden mayoritariamente resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007, pasaremos ahora a analizar aquellas otras que se consideran, por el contrario, que debieran haberse abordado por la misma, pues aunque una sentencia no constituya un trabajo doctrinal, sí existen aspectos relacionados con el supuesto de hecho enjuiciado concernientes a la aplicación del artículo 34 LH que no deberían haberse obviado según los autores. No son argumentos abiertamente contrarios a la doctrina jurisprudencial, extremo que abordaremos más adelante, sino carencias en materias en cuyo desarrollo, a nuestro juicio y al de determinados autores, debía haberse adentrado la sentencia de unificación jurisprudencial.

De los distintos trabajos de recepción de la sentencia por parte de los autores, son cuatro las cuestiones que han sido subrayadas como desacertadamente omitidas, a la que añadiremos una quinta cuestión cuya omisión no ha sido destacada por los mismos, pero que consideramos particularmente que debiera haber sido objeto de pronunciamiento expreso por parte de la STS de 5 de marzo de 2007. Concretamente, tales cuestiones consideradas como omitidas son las siguientes:

- a)* La inclusión de la adquisición en procedimiento de apremio dentro del ámbito de actuación del principio de fe pública registral.
- b)* ¿Estamos en el caso del pleito ante una doble venta o ante una venta de cosa ajena? Alcance del artículo 1473 del Código Civil.
- c)* ¿La solución a la que llega la sentencia se efectúa en virtud de la aplicación combinada de los principios de inoponibilidad y fe pública registral, o se trata de dos principios independientes?
- d)* La configuración del requisito de la buena fe.
- e)* El momento en que ha de concurrir la buena fe como requisito para la aplicación del artículo 34 LH.

Veamos lo que nos dicen los autores al respecto de cada una de las cuestiones enunciadas.

2.1. *La inclusión de la adquisición en procedimiento de apremio dentro del ámbito de actuación del principio de fe pública registral*

La presente, constituye una cuestión implícitamente afirmada por la STS de 5 de marzo de 2007, pues sin pronunciarse expresamente al respecto, aplica el artículo 34 LH al supuesto de hecho que enjuicia, que se refiere precisamente a la protección de un adquirente en procedimiento de embargo. No obstante, comprobaremos que existen autores de gran peso que echan en falta, debido a su importancia, una referencia expresa en la sentencia al respecto, de ahí que la hayamos incluido en este apartado.

Nos encontramos ante una cuestión respecto de la que se han venido suscitando dudas tanto en doctrina como en jurisprudencia, principalmente porque no existe referencia expresa alguna a la misma en nuestra legislación positiva. En efecto, el artículo 34 LH determina los requisitos para su aplicación, pero no hace referencia a la posibilidad de amparar igualmente a los adquirentes en ventas judiciales. La pregunta que se plantea, pues, es la siguiente: ¿el rematante en procedimiento de embargo, al inscribir su adquisición puede gozar de la misma protección que, una vez haya inscrito su derecho, obtiene el tercero que de buena fe y a título oneroso adquiere de quien en el Registro aparece inscrito como dueño y con facultades para transmitirlo? Las dudas sobre esta controversia se agravan al recibir una solución diversa en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno más cercano. En efecto, en Alemania queda fuera de la acción sanante del Registro la adquisición en subasta judicial o venta forzosa, pues en virtud del parágrafo 90 del ZVG (Ley sobre Ejecución Forzosa Alemana), la transmisión de la propiedad en el ámbito de las ventas judiciales se produce única y exclusivamente con la publicación del auto de adjudicación y, por tanto, al margen del Registro. Según el Derecho alemán, la adquisición de la propiedad derivada de subasta judicial no puede entenderse como la conclusión de un contrato entre el adquirente y el Tribunal o acreedor ejecutante, de ahí que quede excluida del ámbito de aplicación de la fe pública registral, y así se recoge en los párrafos 892 y 893 del BGB (43). En definitiva, la razón de ser de la exclusión del Derecho alemán de la acción sanante del Registro en el ámbito de las ventas forzosas es la consideración de tales como formas de adquisición no negocial, extrañas al campo de las adquisiciones por negocio jurídico que, en cuanto instrumento de la seguridad del tráfico, el Registro de la Propiedad, por tanto, no se propone asegurar. En el Derecho suizo se mantiene, en cambio, el criterio contrario (44).

(43) WESTERMANN, WESTERMANN GURSKY y EICKMANN (2008, págs. 1078, 1103 y 1104).
(44) GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1439).

Nuestro sistema registral, como decimos, no se pronuncia al respecto, si bien la mayoría de los autores (45) han coincidido en afirmar la aplicación del artículo 34 LH a las ventas judiciales —salvo excepcionalmente aquellos de inspiración más germánica (46)—, pues el adquirente de tales ventas puede llegar a reunir todos y cada uno de los requisitos establecidos para su aplicación, incluido el requisito de la necesaria onerosidad.

No es necesario adentrarse en la naturaleza jurídica de la venta judicial para resolver este extremo, como equivocadamente hace algún autor (47), pues el artículo 34 LH no exige que el adquirente adquiera mediante contrato de compraventa, sino únicamente que adquiera «a título oneroso». Esa onerosidad es indudable que se da en las ventas judiciales: partiendo de que por acto oneroso se entiende, según DÍEZ PICAZO, «*aquel que haya exigido una contraprestación o un sacrificio patrimonial al adquirente*», no existe duda alguna en afirmar que dicho sacrificio o contraprestación se da claramente en el precio que debe abonar el adjudicatario para adquirir el dominio del bien objeto de embargo y correlativa subasta.

Esta postura favorable de la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia ha encontrado su refrendo legal en el artículo 594 LEC, que en su apartado primero afirma: «*El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*

(45) En nuestra doctrina más reciente, vid. DÍEZ PICAZO (2008, pág. 530): «En la hipótesis del artículo 34 LH el tercero protegido lleva a cabo una adquisición del dominio o de otro derecho real, en virtud de un acto o negocio jurídico que lo relaciona con el titular registral. Puede tratarse de un negocio jurídico *inter partes*, pero podrá tratarse también de un acto jurídico no negocial (...), por ejemplo: la finca que aparece inscrita a nombre de Ticio, como titular registral, es adquirida en subasta pública judicial por Cayo». Igualmente, GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1440): «El conflicto que se produce en la que venimos denominando adquisición *a debitore non domino* en procedimiento de apremio es el mismo que genéricamente la Ley Hipotecaria resuelve a favor del derecho inscrito frente al que dejó de inscribirse, y más específicamente, el que se plantea entre el titular del derecho no inscrito y quien onerosamente y de buena fe lo adquiere de su titular registral». También, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1999, pág. 557): «La transmisión puede ser voluntaria (...) o forzosa (por ejemplo, en subasta pública por ejecución judicial»; refiriéndose al requisito de la onerosidad necesario para la aplicación del artículo 34 LH).

(46) GONZÁLEZ MARTÍNEZ (1931, pág. 163). Recientemente, también ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, pág. 2055), quien afirma sorprendentemente lo siguiente: «el remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, pues el remate no es una adquisición a título oneroso (es un acto aleatorio) (...). El remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre precio y valor, es lo que justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación». Nos ocupamos de rebatir esta apreciación en el apartado correspondiente a los argumentos contrarios a la doctrina jurisprudencial.

(47) Vid. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2055 y 2056).

Con este último pasaje resaltado en negrita, la Ley de Enjuiciamiento Civil se está refiriendo, sin duda alguna, a la adquisición mediante la protección del artículo 34 LH, único modo de adquirir irreivindicablemente bienes inmuebles habiéndolo hecho de un *non dominus*, pues es el único mecanismo que valida la adquisición que adolece de tal defecto de manera irrefutable (48).

Llegados a este punto, y partiendo de que se trata, tal y como afirmamos al comienzo, de una cuestión «implícitamente afirmada por la STS de 5 de marzo de 2007», ¿a qué se debe su inclusión en este epígrafe concerniente a las cuestiones «omitidas» erróneamente por la sentencia? Siguiendo a GORDILLO CAÑAS, de quien discrepamos en este punto, pese a tratarse de una cuestión afirmada implícitamente por la sentencia, ya que al aplicar el artículo 34 LH al supuesto de hecho enjuiciado (protección de adquirente en procedimiento de apremio) parece darse una respuesta afirmativa al respecto, dada la importancia y lo controvertido de la materia en cuestión, la afirmación en cuestión debió haber sido expresa (49).

(48) Esta es la interpretación sostenida por una gran mayoría de autores, señaladamente los siguientes: GORDILLO CAÑAS (2007, b, pág. 600): «es cierto que la irreivindicabilidad sancionada en este precepto no es una irreivindicabilidad absolutamente necesaria; pero el hecho de que sea así no resta un ápice de valor al mandato que la enuncia: es la simple y necesaria manifestación de que en la protección de la adquisición *a non dominio* no es suficiente haber adquirido de quien no es dueño, sino que tal adquisición debe producirse siempre encuadrada en un conjunto de circunstancias sin las cuales no se justifica su protección (...) (el art. 594 LEC) es una norma que viene a declarar y sanciona (...) que la adquisición en pública subasta entra en el campo al que alcanza el efecto sanante del principio de fe pública registral». Asimismo DOMÍNGUEZ LUELMO (2009, pág. 412): «la verdadera importancia del actual artículo 594 LEC es que parece fuera de toda duda que quien adquiere en una ejecución puede quedar protegido por la fe pública registral si se cumplen los requisitos del artículo 34 LH». De la misma forma, DÍAZ MARTÍNEZ (2001, pág. 82): «del artículo 594.1.º LEC se deduce que si se embargó por error un bien perteneciente a un tercero y no al ejecutado y aquel no interpuso temporáneamente la tercera de dominio o esta fue desestimada todavía podrá ejercitar una acción reivindicatoria frente al que adquirió el mismo en el procedimiento de apremio, la cual deberá, en principio, prosperar, salvo que se dé alguno de los supuestos de irreivindicabilidad previstos por la legislación sustantiva, que no son otros que los derivados del artículo 464 del Código Civil para los muebles y del artículo 34 LH para los inmuebles». En este mismo sentido, VELA SÁNCHEZ (2009, b, pág. 178): «la adquisición de modo irreivindicable del artículo 594.1 LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH». En el seno de la doctrina procesalista, de modo análogo, CACHÓN CÁRDENAS (2000, pág. 2956): «cuando se trate de bienes inmuebles, los criterios generales de los que se ha de partir, para determinar si la transmisión es o no irreivindicable, son los previstos en el artículo 34 LH (...). También FERNÁNDEZ-BALLESTEROS (2001, pág. 2867): «los bienes pueden haber sido adquiridos de forma irreivindicable si se adquirieron en las condiciones del artículo 34 LH (...). Igualmente, MONTERO AROCA y FLORS MATÍES (2004, pág. 26): «si el bien perteneciente a un tercero, que ha sido embargado y enajenado, es un inmueble, el adquirente del mismo, en el procedimiento de apremio, solo gozará de la plena protección que otorga la irreivindicabilidad si lo ha adquirido en las condiciones establecidas en el artículo 34 LH para el llamado tercero hipotecario».

(49) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1439 y 1440).

A nuestro entender, por el contrario, esta omisión criticada por el autor no puede llegarse a calificarse como tal, pues tal y como él mismo reconoce, la propia sentencia afirma implícitamente la subsunción de las ventas judiciales en el ámbito del artículo 34 LH al aplicarlo al adjudicatario de nuestro caso; extremo cuya importancia no debe desecharse, por mucho que resulte de una manera no tan explícita como hubiera resultado deseable (50).

2.2. ¿Estamos en el caso del pleito ante una doble venta o ante una venta de cosa ajena? Alcance del artículo 1473 del Código Civil

Se trata de una cuestión muy controvertida en el seno de nuestra mejor doctrina y jurisprudencia, que sin embargo sí ha sido resuelta por una sentencia de unificación de doctrina posterior, de 7 de septiembre de 2007 (51), sobre cuya resolución debió haberse detenido la STS de 5 de marzo de 2007, a juicio de GORDILLO CAÑAS y BUSTOS PUECHE.

En efecto, ambos autores destacan que la solución de esta cuestión sustantiva como omisión de la sentencia que nos ocupa, aunque con enfoques ciertamente contrarios. Y digo contrarios porque comprobaremos que GORDILLO CAÑAS destaca y se detiene en esta omisión, pero la entiende finalmente justificada; mientras que BUSTOS PUECHE considera que tal omisión no encuentra justificación. Desarrollemos cada una de las posturas referidas.

GORDILLO CAÑAS señala que poco dice sobre esta cuestión la STS de 5 marzo de 2007 (52), cuando se trata de un problema fundamental puesto de manifiesto por el Fundamento de Derecho quinto de la referida resolución al enunciar la contradicción jurisprudencia anterior. El motivo de esta omisión, entiende el autor, se debe a que no es necesario para la solución del caso entrar en el problema, tan enturbiado doctrinalmente. Además, no es un precepto alegado como infringido por las partes, por lo que por razones de congruencia procesal no procede entrar en él (así lo dice expresamente el Fundamento de

(50) En consonancia con nuestra postura, GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, pág. 47) afirma que «una de las importantes consecuencias que se derivan de la STS de 5 de marzo de 2007 es, precisamente, la de considerar que el rematante de una adjudicación en subasta se integra en el ámbito del artículo 34 LH, toda vez que en la transmisión forzosa operada a favor del rematante hay onerosidad».

(51) Nos ocuparemos de su análisis posteriormente, pues constituye una sentencia que guarda la misma importancia que nuestra STS de 5 de marzo de 2007, en la medida en que unifica doctrina en torno a una serie de cuestiones que, como tendremos ocasión de comprobar, no han sido resueltas por la STS de 5 de marzo de 2007.

(52) En efecto, afirma GORDILLO CAÑAS (2007, a, pág. 1440): que en este punto lo único dicho por la STS de 5 de marzo de 2007 es lo siguiente: «se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo».

Derecho octavo de la sentencia). No obstante, dada su importancia, GORDILLO CAÑAS se adentra en esta cuestión, dando su parecer al respecto, que puede resumirse como sigue:

- No es cierto que la doble venta exija la proximidad temporal entre una y otra, y que, de no darse esta, estemos fuera de él y dentro del caso de la venta de cosa ajena. Las fuentes hablan en sentido contrario: en *tiempos departidos*, decían las Partidas.
- Es desafortunado que al sacar el caso del molde de la doble venta para llevarlo al de la venta de cosa ajena, se niegue al adquirente posterior que inscribe la protección del artículo 34 LH, entendiendo que lo impide el artículo 33 por ser nula la venta de cosa ajena. Antes bien, el tópico de la venta de cosa ajena viene a decir justamente lo contrario: *cosa ajena vendiendo un hombre a otro, valdrá la venta* (P. 5-5-19). La ajenidad de la cosa no impide la validez del título (art. 1953 CC).
- Habiendo previa inscripción a favor del *debitor non dominus*, pierde interés la subsunción del caso en una u otra figura. Entra literalmente y sin más en la hipótesis del artículo 34 LH: el rematante y adjudicatario adquiere de buena fe y por título oneroso de quien en el Registro aparece como dueño. Ello explica el que la sentencia no se haya detenido en la justificación de la subsunción del caso en la doble venta o la venta de cosa ajena (53).

En definitiva, lo que inicialmente se enuncia por parte del autor como una omisión, finalmente viene a justificarse, confirmando su acertada ausencia en la STS de 5 de marzo de 2007.

Consideramos acertada esta apreciación efectuada por GORDILLO CAÑAS, pues aunque se trata de una cuestión fundamental en la controvertida jurisprudencia precedente, no es menos cierto que para la solución del supuesto de hecho objeto de la sentencia que nos ocupa, basta con acudir al correcto entendimiento y aplicación del artículo 34 LH, con independencia de que a tal solución también pueda llegarse complementariamente con el artículo 1473.2 del Código Civil, que también resultaría de aplicación.

BUSTOS PUECHE (54), por el contrario, como ya hemos anticipado, considera que en ningún caso puede fijarse como definitiva una doctrina sobre el artículo 34 LH que no haga referencia a esta cuestión sustantiva.

(53) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1440 y 1441).

(54) BUSTOS PUECHE analiza la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un trabajo monográfico que tiene por objeto exclusivo su comentario y crítica [BUSTOS PUECHE (2008, págs. 1071 a 1087)]. Ya el propio título del trabajo en cuestión nos da muestras sobre la opinión, ciertamente desfavorable, del autor hacia la referida sentencia: «Un intento del Tribunal Supremo por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH»; lo intenta y

Afirma el presente autor que al obrar de esa forma, la formulación de la interpretación del artículo 34 LH peca de casuística, de modo que no sería fácil saber cuál sería el criterio del Tribunal para otros casos que no sean los contemplados expresamente en la STS de 5 de marzo de 2007 (55).

¿Cómo podría superarse esta deficiencia? Según BUSTOS PUECHE, acudiendo a la doctrina de la apariencia jurídica encontraremos solución a todos los casos posibles, pues todos ellos tienen cabida en la figura del sujeto protegido por tal doctrina.

En efecto, BUSTOS PUECHE, conocido partidario de la doctrina de la apariencia jurídica (56), considera que el principal error en el que incurre la STS de 5 marzo de 2007, es el no percibirse de que el caso del tercero hipotecario no es sino una especie del género «sujeto protegido por la apariencia jurídica»; de modo que no hay que encerrarse, a su parecer, en el artículo 34 LH, sino ascender a la doctrina de la apariencia jurídica, recordar sus requisitos y comprobar luego en cuál de los sujetos en conflicto concurren. Al no haber obrado así la STS de 5 de marzo de 2007, su esfuerzo por fijar la doctrina acerca del artículo 34 LH no será definitivo (57). Esto es, lo importante no es ser tercero hipotecario, sino sujeto protegido por la apariencia jurídica, supuesto general en el que tienen cabida no solo el tercero hipotecario, sino también muchos más casos. En definitiva, los preceptos hipotecarios, tales como el artículo 34 LH, no deben interpretarse desde sí mismos de forma aislada, sino en conformidad con la doctrina general de la apariencia jurídica (58).

Como ya venimos reiterando, nos parece que el artículo 1473 del Código Civil es un precepto que también resulta aplicable al supuesto de nuestra sentencia, al igual que su corolario artículo 32 LH, ya que ambos nos llevarían a proteger al adjudicatario inscrito, si bien el grado de protección que se conseguiría con estos preceptos es inferior al que obtiene en virtud de la aplicación del artículo 34 LH. Ciento es que hubiese resultado verdaderamente ilustrativa una interpretación uniforme acerca de la doble venta y venta de cosa ajena, pues es una de las cuestiones más controvertidas de la jurisprudencia precedente, pero no es menos cierto que se trató de un precepto no alegado como infringido por

dicho intento es plausible, pero a juicio del autor, no lo consigue, de ahí que se quede en un mero intento.

(55) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1076).

(56) BUSTOS PUECHE define la doctrina de la apariencia jurídica como «aquella institución por cuya virtud el ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles». BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1081). Para un estudio extenso de esta doctrina sustentada por el autor, vid. BUSTOS PUECHE (1999).

(57) BUSTOS PUECHE (2008, págs. 1071 y 1072).

(58) Como apoyo a su postura, cita BUSTOS PUECHE dos sentencias que parecen sustentarla: SSTS del 21 de junio de 2002 y 29 de mayo de 2006. BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1080).

ninguna de las partes, de manera que la congruencia procesal imponía en cierto modo silenciar dicha cuestión. Además, existe una sentencia posterior que ya sí unifica doctrina en torno a la interpretación del artículo 1473 del Código Civil (la STS de 7 septiembre de 2007); pero se trata de una doctrina menos consolidada que la de la STS de 5 de marzo de 2007, pues posteriores sentencias resuelven casos análogos acudiendo en exclusiva al artículo 34 LH, omitiendo toda referencia al artículo 1473 del Código Civil (59). Ello es demostrativo de que dándose los requisitos del artículo 34 LH, más poderoso instrumento en el ámbito de la protección de nuestro sistema hipotecario, carece de sentido acudir a instrumentos de menor protección como son el artículo 1473.2 del Código Civil y su corolario artículo 32 LH.

¿Peca por ello el Tribunal Supremo de excesivo casuismo, tal y como alega BUSTOS PUECHE? Pues no puede negarse la mayor, pero no debe olvidarse que la función jurisdiccional de nuestros Tribunales es la resolución de problemas y cuestiones concretos, por lo que, aunque se unifique doctrina, su casuismo no es criticable, sino elogiable: se trata de doctrina jurisprudencial y casuística, no de doctrina dogmática y genérica (60).

(59) Ya hemos anticipado que nos ocuparemos posteriormente del estudio de la importante STS de 7 de septiembre de 2007, cuya trascendencia reside fundamentalmente en la unificación de doctrina por parte de la misma en torno a una serie de cuestiones no resueltas por nuestra STS de 5 de marzo de 2007. Entre otras, la concerniente a la interpretación del artículo 1473 del Código Civil y su concreto engarce en relación con la controvertida cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena: se viene a afirmar que el artículo 1473 del Código Civil resulta aplicable a ambos supuestos, no siendo excluyentes, sino complementarios. Pues bien, partiendo de esta doctrina jurisprudencial, daría muestras de su consolidación que las sentencias posteriores en las que se enjuiciasean supuestos de venta ordinaria o judicial de cosa ajena se acudiese, no solo al artículo 34 LH, cuya aplicación queda fuera de toda duda tras la doctrina uniforme sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, sino además al artículo 1473 del Código Civil. Lejos de ser así, existen tres sentencias de nuestro Alto Tribunal donde se enjuician supuestos de venta de cosa ajena en los que solo se acude al artículo 34 LH en aplicación de la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, pero no al artículo 1473 del Código Civil, concretamente las siguientes: STS de 5 de mayo de 2008, sobre un supuesto de venta judicial de cosa ajena (en ella, no solo no se aplica el art. 1473 CC, sino que se contradice abiertamente la doctrina de la STS de 7 de septiembre de 2007, al afirmar que el art. 1473 CC solo resulta aplicable a los supuestos de doble venta, entendiendo por estos a aquellos en los que ninguna de las ventas ha llegado a consumarse); la STS de 18 de noviembre de 2008, sobre un supuesto de venta judicial de cosa ajena; así como la STS de 20 de julio de 2010, sobre un supuesto de doble venta del que se deriva un caso de venta ordinaria de cosa ajena. Nótese que hemos abordado todas estas cuestiones con mayor detalle en nuestro estudio doctrinal: MURGA FERNÁNDEZ (2012, a).

(60) Tal y como afirma VIEHWEG (1963, págs. 129 y 130), «la estructura de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema; las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y sus proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y solo pueden ser comprendidas desde él; y, los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia solo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema».

En cuanto a la continua alusión a la necesidad de acudir a la doctrina de la apariencia jurídica, a nuestro juicio, se trata de una doctrina que parece tener reflejo en diferentes preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, pero entendemos que una construcción alejada de la letra de nuestra legislación positiva, con requisitos no establecidos de manera expresa sino en base a loables construcciones científicas, no puede elevarse a la categoría de doctrina general aplicable a supuestos de hecho variopintos y con importantes intereses en juego como es el caso del tercero hipotecario, pues ello va en detrimento de la seguridad jurídica.

2.3. *¿La solución a la que llega la sentencia se efectúa en virtud de la aplicación combinada de los principios de inoponibilidad y fe pública registral, o se trata de dos principios independientes?*

GORDILLO CAÑAS afirma que se trata de una cuestión que la sentencia deja caer con la expresión siguiente: «*se trata de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral*». Lo que a juicio de GORDILLO CAÑAS está en juego mediante esta respuesta es el problema del dominado y polémico *monismo o dualismo de nuestro sistema hipotecario*, o lo que es lo mismo, el de la relación entre los artículos 32 LH, con sus paralelos civiles: 606 y 1473 del Código Civil y 34 LH. ¿Suponen cada uno de estos preceptos supuestos distintos con tratamientos necesariamente diferenciados? A juicio de GORDILLO CAÑAS, sí suponen los preceptos supuestos distintos:

- 1.º Cuando, como en el caso del pleito, el embargo ha sido registralmente anotado, de modo que en el Registro aparecía inscrita la finca trabajada como propia del deudor: procede la subsunción de la adquisición del adjudicatario en el artículo 34 LH, gozando exclusivamente de la protección del principio de fe pública registral. La inoponibilidad de la anterior transmisión no inscrita no es consecuencia de un principio distinto, sino que es simplemente la manifestación negativa del principio de fe pública: lo no inscrito, aunque existente en la realidad extraregistral, no cuenta para el tercero que confía en la exactitud del Registro.
- 2.º Cuando, por el contrario, el adjudicatario no adquiere de deudor que sea titular inscrito pero es él quien lleva su adquisición al Registro: este es el caso en el cual el artículo 1473.2 del Código Civil y 32 LH se erigen en criterio y norma autónoma de solución, porque no habiendo previa inscripción, el supuesto no puede deslizarse a terrenos del principio de fe pública registral. En efecto, sin engarce posible en una previa inscripción merecedora de la discreta confianza del tercero

adquirente, la que este hace de su adquisición se erige en fundamento de la preferencia del derecho inscrito frente al anterior no publicado o clandestino e incompatible con él.

En esta protección se cifra y consiste, a juicio del autor, el moderado y desigual dualismo de nuestro sistema registral, el efecto autónomo del principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito cuando la hipótesis de la doble venta, por defecto de previa inscripción no puede ser subsumida en el presupuesto legalmente exigido y previsto para la entrada en acción del principio de fe pública registral (61).

En efecto, la cuestión de si en nuestro sistema registral existe un único tercero (contemplado tanto en el art. 32 LH, como en el art. 34 LH, aunque con distinto grado de protección), o dos terceros registrales distintos (el latino del art. 32 LH, expresión de la inoponibilidad de lo no inscrito, y el germánico del art. 34 LH, con total protección frente a lo inscrito), es una cuestión altamente debatida por nuestra doctrina. Ahora bien, ¿es necesario que la STS de 5 de marzo de 2007, se hubiese pronunciado extensamente sobre esta cuestión? De lo que no cabe duda es que para adquirir válidamente, el adjudicatario debió reunir los requisitos del artículo 34 LH, pues necesita de su acción sanante al no ostentar el deudor embargado poder de disposición sobre la cosa. Evidentemente, la anterior transmisión no inscrita le será igualmente inoponible en virtud del artículo 32 LH, pero para adquirir válidamente y de forma irrefutable, necesita del artículo 34 del mismo cuerpo legal. Ciertamente, hubiese sido aconsejable que la sentencia hubiese hecho alguna precisión al respecto, pero ello no altera el resultado satisfactorio finalmente alcanzado por la misma en su correcta aplicación del artículo 34 LH a un supuesto de venta judicial de cosa ajena que es lo fundamental de la doctrina que sienta.

Resuelto lo fundamental, cuestiones tan sumamente controvertidas como la del monismo o dualismo de nuestro sistema registral resultan un lujo, aconsejable, pero accesorio.

Como podemos comprobar, autores que se han mostrado favorables a la doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 5 marzo de 2007, no dejan por ello de abordar un enjuiciamiento crítico de la misma, destacando sus lagunas e insuficiencias; enjuiciamiento crítico elogiable, pues debe ir aparejado a toda aproximación realmente científica.

(61) GORDILLO CAÑAS (2007, a, págs. 1443 y 1444).

2.4. *La configuración del requisito de la buena fe*

Poco se dice en la STS de 5 de marzo de 2007, sobre el requisito de la buena fe, dándose por hecho su concurrencia sin existir otra referencia acerca de tal requisito más que la siguiente cita incluida en el Fundamento Jurídico octavo de la misma: «(...) tal situación (refiriéndose a la pérdida del derecho de propiedad por parte del primer adquirente que no inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad) es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y que su remedio habrá de buscarse, en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia, en la tercería de dominio; y en su etapa final, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero (...).»

Ciertamente, al ser el primer adquirente una entidad bancaria, lo más lógico es pensar que no poseyó físicamente la finca, ni creó signos aparentes de su propiedad, de ahí que el requisito de la buena fe en este caso no parece que plantea mayores problemas, pero ello no es óbice para que la sentencia se hubiese pronunciado al respecto. ¿Qué ocurrirá en aquellos casos análogos en los que el sujeto que pierda la propiedad sea un particular que poseía el bien litigioso? ¿Se entenderá que concurre el requisito de la buena fe a pesar de tal posesión, por el mero hecho de acudir al Registro de la Propiedad y constatar que el sujeto embargado es titular del bien? Nos estamos refiriendo, a la controvertida cuestión de la configuración del requisito de la buena fe, sobre la que hubiese sido deseable que la sentencia se pronunciara, de ahí que la hayamos incluido entre las «omisiones» cuya resolución se echa en falta por parte de la misma.

Existen, en torno a tal requisito, dos configuraciones posibles sostenidas fundamentalmente por los autores:

- 1.º Una primera configuración meramente «psicológica», consistente en una mera ignorancia de la realidad (es la denominada «concepción psicológica de la buena fe»). Los principales partidarios de esta postura son: ROCA SASTRE (62), MIQUEL GONZÁLEZ (63), CANO TELLO (64), GARCÍA GARCÍA (65), PAU PEDRÓN (66), LÓPEZ FRÍAS (67) y GUILARTE GUTIÉRREZ (68) entre otros.
- 2.º Y una segunda configuración «ética» de la buena fe, conforme a la cual la buena fe no solo es una mera ignorancia de la realidad sino que exige,

(62) ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, BERNÁ I XIRGO (2008, págs. 371 y sigs.).

(63) MIQUEL GONZÁLEZ (1990, págs. 19 a 22).

(64) CANO TELLO (1992, págs. 302 y 303).

(65) GARCÍA GARCÍA (1999, págs. 487 y sigs.).

(66) PAU PEDRÓN (2001, págs. 189 y 190).

(67) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2088 a 2091).

(68) GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, págs. 49 y 50).

además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable. Desde esta última postura, para ostentar buena fe, por tanto, no solo es preciso ignorar la realidad, sino que además es preciso actuar diligentemente y de acuerdo con unos cánones o criterios de conducta que sean socialmente aceptables (69). Los principales partidarios de esta segunda postura son: DÍEZ PICAZO (70), DE PABLO CONTRERAS (71), ESPEJO LERDO DE TEJADA (72), GORDILLO CAÑAS (73), LACRUZ BERDEJO (74), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (75), VALLET DE GOYTISOLO (76) y VELA SÁNCHEZ (77).

Desarrollemos, en mayor medida, estas dos posturas, adentrándonos en sus orígenes.

Siguiendo a MIGUEL GONZÁLEZ, parece ser que el origen de la polémica entre ambas configuraciones se debe a C. G. WACHTER y C. G. BRUNS, quienes en torno a 1870 desarrollan esta discusión a propósito de la buena fe exigida en el Derecho Común para la prescripción adquisitiva extraordinaria.

WACHTER puede reputarse como el estandarte de la configuración «psicológica de la buena fe», mientras que BRUNS lidera la concepción «ética» de la misma; denominación, psicológica y ética, acuñada precisamente por BRUNS. Veamos qué nos dicen cada uno de estos autores al respecto, lo que nos permitirá obtener un mejor plano de situación para nuestra posterior toma de postura.

WACHTER considera que la buena fe es la creencia de no cometer ningún injusto respecto de nadie. Añade que la creencia es solamente un hecho cuya existencia no puede depender de cuál sea la causa sobre la que descansa, por tanto tampoco depende de la excusabilidad del error. De este modo, la Ley no puede excluir la buena fe por razón de la inexcusabilidad del error, porque no puede hacerse depender la existencia fáctica de una circunstancia por el modo de originarse la creencia de hecho. Todo ello quedaría confirmado, según WACHTER, por pasajes del *Digesto* que admiten la buena fe también en caso de error de Derecho, por tanto, también en caso de error inexcusable según los romanos.

Frente a estas afirmaciones, BRUNS argumenta que la inteligencia seguida por WACHTER descansa en el concepto y palabra alemana *Glauben*, que sig-

(69) DÍEZ PICAZO (2008, pág. 527).

(70) DÍEZ PICAZO (2008, págs. 527 y 528).

(71) DE PABLO CONTRERAS, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, PÉREZ ÁLVAREZ (2008, págs. 376 y 377).

(72) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, págs. 412 y 413).

(73) GORDILLO CAÑAS (2008, pág. 509 y sigs.).

(74) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA (2001, págs. 185 y 186).

(75) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1999, págs. 555 y 556).

(76) VALLET DE GOYTISOLO (1962, pág. 220 y sigs.).

(77) VELA SÁNCHEZ (2009, b, pág. 107).

nifica creencia. Pero la palabra romana *Fides* no es idéntica a esta, ya que no significa creencia, sino fidelidad, confianza u honradez. Así, siguiendo a BRUNS, no podrá ser considerado como poseedor de buena fe, según un sentimiento ético natural, quien cree algo en su beneficio con ceguera egoísta y ligera, sino solamente el que lo haga según una honrada y concienzuda reflexión y también objetivamente fundada. No importa, dice BRUNS, que uno haya creído realmente, de hecho, sino lo que podría creer como hombre honrado, lo que él habría podido o debido creer o saber. El principio de la buena fe, pues, no es psicológico, sino un principio ético-jurídico-comercial (78).

Hasta aquí el planteamiento originario de ambas posturas, sobre las que mucho más podría decirse y sobre las que mucho se ha escrito en uno y otro sentido.

Llegados a este punto, ¿con qué configuración del requisito de la buena fe nos alineamos? Nosotros consideramos más acertada la configuración ética de la buena fe, aportando para sustentar nuestra postura los argumentos que siguen:

1.º Siguiendo a GORDILLO CAÑAS, puede afirmarse que la misma denominación «buena fe» está ya haciendo referencia por sí misma a la dimensión moral que permite diferenciarla del craso error o la simple ignorancia» (79).

En efecto, no tendría sentido que el artículo 34 LH hiciese referencia a la buena fe, si la misma fuere meramente equivalente a la simple ignorancia. La buena fe como sinónimo de ignorancia de la realidad extraregistral, probada con el mero hecho de conocer la realidad registral, solo tiene sentido en ordenamientos de inscripción registral constitutiva tales como el alemán (*ex* parágrafo 892 del BGB), en los que toda averiguación que vaya más allá del contenido estrictamente registral se hace superflua, pues en el ámbito inmobiliario no pueden darse supuestos de divergencia entre la realidad registral y extraregistral. Pero ello no es así en ordenamientos como el nuestro, de inscripción declarativa, en los que la constitución de la propiedad y demás derechos reales (salvo contadas excepciones como el derecho de hipoteca y el censo), tiene lugar al margen del Registro. En un sistema como el nuestro sí tiene sentido que una adquisición *ex lege*, como es la proclamada al amparo del principio de fe pública registral, necesite de un elemento adicional que vaya más allá de la realidad registral con el que se justifica tal excepcional adquisición.

Prueba de lo anterior, acudiendo de nuevo al Derecho alemán, es que en el ámbito de los bienes muebles, los cuales se adquieren al margen del registro público, pues no lo hay para los mismos, sí se excluye de protección al que haya incurrido en negligencia grave (*ex* parágrafo 932. 2 BGB).

(78) MIQUEL GONZÁLEZ (1989, págs. 500 a 502).

(79) GORDILLO CAÑAS (2008, pág. 587).

Podría rebatirse lo anterior, tal y como hace MIQUEL GONZÁLEZ, argumentando que la existencia de medios de publicidad al frente de los cuales se encuentran profesionales altamente cualificados y para cuyo acceso debe pasarse por el riguroso filtro de la calificación registral, debe liberar a los terceros de una carga de investigar que vaya más allá del propio Registro (80).

A nuestro parecer, la existencia de un medio fehaciente de publicidad accesible a todo tercero es un elemento básico en el que apoyar la buena fe del sujeto a proteger, pero no integra el requisito de la buena fe por sí solo: precisamente porque al ser nuestro sistema registral de inscripción declarativa, la discrepancia entre la realidad registral y extraregistral es inevitable, lo que justifica que un recurso extraordinario de validación de la adquisición a *non domino* de la propiedad y demás derechos reales necesite de un elemento adicional que exige que el error en cuestión sea inexcusable.

Tal y como afirma VALLET DE GOYTISOLO, para obrar milagros, tales como el que se lleva a cabo mediante el instrumento de la fe pública registral, el Derecho no suele conformarse con una buena fe corriente, sino que exige además que aquella creencia equivocada se funde en un signo sensible merecedor de especial credibilidad (81).

2.º Existe un claro testigo, siguiendo igualmente a GORDILLO CAÑAS, de la necesidad de que la buena fe consista en un comportamiento diligente por parte del tercero que vaya más allá de la simple consulta al Registro, cual es el artículo 36 LH, que parece enteramente aplicable analógicamente a nuestro problema, puesto que no hay ninguna razón que permita reducir su *ratio* al caso de la usucapión *contra tabulas* (82).

MIQUEL GONZÁLEZ se opone a este argumento, considerando que la exclusiva *ratio* de aplicación del artículo 36 LH es la prescripción adquisitiva, no extensible, pues al ámbito del artículo 34 LH el legislador en el párrafo segundo de dicho precepto parece dejar claro el contenido y configuración del requisito de la buena fe, identificándolo con la «ignorancia de la inexactitud registral». Afirma MIQUEL GONZÁLEZ, en este sentido, que solamente respecto de la posesión en concepto de dueño se formula por la Ley un criterio más riguroso, pero explicable por no ser controlable por los datos registrales (83).

Pues bien, ¿es cierto que el artículo 34.2 LH sienta con total claridad la configuración del requisito de la buena fe? Reproduzcamos para dar respuesta a esta pregunta, el párrafo segundo del artículo 34 LH, a cuyo tenor: «*La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro*».

(80) MIQUEL GONZÁLEZ (1989, pág. 507).

(81) VALLET DE GOYTISOLO (2005, pág. 265).

(82) GORDILLO CAÑAS (2006, págs. 587 y 588).

(83) MIQUEL GONZÁLEZ (1989, págs. 504 a 506).

Como puede comprobarse, en este párrafo únicamente se contiene la presunción de la buena fe con la que cuenta a su favor el tercero a proteger, así como el carácter *iuris tantum* de tal presunción, pero poco se dice sobre su concreto contenido y configuración. De ahí que sea útil y necesario acudir al artículo 36 LH, que si bien se refiere a la usucapión *contra tabulas*, no es menos cierto que no deja de constituir un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley, lo cual justifica su aplicación por analogía al ámbito del artículo 34 LH.

3.º Finalmente, desde un punto de vista ético o moral que debe justificar, si no la propia existencia de la buena fe, sí al menos los efectos protectores que se deriven de la misma en virtud de la Ley —así lo reconocen los mismos partidarios del requisito de la buena fe psicológica (84)—, siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO, puede decirse que merece mil veces mayor protección el labrador que cultive sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional y que, en contacto con la cosa, realiza el fin social de esta, aunque no la inscriba en el Registro, que no aquel adquirente, probablemente especulador, que, aunque haya cumplido a la perfección todos los requisitos formales, ni tan siquiera se ha dignado de echar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir (85).

En definitiva, el tercero hipotecario no puede limitarse a consultar el Registro para reunir el requisito de la buena fe, sino que debe hacer algo más, no desconociendo aquellas situaciones posesorias que se opongan frontalmente a lo publicado en el Registro. Esto es, sostenemos una postura ecléctica, en virtud de la cual no negamos valor a la realidad registral, pero entendemos que esta no puede bastar cuando se oponga claramente a la realidad posesoria. Ello no supone que todo adquirente deba efectuar investigaciones exhaustivas sobre el estado real del bien, pero al menos no deben ignorarse aquellas realidades claramente contrarias a lo que en el Registro se dice. No es el Registro el único elemento de publicidad de los derechos reales inmobiliarios, sino que también lo son las realidades posesorias (86), las cuales, en la medida en que se oponen

(84) GORDILLO CAÑAS (2006, pág. 588).

(85) VALLET DE GOYTISOLO (2005, págs. 255 y 256).

(86) GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, pág. 49) discrepa de este particular, pues en virtud de la configuración psicológica de la que se muestra partidario, considera que la equiparación plena entre la situación posesoria y la realidad registral propia de la configuración ética debe abandonarse, dada la absoluta inseguridad que produce, toda vez que resulta evidente para el autor «la ambigüedad que deriva de una situación posesoria susceptible de reflejar, bajo una misma apariencia, tanto una situación de precario como dominical, así como múltiples posibilidades intermedias». Ante ello puede objetarse que, acudiendo exclusivamente al Registro también podemos encontrarnos desde su inteligencia con situaciones ambiguas, o al menos contradictorias, que no reflejen la estricta realidad; es ello lo que precisamente puede evitarse con una postura más ética en virtud de la cual no se pueda concebir la existencia de buena fe cuando existan realidades posesorias que se opongan abiertamente a lo dispuesto en el Registro. No debemos olvidar que nuestro sistema de transmisión derivativo de los derechos reales opera al margen del Registro y mientras ello sea así, necesariamente debemos otorgar

a lo dispuesto en el Registro no pueden ni deben ser desconocidas más que en base a una actitud negligente que hace que el sujeto no sea merecedor de la importante y definitiva protección que le ofrece el instrumento de la fe pública registral contenido en el artículo 34 LH.

Pues bien, resulta destacable apuntar que existen tres autores de importancia que también coinciden en echar en falta la solución de esta cuestión por parte de la STS de 5 de marzo de 2007, siguiendo un orden cronológico los siguientes: **ESPEJO LERDO DE TEJADA, PÉREZ RAMOS y LÓPEZ FRÍAS.**

ESPEJO LERDO DE TEJADA, autor abiertamente favorable a la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia que nos ocupa, considera sin embargo, que el verdadero punto controvertido del supuesto de hecho litigioso enjuiciado por la sentencia, sobre el que poco o nada dice, no es otro que el requisito de la buena fe, particularmente la configuración del mismo.

Efectivamente, a este respecto, afirma el autor que con independencia de la valoración positiva que la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007 merezca, ello no es óbice para resaltar problemas ulteriores no resueltos por la misma derivados de la correcta aplicación del artículo 34 LH, tal y como el presente (el requisito de la buena fe). Por ello, es por lo que las sentencias anteriores que recogen una doctrina contraria a la contenida en la STS de 5 de marzo de 2007 no deben ser descartadas en su integridad, pues resultan muy acertadas en relación con otras cuestiones que el artículo 34 LH suscita. En efecto, resulta ciertamente interesante comprobar cómo muchas de las sentencias que declaran la inaplicación del artículo 34 LH por considerar nulo al embargo sobre cosa ajena, realmente acertaron en no aplicar tal precepto, pero no por el fácil artilugio de considerar nulo al embargo sobre cosa no perteneciente al deudor, sino por no concurrir en tales casos el requisito de la buena fe. Igualmente llamativas resultan sentencias tales como la de 25 de mayo de 2006, en las que erróneamente se niega la aplicación del artículo 34 LH, por considerar nulo al embargo de cosa ajena, si bien efectúan un adecuado tratamiento del requisito

valor a las realidades posesorias. ¿Pueden estas manifestar situaciones que no sean solo la de la propiedad del bien? Es evidente que sí, pero siempre que se opongan a lo dispuesto en el Registro, no pueden desconocerse desde una postura necesariamente diligente integrante de la buena fe necesaria del tercero a proteger. A modo de ejemplo, puede tratarse de un usufructuario que en virtud de la facultad de uso y disfrute con la que cuenta, posea el bien inmueble en cuestión; pero si tal realidad no consta en el Registro (en él imaginemos que consta una titularidad dominical libre de cargas), es evidente que solo acudiendo al mismo estaremos observando una situación que no es la puramente real. He aquí, de nuevo, la insseguridad jurídica a la que alude GUILARTE GUTIÉRREZ para rebatir la configuración ética de la buena fe. Esto es, su inteligencia resulta igualmente aplicable a su postura en aras de rebatirla, de ahí que sostengamos una postura «eclectica», de corte ético, en la que no se lleguen a exigir investigaciones exhaustivas de la realidad extraregistral, sino únicamente la necesidad de no desconocer aquella que hiriendo lo sentidos por ser sumamente manifiesta se oponga a la realidad puramente registral.

de la buena fe (entiende que existe mala fe en el adquirente del remate cuando existan indicios exteriores de una posesión a título de dueño que corresponda al titular registral). Es decir, el hecho de que la STS de 5 marzo 2007 deba juzgarse como la constitutiva de una respuesta adecuada y definitiva, no quiere decir que por ello deban descartarse por entero las restantes sentencias en las que se dé una solución opuesta, en la medida en que pueden seguir aportando puntos de referencia esclarecedores en algunas de las cuestiones controvertidas que sigue encerrando la aplicación del artículo 34 LH (son muchas) y que la STS de 5 de marzo de 2007 no ha terminado por resolver.

He aquí la que, a nuestro juicio, constituye la aportación fundamental del presente autor: el poner el dedo en una llaga incómoda en su tratamiento, pero no abordada suficientemente por la positivamente enjuiciada STS de 5 de marzo de 2007: el requisito de la buena fe; y todo ello, haciéndonos ver que no existen doctrinas jurisprudenciales absolutamente válidas o absolutamente descartables. Toda valoración científica de las posturas doctrinales debe estar presidida por una moderada prudencia, pues únicamente así podremos alcanzar los mejores y más claros resultados en la interpretación y aplicación del acervo normativo que conforma nuestro ordenamiento jurídico.

Hechas estas consideraciones, adentrémonos en el análisis que **ESPEJO LERDO DE TEJADA** hace sobre el importante requisito de la buena fe. Después de exponer los principales autores partidarios de una u otra configuración (87), se adhiere a la configuración ética de la buena fe: esto es, entiende que existe mala fe en el adquirente del remate cuando existan indicios exteriores de una posesión a título de dueño que corresponda al titular registral.

Ahora bien, no se detiene únicamente el autor en compartir la referida configuración ética de la buena fe, sino que va más allá, cuestionándose la validez de dicha configuración en el concreto supuesto de las enajenaciones forzosas como las del supuesto litigioso de la sentencia comentada, cuyas peculiares características dificultan en muchos casos el examen directo de la cosa por parte del adjudicatario. Podría decirse desde esta perspectiva, que faltaría entonces uno de los argumentos principales para justificar la solución general de que los derechos reales patentes y las situaciones posesorias contrarias a lo publicado por el Registro afectan a los terceros. No obstante, **ESPEJO LERDO DE TEJADA** considera que debe tenerse cuidado con esta última idea puesto que nos podría terminar llevando a una sobreprotección de las adquisiciones en remate que no parece estar en la mente del legislador. Quizá cabe pensar, afirma, que por las características peculiares de este tipo de ventas, el comprador asume un riesgo específico; riesgo que viene a estar compensado con la habitual posibilidad de

(87) Nosotros ya nos hemos detenido en el desarrollo de los principales autores partidarios de una y otra postura, los cuales son expuestos en su comentario por **ESPEJO LERDO DE TEJADA** (2007).

obtener la propiedad de la cosa a un precio notoriamente inferior al de mercado, junto con el hecho de que la práctica «profesionalización» de estos compradores permite que puedan asumir las pérdidas en algunas operaciones al obtener con ellas sustanciosas plusvalías (88).

Acertada conclusión la del presente autor, con la que justifica la configuración ética de la buena fe, incluso en los peculiares casos de adquisiciones efectuadas en el seno de un proceso de enajenación forzosa.

PÉREZ RAMOS, por su parte, se detiene igualmente en desarrollar esta cuestión sustantiva, cuya resolución echa en falta por parte de la sentencia que nos ocupa, haciendo suyo de modo literal en este punto el planteamiento anterior de ESPEJO LERDO DE TEJADA, mostrándose así partidario de la configuración ética del requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH (89).

Finalmente, LÓPEZ FRÍAS, en esta misma línea, una vez que valora positivamente la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, destaca que echa en falta la resolución de una cuestión básica en el supuesto de hecho conflictivo que le ocupa, cual es el contenido exacto de la buena fe como requisito esencial para la aplicación del artículo 34 LH. Ahora bien, se declara, a diferencia de los autores anteriores, partidaria de la configuración psicológica de la buena fe, en base a los siguientes argumentos:

- 1.º La finalidad propia del principio de fe pública registral es dar confianza a quien para adquirir un derecho real o dominio sobre inmueble consulta en el Registro de la Propiedad la titularidad y circunstancias jurídicas del mismo, de modo que si se exige a ese adquirente que investigue si la situación posesoria es acorde o no con lo que publica el Registro de la Propiedad, se estaría dejando vacío de contenido a tal principio.
- 2.º La diligencia adicional exigida por la configuración ética de la buena fe es fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica, pues nunca se sabría cuándo entender cumplida la diligencia «extra» necesaria para proteger al adjudicatario; nunca se sabría hasta dónde hay concretamente que investigar.

En definitiva, en palabras de LÓPEZ FRÍAS, el «criterio de la diligencia adicional del adjudicatario se le antoja difícil de aplicar y propenso a cierto subjetivismo» (90).

Nosotros ya nos hemos declarado partidarios de la configuración ética de la buena fe exigida para la aplicación del principio de fe pública registral, por lo que no podemos sino rechazar la postura sostenida por LÓPEZ FRÍAS en este punto.

(88) ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, págs. 413 y 414).

(89) Vid. PÉREZ RAMOS (2010, págs. 520 y 521).

(90) LÓPEZ FRÍAS (2010, págs. 2088 a 2091).

Debe asimismo advertirse, en apoyo de nuestra postura, que si bien nos encontramos ante una cuestión no resuelta por la STS de 5 de marzo de 2007, sí existe una posterior sentencia de unificación jurisprudencial, que tendremos ocasión de analizar posteriormente, de 7 de septiembre de 2007, que sí resuelve esta cuestión, decantándose por la configuración ética del requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH.

2.5. El momento en que ha de concurrir la buena fe como requisito para la aplicación del artículo 34 LH

Otra cuestión de suma importancia no pronunciada a nuestro juicio por la sentencia, cuya reprochable ausencia no ha sido, no obstante, destacada por los autores encargados de acoger la sentencia mediante su estudio (como advertimos inicialmente en el presente epígrafe), es la concerniente al momento en que debe concurrir la buena fe del adquirente a proteger, pues en función de la postura que adoptemos los resultados pueden ser muy dispares. Tratándose del caso enjuiciado por la sentencia, el adjudicatario podría haber tenido conocimiento de que la finca litigiosa pertenecía realmente a persona distinta de la embargada después de adjudicarse el bien, pero antes de inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad: ¿podemos considerar, en ese caso, que ha habido mala fe por parte del rematante? O, por el contrario, ¿si existe buena fe, pues esta solo debe existir hasta el momento de la adjudicación y no hasta la inscripción? Puede apreciarse, por ende, la trascendencia de la presente cuestión sobre la que nada dice la STS de 5 de marzo de 2007.

Esta problemática es planteada de manera muy precisa por CLEMENTE MEORO, en los siguientes términos: «Conforme al artículo 34 LH, el principio de fe pública registral solo protege al tercero de buena fe... Mas dado que en nuestro sistema la propiedad se transmite conforme a la teoría del título y el modo (cfr. arts. 609 y 1095 CC), solo son inscribibles títulos públicos, y se exige que el tercero hipotecario haya inscrito su título para que resulte protegido (cfr. art. 34.1.º LH), resulta controvertido si la buena fe de este solo ha de darse en el momento en el que nace el título, esto es, cuando se contrata; si también en el momento en que se otorgue el título público inscribible; o cuando concurren título y modo, es decir, en el momento de la adquisición; e incluso en el momento de la inscripción» (91). Es decir, existen cuatro posturas posibles:

- 1.º Sostener que la buena fe debe existir en el momento en que nace el título.

(91) CLEMENTE MEORO (2002, pág. 139).

- 2.º Sostener que la buena fe debe existir en el momento en que el título se eleva a público.
- 3.º Sostener que la buena fe debe existir en el momento en el que se produzca la adquisición, por la concurrencia de título y modo.
- 4.º O bien, afirmar que la buena fe debe existir en el momento en el que se lleve a cabo la inscripción del título, pues sabemos que es uno de los requisitos necesarios para que opere el artículo 34 LH.

Existen autores y jurisprudencia partidaria de cada uno de los planteamientos anteriores, si bien puede decirse que la postura mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, es la que sostiene que la buena fe debe existir en el momento de consumación de la adquisición (cuando concurren el título y el modo). Veamos cuáles son los principales autores que acogen cada una de las posturas enunciadas, así como los principales argumentos que aportan al respecto (92):

- 1.º *La buena fe debe ostentarse en el momento de la celebración del contrato.* En esta posición encontramos fundamentalmente a LACRUZ BERDEJO, pues para el autor la finalidad del requisito de la buena fe queda cumplida en el momento de cerrar el contrato, momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de creación del título inscribible y en el que el conocimiento de la inexactitud registral de la misma puede influir en la formación de esa voluntad (93).
- 2.º *La buena fe debe ostentarse en el momento del otorgamiento del título público inscribible.* Esta posición la sostiene GARCÍA GARCÍA, pues el artículo 34 LH se refiere al tercero que «de buena fe adquiera», y como se trata de un precepto de la legislación hipotecaria, el «adquiera» hay que ponerlo en relación con el título de adquisición y no con el modo de adquisición, pues este último es un concepto extraño a la legislación hipotecaria, que solo se refiere a los títulos adquisitivos. Además, dado que lo que la Ley Hipotecaria tiene en cuenta son los títulos públicos inscribibles, y no los contratos privados, es el momento del otorgamiento de ese título público y no otro el que debe tenerse presente para apreciar el requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH (94).
- 3.º *La buena fe debe ostentarse en el momento de la adquisición, esto es, cuando concurren el título y el modo del proceso traslativo.* Esta pos-

(92) Hemos seguido en este análisis el exhaustivo estudio efectuado al respecto por JIMÉNEZ PARÍS (2006, págs. 13 a 98).

(93) LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA (2001, págs. 190 y 191).

(94) GARCÍA GARCÍA (1999, pág. 511 y sigs.).

tura la encabezan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, quienes señalan que el momento en que se requiere la buena fe en el tercer adquirente es aquel en que queda concluso el negocio jurídico de adquisición por el tercero, de acuerdo con las normas del Código Civil, sin que interese el tiempo posterior. Así parece indicarlo, a juicio de los autores, la literalidad del artículo 34 LH que habla de «tercero que de buena fe *adquiera*». Como dijimos, esta parece ser también la posición mayoritaria en la jurisprudencia, citando el autor al respecto más de veinte sentencias del Tribunal Supremo en las que se recoge esta postura.

También mencionamos que se trata de la postura con mayor acogimiento doctrinal y, en efecto, además de los anteriores autores, la sostienen: DÍEZ-PICAZO, quien añade que esta se deduce de la razón de fondo de la protección del artículo 34 LH, que es la protección de la fe pública y del tráfico jurídico, que ha de cristalizar por consiguiente en el momento en que el acto de tráfico o de comercio se lleva a cabo (95). Asimismo, siguen igualmente esta posición DE COSSÍO Y CORRAL (96), DE CASSO ROMERO (97), MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ (98) y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (99).

4.^º *La buena fe debe ostentarse hasta el momento de la inscripción.* Esta postura la encabeza SANZ FERNÁNDEZ, quien en su defensa aporta los siguientes argumentos:

- El artículo 34 LH no protege una adquisición cualquiera derivada del titular inscrito, sino solamente las adquisiciones según el Registro que son las que requieren, además de la buena fe, del carácter derivativo y de la inscripción previa del transferente, la inscripción del título del adquirente.
- Cuando opera el artículo 34 LH, por ser inexacta la inscripción a favor del transferente, subsanando la inexactitud y operando una adquisición *a non domino*, tal efecto se opera únicamente por la inscripción del título del adquirente. En tal caso, el momento de la adquisición no es el del título sino el de la inscripción. Durante el tiempo que media entre la fecha del título y la de la inscripción, el adquirente no tiene todos los requisitos de protección del artículo 34 LH, puesto que aún no ha inscrito su derecho y, por ende,

(95) DÍEZ PICAZO (2008, pág. 530).

(96) DE COSSÍO Y CORRAL (1956, pág. 378).

(97) DE CASSO ROMERO (1951, pág. 378).

(98) MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ (1991, pág. 591).

(99) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (1949, pág. 1243).

podrán ejercitarse contra él todas las acciones que cuando inscriba paralizará la fe pública registral (100).

A estos dos argumentos, añade GÓMEZ GÓMEZ, partidario de esta postura, uno *a fortiori*: si la adquisición *a non domino* es una especie de usucapión inmediata, y si en la usucapión la buena fe necesita ser llevada desde el momento pretendidamente adquisitivo hasta la consumación del plazo temporal necesario de permanencia en la posesión, ¿por qué razón en la adquisición registral *a non domino* va a bastar que la buena fe se dé solo en el primer momento y que no sea necesaria su prolongación en tanto no se complete y culmine el presupuesto legal de su protección (101)?

Cabe destacar, que a esta postura también se suman CLEMENTE MEORO (102), RUBIO GARRIDO (103), GORDILLO CAÑAS (104) y VELA SÁNCHEZ (105).

Expuestas las principales posturas y sus argumentos, consideramos que la más acertada es aquella que exige que la buena fe exista hasta el momento de la inscripción. En efecto, aunque el tenor literal del artículo 34 LH habla de «adquisición», y esta en virtud de nuestro sistema traslativo se da con el título y la tradición, no debemos olvidar que lo que el precepto recoge no es una adquisición ordinaria, sino *ex lege y a non domino*, en la que la consumación adquisitiva no se produce hasta el momento de la inscripción, pues es entonces el momento en que el principio de fe pública opera salvando el defecto en el modo de la adquisición; de ahí que la buena fe deba exigirse hasta ese preciso momento.

En apoyo de nuestra postura podemos aportar, asimismo, un argumento adicional basado en la eficacia del embargo frente a terceros y el valor de su constancia registral mediante la anotación preventiva de embargo. Se trata de un tema de suma importancia y a la vez controvertido; controversia que gira concretamente en torno al momento en que adquiere eficacia real el embargo: ¿desde el mismo momento en que se decreta judicialmente por el secretario judicial (106), o solo a partir de su constancia registral a través de la anotación preventiva? Existen posturas en ambos sentidos, si bien la mayoritaria es la primera, tanto a nivel doctrinal cuanto a nivel jurisprudencial, sosteniéndose que el embargo se entiende hecho y surte efectos frente a terceros desde el mismo momento en que se decreta por parte del secretario judicial. Postura mayoritaria

(100) SANZ FERNÁNDEZ (1947, pág. 466).

(101) GÓMEZ GÓMEZ (1952, págs. 571 y 572).

(102) CLEMENTE MEORO (2002, pág. 153).

(103) RUBIO GARRIDO (1994, pág. 82).

(104) GORDILLO CAÑAS (2006, pág. 630 y sigs.).

(105) VELA SÁNCHEZ (2009, b, pág. 120).

(106) El hecho de que sea el secretario judicial y no el Juez el que decrete judicialmente el embargo, constituye una importante novedad introducida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

que encuentra su refrendo legal en la LEC, concretamente en su artículo 587.1.º, en el que se afirma que el embargo se entiende hecho «*desde que se decrete por el secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba*». Ahora bien, existen determinadas situaciones conflictivas derivadas de esta postura, cuales son las adquisiciones que basadas en la confianza del Registro se produzcan después de ser decretado el embargo por el secretario judicial, pero antes de anotarse preventivamente en el Registro. En tal caso, el tercero puede adquirir desconociendo que el bien está embargado.

Pues bien, en base a la eventualidad descrita, el artículo 587 LEC contiene un segundo apartado en el que se dispone: «*Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas*». Es decir, aunque el embargo existe y es eficaz desde que se decreta por el secretario judicial, tal eficacia no es plena, pues quedan a salvo los terceros de buena fe amparados por los instrumentos que el Registro de la Propiedad dispone a tales efectos: inoponibilidad de lo inscribible no inscrito y fe pública registral. Concretamente, acudiendo a la fe pública registral que es lo que en este trabajo nos ocupa, el embargo decaerá ante el tercero que reúna los requisitos del artículo 34 LH antes de que sea anotado preventivamente en el Registro. ¿Qué ocurrirá, pues, cuando el sujeto haya consumado su adquisición (título y modo) no estando anotado el embargo, pero inscribe su adquisición con posterioridad a la anotación preventiva? Según la jurisprudencia (107) y doctrina reciente (108), en ese caso el sujeto no quedará protegido por la fe pública registral. Con ello, implícitamente se está afirmando que el sujeto debe ostentar buena fe hasta que inscriba su adquisición; debe desconocer que la propiedad está libre de cargas hasta ese preciso momento, no bastando que se ignore la existencia de la traba hasta un momento anterior. He aquí un argumento definitivo en apoyo de nuestra postura de exigencia de la buena fe hasta el momento de la inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad.

3. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Una vez que ya hemos analizado las cuestiones consideradas como acertadamente resueltas y erróneamente omitidas por la STS de 5 de marzo de 2007, según los autores, nos queda por adentrarnos en aquellos argumentos del seno de nuestra doctrina que abiertamente se oponen a la doctrina jurisprudencial.

(107) Vid., entre otras, la STS de 21 de junio de 2007.

(108) DOMÍNGUEZ LUELMO (2008, págs. 222 a 236).

Cuando estudiamos las cuestiones consideradas como erróneamente omitidas por los autores, nos referimos a insuficiencias de la doctrina jurisprudencial, que están al margen, y por ello no se oponen, a aquellas cuestiones sustantivas que sí resuelve la sentencia. Por el contrario, en este punto vamos a abordar aquellos argumentos que sí se oponen abiertamente a dichas cuestiones resueltas por la doctrina jurisprudencial: niegan la aplicación del artículo 34 LH a un supuesto de adquisición en subasta judicial de bien no perteneciente al deudor.

Antes de ver qué nos dicen los autores en este punto, debemos advertir que, dado que nos mostramos partidarios de la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, iremos rebatiendo los distintos argumentos contrarios que vayamos destacando, empleando en muchos casos para tal contrarréplica un trabajo monográfico destinado precisamente a rebatir un estudio abiertamente contrario a la STS de 5 de marzo de 2007 (de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI) acuñado por GÓMEZ GÁLLIGO (109).

Pues bien, de los distintos y pocos autores que se oponen a la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, son nueve los argumentos contrarios que pueden extraerse, que vienen a ser los que siguen:

1. La adquisición en subasta judicial no puede garantizar la identidad de la finca subastada por los frecuentes errores al identificar el objeto o sujetos de la acción ejecutiva.
2. La adquisición en subastas judiciales no garantiza frente a las cargas reales manifiestas o limitaciones legales del dominio (art. 670 LEC), y en aplicación del mismo principio, menos garantizará respecto del derecho manifiesto por autonomásia, a saber, el derecho de propiedad.
3. El remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, ya que es un acto de naturaleza aleatoria y que no proviene del titular inscrito.
4. La naturaleza procesal del remate está en contradicción con la protección del tercero hipotecario.
5. La falta de inscripción no puede ser sancionada con la pérdida de la propiedad, porque el propietario está tutelado por la Constitución y no puede ser obligado a inscribir ni a participar en el proceso ejecutivo.
6. El artículo 34 LH no resulta aplicable a los supuestos de doble venta como el del caso, pues el remate no es una venta, y, de serlo, en todo caso se trataría de una venta de cosa ajena, a juicio de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, venta nula.
7. El artículo 594 LEC no proclama la adquisición *a non domino* del rematante.

(109) GÓMEZ GÁLLIGO (2011). Trabajo que rebate un previo de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010).

8. No cabe fijar como definitiva una interpretación del artículo 34 LH sin determinar las relaciones de este con el artículo 33 del mismo cuerpo legal y sus respectivos ámbitos de aplicación.
 9. El supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 5 marzo de 2007 es un caso de conflicto de adquisiciones que debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 32 LH y 1473 CC y no del artículo 34 LH.
- 3.1. *La adquisición en subasta judicial no puede garantizar la identidad de la finca subastada por los frecuentes errores al identificar el objeto o sujetos de la acción ejecutiva*

Afirma ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (110) que los referidos errores son relativamente frecuentes en las anotaciones preventivas de embargo y en los anuncios de subasta, por lo tanto también en los remates. Se plantea entonces el problema de si puede garantizarse la publicidad del remate cuando no hay un hecho cierto que lo sustente. Se plantea también qué debe hacer el juez si descubre, a lo largo de la ejecución, que la finca embargada está deficientemente identificada en los títulos ejecutivos, en la anotación o si descubre que el inmueble ejecutado está doblemente inmatriculado. Pues bien, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI considera que el juez debe continuar la ejecución, haciendo la advertencia pertinente, y ello solo tiene sentido porque el Registro no garantiza la propiedad *a non domino*, sino que es el rematante el que debe investigar primero y defender después la realidad y exactitud de la titularidad inscrita y rematada; es decir, el remate debe hacerse a riesgo y ventura del rematante, sin que este pueda ampararse en la publicidad del Registro (111).

Siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO, podemos rebatir el presente argumento del siguiente modo: aunque es verdad que los mandamientos de embargo presentados en los Registros puedan adolecer en ocasiones de defectos en la designación de los inmuebles objeto de ejecución, no son mayores los defectos que se producen en otros ámbitos de titulación inscribible. Asimismo, la existencia de problemas en la identificación de los inmuebles, posibles dobles inmatriculaciones, dificultades de identificación en su descripción, etc., no son problemas distintos de los que se producen en el ámbito de las escrituras públicas. Estos problemas se dan también en las transmisiones voluntarias *inter vivos* y no se discute la aplicación del principio de fe pública registral en dichos ámbitos.

(110) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI puede reputarse como el principal detractor de la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, y expone su desfavorable opinión en un exhaustivo estudio en el que refleja los diversos argumentos que sustentan su posición contraria a la referida doctrina jurisprudencial. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2045 a 2077).

(111) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2048 a 2052).

Lo realmente grave para GÓMEZ GÁLLIGO es que ÁLVAREZ CAPEROCHIPI niega la aplicación del principio de fe pública a todas las ejecuciones, incluidas las hipotecarias. Esta postura es fruto de una posición puramente procesalista de la adjudicación derivada del embargo, incluida la ejecución hipotecaria, que ni siquiera es original: es una tesis que nace de una concepción puramente procesalista de la hipoteca (112), fundamentalmente debido a los trabajos de CARNELUTTI. Tesis, completamente superada, que fue abiertamente combatida por ROCA SASTRE, por considerar la hipoteca exclusivamente en los dominios del Derecho procesal y negar su consideración de derecho real (113).

3.2. La adquisición en subastas judiciales no garantiza frente a las cargas reales manifiestas o limitaciones legales del dominio (art. 670 LEC), por lo que en aplicación del mismo principio, menos garantizará respecto del derecho manifiesto por antonomasia, a saber, el derecho de propiedad

Efectivamente, indica asimismo ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que el artículo 670 LEC dispone que el adjudicatario de un remate debe aceptar la subsistencia de todos los gravámenes anteriores, lo que comprende todos aquellos gravámenes registrales y manifiestos que hayan de subsistir y también las limitaciones legales del dominio. Pues bien, siendo la razón de la subsistencia de estas limitaciones su carácter manifiesto, ¿qué derecho hay más manifiesto que el de propiedad? Por ello, es por lo que debe ser el derecho que más se proteja, no teniendo sentido que tenga menos protección que otros derechos manifiestos tales como un retracto legal o una servidumbre manifiesta.

En consonancia con lo precedente, añade también ÁLVAREZ CAPEROCHIPI que si se concibe al rematante que inscribe como tercero hipotecario adquirente *a non domino*, resultaría que el poseedor tendría más protección que el propietario, pues en el juicio ejecutivo el rematante debe respetar las relaciones posesorias constituidas sobre el bien embargado antes de la anotación de embargo (así se deriva de los arts. 589 y 661 LEC), lo que también se funda en la subsistencia de las cargas anteriores manifiestas. De nuevo podemos hacernos la misma pregunta, ¿qué derecho hay más manifiesto que el de propiedad? Lo anterior, resulta a juicio de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI ciertamente contradictorio (114).

¿Qué opinión nos merece este segundo argumento formal contrario a la doctrina jurisprudencial? Siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO podemos decir que se trata

(112) La tesis procesalista considera que la hipoteca confiere al acreedor, sobre determinada finca, una facultad o poder puramente procesal, una acción tendente a la efectividad de la deuda mediante la venta forzosa de la finca. GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 17).

(113) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, págs. 14 y 15).

(114) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2052 y 2053).

de otro argumento equivocado, pues esto ocurre así también en las transmisiones voluntarias onerosas, donde existen excepcionales supuestos donde no rige el principio de inoponibilidad (tanteos y retractos legales, servidumbres continuas y aparentes, hipotecas legales tácitas) y no por ello se niega la aplicación de la fe pública registral con carácter general. En realidad no son supuestos de excepción al artículo 34 LH, sino más bien al artículo 32 LH; pero es que además no son más que eso: excepciones, que no suponen argumento alguno para defender la inaplicación del principio de fe pública registral al rematante de la ejecución ordinaria (y más aún en la hipotecaria) (115).

3.3. El remate no cumple las condiciones del artículo 34 LH, ya que es un acto de naturaleza aleatoria y que no proviene del titular inscrito

Este tercer argumento contrario, al igual que los anteriores, es acuñado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, quien señala al respecto que el remate es aleatorio por la falta de correspondencia entre el precio y el valor, razón por la cual se justifica la rebaja drástica de los precios de adjudicación; no es asimilable, por tanto, a una venta onerosa. Y tampoco se cumple el requisito de provenir de titular inscrito, pues realmente proviene del juez (116). A nuestro juicio, ambas apreciaciones son objetables. Vayamos por partes.

Afirma el autor, inicialmente, que el remate es un acto aleatorio porque no existe correspondencia entre el precio y el valor de la cosa objeto de tal. Con ello, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI está acuñando un concepto de aleatoriedad que se aleja, no solo de su formulación dogmática clásica, sino del propio texto de la Ley, en su definición dada por el artículo 1790 del Código Civil. En efecto, el referido precepto define al contrato aleatorio como aquel «*en el que una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra parte ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado*» (117). Y en consonancia con esta definición legal, doctrinalmente se conceptúa al contrato aleatorio, siguiendo, entre otros, a GUILARTE ZAPATERO, como «*aquel en el que las partes asumen, cada una la imposibilidad de determinar en el momento de su celebración las ventajas o desventajas que pueda producir para*

(115) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 20).

(116) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, pág. 2055).

(117) Cierta sector doctrinal objeta a la definición de contrato aleatorio dada por nuestro Código Civil que confunde o, al menos, facilita la confusión, del contrato aleatorio con el condicional (señaladamente ALBALADEJO GARCÍA [1975, pág. 351]); que prescinde para perfilarlo de la noción del riesgo, elemento esencial de la misma; y que más que una definición legal es una descripción de los distintos tipos de contratos aleatorios, con lo que no logra la debida homogeneidad de contenido propia de toda definición (ÁLVAREZ VIGARAY [1972, pág. 615]).

los mismos (hasta que el contrato no haya consumado la totalidad de sus efectos se desconoce el resultado económico)». Contrato que, siguiendo igualmente a GUILARTE ZAPATERO, puede decirse que viene conformado por tres elementos fundamentales: la indeterminación inicial del resultado, la dependencia definitiva del mismo de circunstancias aleatorias que lo hacen incierto, y la voluntariedad de los interesados al asumir ese riesgo (118). Como puede apreciarse, pues, en ninguno de estos elementos definitorios del negocio aleatorio se incluye la falta de correspondencia entre el precio y el valor, a la cual acude ÁLVAREZ CAPEROCHIPI para calificar de tal al remate procedente de subasta judicial.

Asimismo, continúa afirmando ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que al ser el remate un acto aleatorio, no es asimilable a un acto oneroso; con lo que parece contraponer la categoría de negocio aleatorio con la de negocio oneroso. Con este planteamiento, el autor discrepa de la mayoría de la doctrina, pues siguiendo a la práctica unanimidad de la misma, los contratos aleatorios no se oponen a los onerosos, sino que son una subcategoría de los mismos. Lo opuesto a la categoría de contrato aleatorio es la de contrato comutativo, ambos de los cuales se subsumen en la categoría general de contrato oneroso. Así, entre otros, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, al clasificar los tipos de contratos, distinguen un primer grupo de contratos, onerosos y gratuitos, entendiendo por los primeros aquellos en los que los sacrificios que realizan las partes están compensados o encuentran su equivalencia en el beneficio que obtienen; mientras que define a los segundos como aquellos en los que, por el contrario, el beneficio de una de las partes no está acompañado de ningún sacrificio que sea su contrapartida. Y dentro de la categoría de los contratos onerosos distingue, a su vez, dos subcategorías, cuales son los contratos aleatorios y lucrativos: los primeros son aquellos en los que la relación de equivalencia entre las prestaciones no se encuentra de antemano fijada por ellas, mientras que los segundos son aquellos en los que dicha equivalencia sí se encuentra fijada de antemano de manera inmodificable (119).

En definitiva, el remate, en primer lugar, no es un acto aleatorio, sino comutativo, pues en el momento de su perfección las partes determinan de manera inmodificable cada una de las prestaciones, no estando sujetas a ninguna circunstancia incierta. Y, en segundo lugar, aunque se reputase aleatorio desde la perspectiva del autor, no dejaría de ser un acto oneroso, pues es una subcategoría del mismo, por lo que entraría bajo la *ratio* del artículo 34 LH. Queda así justificado el cuestionable fundamento del presente argumento dado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, el cual se rebate desde el punto de vista puramente dogmático que hemos desarrollado.

A este respecto, GÓMEZ GÁLLIGO estima que la consideración de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI de que el remate no cumple con el requisito de la onerosidad de

(118) GUILARTE ZAPATERO (1967, pág. 320).

(119) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS (2005, págs. 35 y 36).

la adquisición, se descarta por sí misma: basta con comprobar que como toda transmisión onerosa, está sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (cfr. art. 39 del Reglamento del ITP y AJD aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo).

Dijimos inicialmente, que las dos apreciaciones del autor nos parecían criticables, pasemos a la segunda de ellas, esto es, la afirmación de que el remate no entra bajo el ámbito de aplicación del artículo 34 LH por no provenir de titular inscrito, sino del juez. Podemos rebatir esta postura acudiendo a GÓMEZ GÁLLIGO, cuyo planteamiento hacemos nuestro. Efectivamente, afirma este autor que se trata de una imprecisión absoluta: en todo apremio judicial o administrativo se sustituye por la autoridad judicial o administrativa la decisión del titular del derecho ejecutado, pero esto no significa convertir al juez en vendedor (sería llamativo entender que el juez está sometido al pago de los impuestos que genera la transmisión). En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO destaca unas líneas de la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de mayo de 2010, que resultan significativas a tales efectos: «*En una transmisión de derechos reales, como la propiedad, la condición de transmitente y adquirente no resulta afectada por el modo en que se efectúe la transmisión, ya que, sea la misma voluntaria o forzosa (caso de la subasta judicial), el transmitente es el titular del derecho real que se cede. En realidad el Juez se limita a encauzar la venta, impuesta forzosamente al propietario deudor, pero no lo suplanta, ya que en el plano de los derechos reales, la propiedad se transmite directamente del propietario-deudor al adquirente-adjudicatario*» (120).

3.4. *La naturaleza procesal del remate está en contradicción con la protección del tercero hipotecario*

Considera ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que el remate tiene naturaleza pura y exclusivamente procesal, presentando para ello las siguientes pruebas:

- El juicio ejecutivo del que deriva el remate solo realiza bienes y no declara derechos, por lo que puede decirse que el rematante no adquiere la propiedad que le transmite el titular registral, sino que se subroga en su posición por orden del Juez.
- El remate depende del proceso ejecutivo plenamente, concretamente de la anotación preventiva de embargo, pues si esta caduca a lo largo del proceso ejecutivo, el remate no resultará inscribible.

(120) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 24).

Por todo ello, concluye ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, que el remate no puede sustantivarse (*a non domino*) respecto de la propiedad manifiesta o del orden de las preferencias que publica el propio Registro (121).

A nuestro juicio, con este argumento, el autor se está adentrando en la complicada naturaleza de la venta judicial, en lo cual no es necesario entrar, pues el artículo 34 LH únicamente exige que la adquisición a proteger sea onerosa, sin entrar en más consideraciones, tales como el carácter procesal o sustantivo del remate. La onerosidad se da en el remate, por los argumentos anteriormente expuestos, por lo que esta referencia a la naturaleza «supuestamente procesal del remate» carece de valor para negar la aplicación del artículo 34 LH.

GÓMEZ GÁLLIGO, por su parte, combate este argumento afirmando que resulta llamativo que ÁLVAREZ CAPEROCHIPI considere que el remate no es inscribible si ha caducado la anotación preventiva, cuando eso en absoluto es así, pues la no anotación del embargo no impide su ejecución; lo que ocurre (y es una cosa totalmente distinta) es que si existen derechos anotados con posterioridad, la cancelación de la anotación de embargo determinará su avance en rango y si existen terceros titulares de derechos inscritos con posterioridad, no podrá inscribirse la adjudicación por impedirlo el principio de prioridad registral (*ex art. 17 LH*) (122).

3.5. *La falta de inscripción no puede ser sancionada con la pérdida de la propiedad, porque el propietario está tutelado por la Constitución y no puede ser obligado a inscribir ni a participar en el proceso ejecutivo*

De nuevo, nos encontramos ante otro argumento material contrario a la doctrina jurisprudencial de la STS de 5 de marzo de 2007, acuñado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, quien entiende infundado culpar al propietario por falta de diligencia al no inscribir, o por no participar con la oportuna tercería en el proceso ejecutivo. La propiedad, afirma, es anterior al Registro y superior a una ejecución sumaria: existe en sí misma y por sí misma, se inscriba o no se inscriba, se participe o no se participe en tercerías. Esta supuesta «culpa» del propietario es aún más insostenible en la ejecución hipotecaria donde las causas de oposición están drásticamente limitadas. La Constitución promete la protección a los propietarios, no específicamente a los que inscriben el Registro (123).

Consideramos que este argumento no se circumscribe a un caso de adjudicación judicial como el que ocupa a la sentencia objeto de análisis, sino

(121) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2055 y 2056).

(122) GÓMEZ GÁLLIGO (2011, pág. 13).

(123) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2057 y 2058).

que va más allá pues cuestiona al propio sistema de publicidad y protección registral en su conjunto, tanto en su vertiente de eficacia defensiva (inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), como en el ámbito de su eficacia ofensiva (fe pública registral). En efecto, criticar la pérdida del derecho de propiedad que sufre el propietario no titular registral supone cuestionar a todos los preceptos que se inclinasen por la preferencia del titular inscrito en los supuestos de colisión entre dos propietarios sobre una misma cosa: véase el artículo 32 LH y el artículo 1473.2 del Código Civil. Puede resultar más o menos comprensible la situación «injusta» que el sistema vigente puede llegar a dar lugar, pero el juicio que merezca el sistema no puede erigirse en argumento de negación de la aplicación de la legalidad vigente a un supuesto subsumible al mismo como es el que se da en la sentencia objeto de análisis (124).

Es más, consideraremos que tampoco puede llegar a tildarse de injusto a un sistema de protección registral en el que el verdadero propietario cuenta para sí con una pluralidad de medios de defensa, concretamente, en el ámbito de las ventas judiciales que nos ocupa, los siguientes:

- 1.º El ejercicio de la tercería de dominio en tanto que ello todavía proceda (art. 596 LEC).
- 2.º El ejercicio de una acción que la Ley denomina de *nulidad de la enajenación* (art. 594. 2 *in fine* LEC), para los casos en que ya no sea posible el ejercicio de la tercería, por haberse llegado a la ejecución y consiguiente transmisión del bien (125).

(124) GUILARTE GUTIÉRREZ (2011, pág. 47) rebate igualmente la postura de ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, aunque con menor exhaustividad, afirmando al respecto: «Los argumentos vertidos furibunda y algo tardíamente criticadas por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI resultan coherentes con anteriores planteamientos del mismo autor, pues desde siempre ha considerado la minusvaloración de la eficiencia de nuestro sistema tabular cuya naturaleza es, a su juicio, en la práctica un mero registro de títulos, pues el sentido propio de la publicidad es la inoponibilidad de títulos inscritos y la limpieza de cargas pretéritas, pero no la garantía de la propiedad, porque la propiedad define el arraigo del hombre a la tierra y no se define por principios registrales y en consecuencia no puede ser garantizada, en sí misma, de modo absoluto por el Registro» [ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2006, pág. 262)].

(125) Afirma, en este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 408), refiriéndose a la eventualidad de que el verdadero propietario no registral se vea despojado de su propiedad por la aplicación del artículo 34 LH, conforme a la interpretación que del mismo hace la STS de 5 de marzo de 2007, que «esto no significa que el ordenamiento se desentienda del verdadero titular de la cosa indebidamente embargada por deudas de otra persona; por el contrario, el *verus dominus* tendría diversas alternativas para reaccionar contra el embargo» (las vías de defensa que hemos enunciado).

3.6. *El artículo 34 LH no resulta aplicable a los supuestos de doble venta como el del caso, pues el remate no es una venta, y, de serlo, en todo caso se trataría de una venta de cosa ajena, a juicio de Álvarez Caperochipi, venta nula*

El razonamiento que efectúa ÁLVAREZ CAPEROCHIPI en este punto es el que sigue: como ya sabemos, la inscripción, en virtud del artículo 33 LH, no puede convalidar los actos nulos, y la venta de una cosa vendida anteriormente, cuando es evidente que hay propietario manifiesto o un adquirente que ha consolidado de forma pública y durante largo tiempo su titularidad ha de asimilarse a los actos radicalmente nulos, que no se convalidan por la inscripción registral. A su entender, si la cosa se había vendido antes, y la situación estaba socialmente consolidada, y el precio pagado era justo, está claro que el vendedor no tenía poder de disposición, ni era titular, ni tenía intención de transmitir, pues el consentimiento se presta sobre la cosa y sobre la causa.

Además, al no ser equiparables la venta y el remate, en el caso de la sentencia en ningún caso puede hablarse de doble venta: el régimen de la doble venta, por ende, no es aplicable al remate (126).

Dejando de lado la reiterada afirmación del autor de no ser el remate equiparable a la venta, lo cual ha sido ya rebatido previamente (lo importante es que el remate sea un acto oneroso, que lo es, no importando que se trate o no de un supuesto de venta), con este argumento el autor incurre, a nuestro juicio, en el reiterado error de algunos de los contrarios a la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007 de no entender: que nuestro sistema traslativo consta de dos elementos, título y modo, que la falta de poder de disposición únicamente afecta al modo, que el artículo 33 LH solo se refiere a la invalidez del título y que, consecuentemente, el artículo 34 LH resulta aplicable, pues se propone sanar dicho defecto en el modo del proceso traslativo. Error en el que venía incurriendo, como ya hemos comprobado, cierta jurisprudencia precedente que la STS de 5 de marzo de 2007 ha venido a superar.

3.7. *El artículo 594 LEC no proclama la adquisición a non domino del rematante*

Dos son los autores que coinciden en apuntar, aunque con distinto enfoque, este argumento contrario a la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007: el reiterado ÁLVAREZ CAPEROCHIPI y BUSTOS PUECHE. Y sostienen este argumento como consecuencia de la referencia en nuestra sentencia al

(126) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, págs. 2060 a 2063).

artículo 594 LEC, en cuyo Fundamento Jurídico sexto se afirma lo siguiente: «Conviene señalar que el artículo 594.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 parece haber eliminado cualquier duda al declarar eficaz el embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al ejecutado y proteger al rematante o adjudicatario que hubiera adquirido los bienes de modo irreivindicable, conforme a la legislación sustantiva, frente al verdadero titular que no hubiera hecho valer sus derechos por medio de la tercería de dominio. Pero la salvaguardia del apartado 2 del mismo artículo sobre la “nulidad de la enajenación” y la casi segura probabilidad de que haya que seguir pronunciándose sobre adquisiciones anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley procesal (7 de enero de 2001, Disposición Final 21.^a, ahora 23.^a) son factores de entidad más que suficientes para seguir considerando imprescindible la fijación de un criterio uniforme al respecto».

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI considera que el artículo 594 LEC es el corolario y consecuencia del artículo 593 del mismo cuerpo legal, y lo que verdaderamente proclama no es la adquisición *a non dominio* del rematante, sino únicamente impone al juez que antes de ordenar la traba investigue diligentemente si los bienes son titularidad del embargado y le notifique el embargo trabado a todo aquel que pudiera ser propietario de la cosa embargada. Entiende que el artículo 594 LEC autoriza al juez a seguir la ejecución aunque tenga dudas fundadas de la titularidad de los bienes embargados, pero siempre a expensas, riesgo y ventura del acreedor embargante y del rematante, porque el embargo de bienes ajenos es naturalmente ineficaz, salvo la eficacia singular de la inoponibilidad de los títulos no inscritos, que es a lo que entiende que se refiere el inciso final del citado precepto (127). En definitiva, considera que el artículo 594 LEC no reafirma la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, sino que más bien la contradice.

BUSTOS PUECHE, por su parte, considera que el Tribunal Supremo no debió invocar el artículo 594 LEC en el sentido que lo hace (128), ya que este no se inclina por la validez de la enajenación, sino por la validez inicial del embargo. La Ley procesal no resuelve un problema como el que ocupa la STS de 5 de marzo de 2007 que es de Derecho sustantivo (129); la referida Ley no dice quién será finalmente propietario del inmueble transmitido, sino que únicamente establece que la vía de defensa con la que cuenta el *verus dominus* que no inscribió es el ejercicio de la tercería de dominio. Si por el contrario acudimos al artículo 34 LH, solo el *verus dominus* (primer comprador) será el que pueda ser amparado en su adquisición; de modo que acudiendo al artículo 594 LEC, el artículo 34 LH no puede aplicarse, pues no concuerda con el supuesto de

(127) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2010, pág. 2068).

(128) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1076).

(129) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1077).

hecho contemplado en él. En otros términos, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, el hecho de la inscripción por quien se considere propietario no es relevante; lo que importa es que haya promovido la oportuna tercería de dominio (130). Ello significa, según BUSTOS PUECHE, que la doctrina fijada por la STS, de 5 de marzo de 2007, solo resulta aplicable a los supuestos de hecho anteriores a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (131).

Ahora bien, si el Tribunal Supremo se hubiese inclinado por acudir a la doctrina de la apariencia jurídica (132), tal grave inconveniente se hubiese evitado, pues sería sencillamente amparado el que reuniese los requisitos exigidos por dicha doctrina.

¿Qué opinión nos merece este argumento en el que coinciden los autores citados? Debemos partir con tal objeto del correcto entendimiento del artículo 594.1 LEC, cuyo tenor literal es el que sigue: *«El embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»*. En base a este tenor, ¿podemos afirmar que la Ley de Enjuiciamiento Civil a quien protege es únicamente al que ejerza la oportuna tercería de dominio? ¿Quiere ello decir que este precepto sería incompatible con el artículo 34 LH, pues protegen sujetos distintos? No parece que esa sea la solución dada por el precepto.

Nos dice el artículo 594.1 LEC, en primer lugar, que el embargo sobre cosa ajena es eficaz. Con esta afirmación resolvemos, pues, por analogía, un problema sustantivo fundamental, cual es la declaración de la validez de la venta judicial sobre cosa ajena: la ejecución forzosa generalmente comienza con una anotación preventiva de embargo, a la que sucede la subasta o venta judicial; pues bien, sin consideramos válida a la traba sobre cosa no perteneciente al deudor, ¿por qué no podremos considerar válida la posterior adjudicación sobre cosa no perteneciente al deudor? Con ello, resulta evidente que el artículo 33 LH no es aplicable, pues como hemos sostenido a lo largo de nuestro trabajo, la nulidad a la que se refiere este precepto concierne únicamente al título y no al modo de nuestro sistema transmisivo. En definitiva, con el primer pronunciamiento hecho por el artículo 594.1 LEC ya logramos el correcto entendimiento del

(130) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1087).

(131) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1085).

(132) Recordemos que BUSTOS PUECHE es un ferviente partidario de la doctrina de la apariencia jurídica, y ya hemos visto que considera que el principal error en el que incurre la STS de 5 de marzo de 2007, es el de ceñirse únicamente en su solución en el caso del tercero hipotecario, que es solo un concreto supuesto de la doctrina de la apariencia jurídica a la que sí debería haberse referido en su labor de unificación jurisprudencial.

artículo 33 LH y su conjunción con el artículo 34 del mismo cuerpo legal en los supuestos de transmisiones efectuadas por un *non dominus*.

Seguidamente, el artículo 594.1 LEC nos recuerda que el *verus dominus* no está totalmente desamparado, pues cuenta con un mecanismo de defensa: la tercería de dominio, que deberá ejercer en el tiempo y forma correspondiente. Y, añade el precepto, de no ejercer tal mecanismo, no podrá impugnar la aparentemente inválida transmisión (por defecto en el modo del proceso transmisorio), si el segundo adquirente y adjudicatario adquiere de modo irreivindicable conforme a la legislación sustantiva: esto es, nos remite al artículo 34 LH (o al art. 464 CC para el caso de los bienes muebles), único modo de adquirir irreivindablemente bienes inmuebles habiéndolo hecho de un *non dominus*, pues es el único mecanismo que valida la adquisición que adolece de tal defecto de manera irrefutable.

La expresada es, a nuestro juicio, la interpretación más coherente con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, interpretación que otorga al artículo 594.1 LEC el valor que indudablemente tiene: el de aclarar un supuesto de hecho tan controvertido como el que ocupa a la STS de 5 de marzo de 2007, refrendando la doctrina por ella sentada (133).

3.8. No cabe fijar como definitiva una interpretación del artículo 34 LH sin determinar las relaciones de este con el artículo 33 del mismo cuerpo legal y sus respectivos ámbitos de aplicación

BUSTOS PUECHE, autor de este argumento, efectúa en defensa del mismo el razonamiento siguiente: afirma la STS de 5 de marzo de 2007, que solo hubiese resultado aplicable el artículo 33 LH si se «hubiera omitido algún trámite esencial del procedimiento de apremio». El autor, por el contrario, considera que tanto en ese caso como en el supuesto de hecho que enjuicia la sentencia, en el que hay una falta de poder de disposición del transmitente, la adquisición es nula (134). Partiendo de lo anterior, entiende que en principio sería aplicable el artículo 33 LH, pues este incluye en su opinión los supuestos de invalidez del proceso adquisitivo en su conjunto, ya sea el título o el modo el afectado por la irregularidad que invalida la definitiva adquisición. No obstante, afirma BUSTOS PUECHE, que se aplicará sin embargo el artículo 34 LH, pues se dan los requisitos de la apariencia jurídica, del que el citado precepto es un concreto supuesto, resultando aplicable este último como excepción del artículo 33 LH.

(133) En este mismo sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA (2007, pág. 407), indica que el artículo 594 LEC confirma la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, «aclarando legalmente lo que antes se deducía de la interpretación sistemática de los principios normativos aplicables».

(134) BUSTOS PUECHE (2008, pág. 1075).

Además, a juicio del autor, el artículo 33 LH solo extiende su eficacia a las partes del negocio adquisitivo nulo y sus herederos, y no respecto de un tercero (tal y como el del caso enjuiciado en nuestra sentencia objeto de estudio), que se verá afectado por el artículo 34 LH (135).

Nosotros discrepamos con esta argumentación dada por el autor. En primer lugar, porque consideramos que el artículo 33 LH únicamente incluye los supuestos de nulidad del título del proceso transmisor y no del modo. Siendo así, la adquisición se da aunque el modo sea inválido, pues el artículo 34 LH sana la falta de poder de disposición de la que adolece dicho modo, y con ello se dan los dos requisitos necesarios para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales en virtud del artículo 609 del Código Civil. En segundo lugar, no llegamos a entender el planteamiento del autor conforme al cual el artículo 33 LH extiende solo su eficacia a las partes del proceso adquisitivo y sus herederos; ¿quiere ello decir que aunque el título de la adquisición sea nulo, dicha nulidad no puede ser alegada para la aplicación del artículo 33 LH? En definitiva, llega a los mismos resultados que alcanza la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, pero con un planteamiento distinto, por lo cual carece de trascendencia real.

3.9. *El supuesto de hecho enjuiciado por la STS de 5 marzo de 2007 es un caso de conflicto de adquisiciones que debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 32 LH y 1473 CC y no del artículo 34 LH*

Este último argumento opuesto a la STS de 5 de marzo de 2007 es aportado por CASTILLO MARTÍNEZ (136). Veamos la inteligencia empleada por la autora en defensa de su postura.

A juicio de CASTILLO MARTÍNEZ, la sentencia «*alcanza una atinada solución en cuanto a la defensa de la protección registral del tercer adquirente con título inscrito frente a quien habiendo adquirido de un mismo transmitente carece de inscripción. Pero llega a esta solución mediante la aplicación forzada, y, por tanto, incorrecta del artículo 34 LH*

La autora considera que debe partirse del correcto entendimiento y de los límites del sistema de transmisión derivativo de la propiedad y demás derechos reales. Efectivamente, este correcto entendimiento de la teoría del título y el modo nos lleva a apreciar que existen dos límites en su aplicación: los conflictos

(135) BUSTOS PUECHE (2008, págs. 1078 y 1079).

(136) CASTILLO MARTÍNEZ analiza la STS de 5 de marzo de 2007 mediante un estudio en el que lleva a cabo una revisión crítica de la referida resolución y de otras posteriores confirmatorias de la misma: SSTS de 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008. CASTILLO MARTÍNEZ (2008).

de adquisiciones y las adquisiciones *a non domino*, constitutivas de situaciones distintas, gobernadas cada una de ellas por un régimen propio y específico (137).

Los conflictos de adquisiciones, siguiendo a CASTILLO MARTÍNEZ, son aquellos en los que un solo titular, el *verus dominus*, transmite una misma cosa a dos o más personas. Por el contrario, las adquisiciones *a non domino*, son aquellas en las que el titular o *verus dominus* transmite a un primer adquirente y este transmite, a su vez, a un segundo adquirente (llamado tercero o subadquirente) (138). ¿Qué régimen resulta aplicable a cada una de estas situaciones? Al conflicto de adquisiciones resulta aplicable el artículo 1473 del Código Civil, en el que el artículo 32 LH tiene perfecta cabida y también resulta de aplicación para el caso de adquisición de bienes inmuebles. Mientras que a las adquisiciones *a non domino*, resulta aplicable el artículo 464 del Código Civil para los bienes muebles y el artículo 34 LH para los bienes inmuebles. A ninguno de estos supuestos particulares resulta aplicable el artículo 609 del Código Civil, porque ambos constituyen límites a la teoría del título y el modo plasmado en el mismo.

Partiendo de la inteligencia anterior, ¿en qué molde resulta subsumible el supuesto de hecho objeto de la STS de 5 de marzo de 2007 a juicio de la autora? Entiende a este respecto que el supuesto de hecho en cuestión es un claro ejemplo de un conflicto de adquisiciones que, por ende, debe solucionarse mediante la aplicación del artículo 1473 del Código Civil y 32 LH, y no del artículo 34 del mismo texto legal (tampoco resulta aplicable el art. 609 CC, por los motivos anteriormente expuestos) (139).

Pues bien, ¿qué opinión nos merece el singular planteamiento de CASTILLO MARTÍNEZ? Entendemos, tal y como venimos reiterando a lo largo del presente trabajo, que el artículo 1473.2 del Código Civil, junto con el artículo 609 del mismo texto legal, así como los artículos 32 y 34 LH resultan todos aplicables al supuesto de hecho que enjuicia la STS de 5 de marzo de 2007. Nuestra doctrina del título y el modo es la generalmente aplicable a las adquisiciones y transmisiones derivativas de derechos reales en nuestro ordenamiento, pero no olvidemos que esta teoría no se abandona por el artículo 34 LH, pues se parte de la misma, pero se viene a sanar el defecto en uno de los elementos necesarios para el proceso traslativo: la falta de poder de disposición de la que adolece el modo de la transmisión, que una vez sanado, junto a título válido, consolidan la adquisición, sin romper el molde de la teoría del título y el modo. La referida teoría sigue siendo aplicable, pues sigue necesitándose un título válido para la transmisión y también un modo válido, cuyo particular defecto anteriormente mencionado sana el artículo 34 LH. En definitiva, desde nuestro planteamiento, el artículo 609 del

(137) CASTILLO MARTÍNEZ (2008, pág. 9).

(138) CASTILLO MARTÍNEZ (2008, pág. 10).

(139) CASTILLO MARTÍNEZ (2008, pág. 14).

Código Civil resulta plenamente aplicable al supuesto de hecho objeto de la STS de 5 de marzo de 2007.

En lo concerniente al artículo 1473 del Código Civil, también resulta aplicable al supuesto de hecho enjuiciado, pues con la protección otorgada por el artículo 34 LH, aplicamos el criterio de preferencia contenido en dicha norma: el de preferir al sujeto que primero inscriba su adquisición en el Registro.

Finalmente, por lo que hace al artículo 32 LH, resulta igualmente aplicable, ya que no puede oponerse al titular finalmente inscrito una realidad inscribible pero no inscrita. En efecto, cierto es que el segundo adquirente procedente del procedimiento de apremio resulta protegido por el propio artículo 32 LH, desde el momento en que inscribe, no habiéndose inscrito la primera adquisición en la medida en que le es inoponible lo inscribible no inscrito. Ahora bien, dicha protección no lo protegerá irrefutablemente frente a las reclamaciones del primer adquirente, protección irrefutable que solo alcanzará mediante la eficacia protectora de la fe pública registral contenida en el artículo 34 LH. Esto es, la aplicabilidad de un principio como el de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito no excluye la aplicación del principio de fe pública registral; ello es consecuencia del moderado dualismo que rige en nuestro sistema de protección registral.

Discrepamos, en definitiva, del planteamiento sostenido por CASTILLO MARTÍNEZ, pues como ya venimos manifestando a lo largo de estas páginas, nos adherimos, con los matices introducidos, a la doctrina sentada por la STS de 5 de marzo de 2007.

V. LA STS DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2007

El presente trabajo persigue como propósito fundamental la sistematización y comentario de la recepción doctrinal de la que ha sido objeto la STS de 5 de marzo de 2007, si bien llegados a este punto, merece la pena detenerse, por los motivos que ahora veremos, en una sentencia posterior, de 7 de septiembre de 2007, a la que ya hemos venido aludiendo previamente.

En efecto, no solo han sido numerosos los autores que se han ocupado del estudio de la doctrina uniforme sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, sino que también han sido numerosas las sentencias —tanto del TS (140), como de las Audiencias Provinciales (141)— que ha tenido por objeto supuestos de

(140) SSTS de 16 de marzo de 2007, de 20 de marzo de 2007, de 7 de septiembre de 2007, de 10 de octubre de 2007, de 5 de mayo de 2008, de 14 de mayo de 2008, de 8 de octubre de 2008, de 20 de noviembre de 2008, de 18 de diciembre de 2008, de 6 de marzo de 2009, de 23 de abril de 2010, de 30 de abril de 2010, de 20 de julio de 2010, y de 31 de marzo de 2011.

(141) Sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia, de 31 de mayo de 2007; de la AP de Alicante, de 29 de abril de 2008; de la AP de Murcia, de 30 de septiembre de

hecho análogos, las cuales han aplicado unánimemente la doctrina de nuestra sentencia confirmándola. Excede de los contornos de nuestro estudio, como puede imaginarse, el detenerse en el análisis de todas y cada una de las sentencias posteriores dictadas sobre la materia (142), pero sí debe desarrollarse, aunque sea manera concisa, una concreta sentencia posterior, la aludida STS de 7 de septiembre de 2007; y ello por dos motivos fundamentales:

1. Porque reitera la doctrina uniforme sentada por nuestra STS de 5 de marzo de 2007, confirmándola (143).
2. Además y sobre todo, porque unifica doctrina sobre ciertos aspectos novedosos, resolviendo cuestiones problemáticas, algunas de las cuales hemos destacado en el presente estudio como erróneamente omitida por la STS de 5 de marzo de 2007. Desde esta segunda perspectiva, puede decirse que la STS, de 7 de septiembre de 2007, guarda así la misma importancia que la anterior.

Entremos, pues, en su análisis, comenzando por los hechos, prosiguiendo con los aspectos principales de su fundamentación jurídica y finalizando con la exposición de las cuestiones novedosamente unificadas.

1. HECHOS CONSTITUTIVOS

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

La primera escritura pública de venta no se inscribió en el Registro de la Propiedad, no obstante, la compradora tomó posesión del inmueble vendido. La segunda escritura pública de compraventa, por el contrario, sí fue inscrita en el Registro.

2008; de la AP de Málaga, de 11 de mayo de 2009; de la AP de Barcelona, de 26 de mayo de 2009; de la AP de Barcelona, de 12 de junio de 2009; de la AP de Murcia, de 16 de marzo de 2010; de la AP de Granada, de 9 de abril de 2010; y de la AP de León, de 29 de julio de 2010.

(142) Nos ocupamos del estudio y sistematización de la recepción jurisprudencial de la que ha sido objeto la STS de 5 de marzo de 2007, en nuestro estudio: MURGA FERNÁNDEZ (2012, a).

(143) Hemos abordado y constatado la consolidación de la doctrina uniforme sentada por la STS de 5 de marzo de 2007, en un comentario de la STS de 20 de julio de 2010: MURGA FERNÁNDEZ (2011).

La demanda, curiosamente, se interpuso por la segunda parte compradora, y lo pedido fue la declaración de que la demandada carecía de título alguno que legitimara su posesión sobre la finca, siendo nulos e ineficaces cuantos actos y contratos hubiera realizado sobre la misma, y la declaración de venir obligada a la demandada a cesar en los actos perturbadores y de despojo realizados sobre la finca litigiosa, condenándola a hacer dejación de la misma y a entregársela a la demandante. La compradora demandada se opuso a la demanda alegando que la segunda venta era ya de cosa ajena, ya que ella había adquirido el inmueble con anterioridad a la sociedad demandante y que esta, además, había actuado de mala fe, ya que conocía la existencia de una primera venta.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por dos razones: la primera, porque la primera venta celebrada no se consumó por haber incumplido la compradora sus obligaciones. La segunda, porque la compradora que contrató en segundo lugar carecía de la buena fe requerida por el artículo 34 LH, dado que la finca litigiosa estaba siendo poseída por la primera compradora y «debe estimarse falta de diligencia incompatible con la buena fe la falta de comprobación de la finca *in situ*».

La parte actora (la segunda compradora) interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia de instancia y la Audiencia lo estimó por entender: en primer lugar, que se trataba de un caso de doble venta y no de venta de cosa ajena, porque la primera venta no había llegado a consumarse por falta de pago de la mayor parte del precio; en segundo lugar, por aplicación del artículo 1473 del Código Civil y 34 LH, viéndose la segunda compradora amparada por estos preceptos, ya que la primera no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad; y en tercer lugar, se considera que la posesión de la finca por la primera compradora no constituye dato suficiente para considerar la actuación de la segunda compradora como contraria a la buena fe, ya que la posesión puede obedecer a un contrato distinto de la compraventa. Esta sentencia fue recurrida en casación, recurso de cuya resolución se ocupa la presente STS de 7 de septiembre de 2007.

2. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

De la extensa y enteramente aprovechable fundamentación jurídica dada por el Tribunal Supremo en la presente sentencia de unificación jurisprudencial cuyo ponente es el mismo que el de la STS de 5 de marzo de 2007 (el Excmo. Señor don Francisco MARÍN CASTÁN), merece la pena reproducir el tenor literal de alguno de sus pasajes.

En efecto, comienza la presente sentencia reiterando la doctrina de la STS de 5 de marzo de 2007, en sus dos extremos fundamentales, a saber: que la venta de cosa ajena es válida, concretamente la judicial y análogamente la ordinaria,

pues el poder de disposición no es requisito esencial de validez del título, sino del modo; y que el artículo 33 LH, en consecuencia, no resulta aplicable, y sí el artículo 34 LH que ampara las adquisiciones *a non domino* salvando el defecto en el poder de disposición.

Posteriormente, de los extremos anteriores afirma que se desprende que: «*no hay ya una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable periodo de tiempo; dicho de otra forma, procede fijar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de “una cierta coetaneidad cronológica” entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material (art. 1462 CC, párrafo primero), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública (tradición instrumental, art. 1462 CC, párrafo segundo), e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1473 del Código Civil tanto con los artículos 606 y 608 del propio Código como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH (...)*».

Continúa el Tribunal Supremo afirmando que: «*la falta de pago de parte del precio de la primera compraventa (...) habría podido justificar la resolución del contrato a instancia del vendedor, pero no impedir la adquisición de la propiedad de la finca por la compradora demandada. Ello no significa, sin embargo, que la segunda venta quedara excluida del ámbito del artículo 1473 del Código Civil (...), sino simplemente, que al tratarse de una finca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad, el problema deba resolverse conjugando dicho precepto con el artículo 34 LH*».

Finalmente, en lo que hace a la configuración del requisito de la buena fe, el Alto Tribunal, en la presente sentencia, no comparte el juicio del Tribunal sentenciador, pues aunque existe cierta jurisprudencia que: «*suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa; sin embargo, sentencias como las de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006, también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia de la negligencia del ignorante.*

(...) Si fuera cierto que la demandante, segunda compradora, desconocía que la mayor parte de la finca había sido comprada varios años antes por otra persona al mismo vendedor y esa otra persona venía poseyendo lo que había comprado, solo a su notoriedad negligencia podría deberse tal desconocimiento, y por eso la inscripción registral no debe decidir a su favor el conflicto sobre la propiedad de la finca litigiosa, al faltar la buena fe exigida tanto por la letra del artículo 34 LH, como por la jurisprudencia que interpreta el párrafo segundo del artículo 1473 del Código Civil».

3. PRINCIPALES CUESTIONES SUSTANTIVAS UNIFICADAS

Como ya hemos anticipado, la presente sentencia guarda la misma importancia (144) que la STS de 5 marzo de 2007, pues además de confirmar la doctrina sentada por la anterior resolución, viene a sentar doctrina, como ya hemos anticipado en el subapartado previo, sobre dos cuestiones no resueltas por la misma:

- a) De una parte, la concerniente a la interpretación del artículo 1473 del Código Civil, relativo a la doble venta (145);
- b) y de otra, la relativa a la configuración de la buena fe exigida por el artículo 34 LH.

Efectivamente, la importancia de esta sentencia reside precisamente en unificar doctrina sobre estas dos cuestiones cuya solución, como ya hemos visto, ha sido echada en falta por los autores. De una parte, se resuelve la controvertida cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena, afirmando que el artículo 1473 del Código Civil resulta aplicable a ambos supuestos, por lo que no se trata de casos excluyentes sino complementarios; debiendo concordarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH. Y de otro lado, se resuelve la cuestión de la polémica configuración del requisito de la buena fe, declarándose partidario el Alto Tribunal de la concepción ética de la misma, descartando la contrapuesta concepción psicológica, de manera que se exige para su concurrencia, no un mero conocimiento de la realidad registral, sino además una necesaria diligencia adicional que no le haga desconocer la realidad extraregistral manifiesta, cuyo desconocimiento solo puede deberse a una necesaria negligencia por parte del sujeto a proteger.

(144) Prueba de la importancia de la presente sentencia son los numerosos estudios doctrinales que sobre la misma se han pronunciado, entre otros, los siguientes: CUENA CASAS (2008, b, págs. 481-515); y (2010, págs. 2909-2947). También, GARCÍA-BERNARDO LANDETA (2010, págs. 59-112); INIESTA DELGADO (2008, págs. 707-732); PÉREZ RAMOS (2008, págs. 487-522); VELA SÁNCHEZ (2009, a) y (2009, b).

(145) Nos ocupamos extensamente de esta polémica cuestión en nuestro trabajo: MURGA FERNÁNDEZ (2012, b).

VI. CONCLUSIONES

La labor de recepción doctrinal de la STS, de 5 de marzo de 2007, que ha tenido por objeto el presente trabajo, persigue como principal propósito, como ya adelantamos en su comienzo, la determinación del grado de consolidación de la doctrina por ella sentada sobre el artículo 34 LH, transcurridos cinco años desde su publicación.

Pues bien, las conclusiones que podemos extraer de la enunciada labor de recepción son las siguientes:

- I. Existe una gran mayoría de autores que se muestran favorables a la doctrina que sobre la interpretación del artículo 34 LH ha sentado la STS de 5 de marzo de 2007. Concretamente, de los quince autores que se han ocupado de acoger la sentencia mediante su análisis crítico (146), doce de ellos se muestran a favor de la sentencia, mientras que tres de ellos se oponen a la doctrina jurisprudencial; si bien de esos tres, solo uno de ellos puede reputarse como abiertamente contrario a la referida doctrina (ÁLVAREZ CAPEROCHIPI).
- II. Los diferentes autores favorables a la sentencia coinciden fundamentalmente en destacar, como acertadamente resueltas, tres cuestiones sustantivas de suma importancia:
 - La venta judicial de cosa ajena es válida, pues el poder de disposición no es un requisito de validez de la compraventa como título de la adquisición, y sí del modo necesario junto al anterior título para la definitiva consumación del proceso adquisitivo.
 - Partiendo de lo anterior, el artículo 33 LH no resultará aplicable a tales casos y sí el artículo 34 LH, que ampara, sin duda alguna, las adquisiciones *a non dominio*, salvando el defecto de poder de disposición del transmitente.
 - La condición de tercero hipotecario se ostenta sin necesidad de que se dé una transmisión intermedia entre el *non dominus* y el sujeto a proteger, pues es tercero respecto del negocio no inscrito del que deriva el defecto en el poder de disposición del que adolece el modo o tradición.
- III. Estando de acuerdo en estos tres extremos la mayoría de la doctrina, un gran número de autores favorables a la STS de 5 de marzo de 2007

(146) A lo largo de estas páginas hemos intentado hacer referencia a la totalidad de autores que han abordado el estudio de la STS de 5 marzo de 2007, ya sea directamente a través de trabajos monográficos destinados al efecto, o bien tangencialmente en el curso de trabajos no encaminados específicamente a tal objeto, pero en los que se hace referencia expresa a la misma.

sí echan en falta, no obstante, la resolución de determinadas cuestiones concernientes al artículo 34 LH de suma importancia por parte de la sentencia. La cuestión en la que mayoritariamente coinciden en considerar como erróneamente omitida es la concerniente al requisito de la buena fe necesario para quedar protegido por la fe pública registral; concretamente en lo que hace a la configuración, ética o psicológica, de tal requisito.

- IV. Al hilo de lo anterior, debe destacarse que, con posterioridad a nuestra sentencia, se ha dictado otra de 7 de septiembre de 2007, que hemos tenido ocasión de analizar, que guarda la misma relevancia, en la medida en que unifica doctrina en torno a la doble venta y venta de cosa ajena, esta vez ordinaria. Sentencia que sí ha resuelto la cuestión mayoritariamente echada en falta en la STS de 5 de marzo de 2007 por los autores (la configuración del requisito de la buena fe), junto a otra añadida sobre la que un autor (BUSTOS PUECHE) entiende que necesariamente debiera haberse pronunciado nuestra sentencia: la relativa a la polémica cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena.

En efecto, en lo que hace a la configuración del requisito de la buena fe necesario para la aplicación del artículo 34 LH, se decanta la sentencia de 7 de septiembre por la concepción ética, en virtud de la cual la buena fe no se tiene con el mero conocimiento de la realidad registral, sino además con un grado de diligencia adicional que no haga desconocer las realidades extraregistrales manifiestas cuyo desconocimiento solo se puede deber a una conducta negligente. Esto es, la buena fe se configura como una ignorancia de la realidad que exige, además, un cierto elemento de excusabilidad que la haga justificable y, al menos, éticamente disculpable.

Y por lo que hace a la cuestión de la doble venta y venta de cosa ajena, se unifica doctrina afirmando que el artículo 1473 del Código Civil es aplicable a ambos supuestos, no siendo excluyentes sino complementarios; debiendo conjugarse dicho precepto con los artículos 32 y 34 LH: con el artículo 34 LH, si la finca está inscrita; y con el artículo 32 si la finca no está inscrita.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1975): *Derecho Civil*, II, 1.º, Librería Bosch, Barcelona, pág. 351.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A. (2006): *Derecho Inmobiliario Registral*, Comares, Granada, pág. 262.
- (2010): «Crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2045-2077.

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1972): *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, pág. 615.
- ARANGIO-RUIZ, V. (1956): *La compravendita in Diritto romano*, I, Napoli, págs. 85 y 86.
- BUSTOS PUECHE, F. J. (1999): *La doctrina de la apariencia jurídica (una explicación unitaria de los arts. 34 y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia)*, Dykinson, Madrid.
- (2008): «Un intento del Tribunal Supremo de fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (comentario a la STS de 5 de marzo de 2007)», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, GÓMEZ GÁLLIGO, J. (coord.), Thomson Civitas, Madrid, págs. 1071-1087.
- CACHÓN CÁRDENAS, M. J. (2000): «Comentario al artículo 594», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE (dir.) y GUILARTE GUTIÉRREZ (coord.), T. III, Valladolid, pág. 2956.
- CANO TELLO, C. (1992): *Manual de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, págs. 302 y 303.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C. (2008): «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7080, págs. 9-14.
- CLEMENTE MEORO, M. E. (2002): «Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», en *Estudios de Derecho Inmobiliario Registral en Homenaje al Profesor Celestino Cano Tello*, CLEMENTE MEORO (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 139 y 153.
- CUENA CASAS, M. (1996): «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», en *RCDI*, núm. 2, págs. 1446 y 1447.
- (2008, a): «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2007. Alcance del artículo 34 LH en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral», en *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 1.^o (2005-2007), YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), Dykinson, Madrid, págs. 351-380.
- (2008, b): «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código Civil», en *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 1.^o (2005-2007), YZQUIERDO TOLSADA, M. (dir.), Dykinson, Madrid, 2008, págs. 481-492.
- (2008, c): «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», en *Revista Electrónica NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 2008, <http://www.codigo-civil.org/nulidad/lodel/document.php?id=572>
- DE CASSO ROMERO, I. (1951): *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.^a ed., Instituto de Derecho Civil, Madrid, pág. 378.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1956): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 378.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.); MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A. (2008): *Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales*, Colex, Madrid, págs. 373 y sigs.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2001): *La ejecución forzosa sobre inmuebles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, aspectos civiles y registrales*, Aranzadi, Navarra, pág. 82.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Thomson Civitas, Madrid, págs. 486, 487; 526 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005): *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, págs. 35 y 36.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2008): «Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2007: Tercero hipotecario. Anotación preventiva de embargo. Tercería de dominio. Tercero que adquiere por compra el bien objeto de ejecución tras haber sido embargado. Anotación preventiva de embargo anterior a la adquisición, que se inscribe tras la anotación: inexistencia de la condición de tercero hipotecario», en *CCJC*, núm. 76, págs. 222 a 236.
- (2009): «Transmisión y adquisición de la propiedad en los procesos de ejecución», en *La adquisición y la transmisión de los derechos reales. Estudio del Derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Barcelona, pág. 412.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2007): «La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore no domino*: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 19, págs. 404-414.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (2001): «Comentarios del artículo 594», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFA SOLER y VALLS GOMBÁU (coords.), T. III, Barcelona, pág. 2867.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, C. (1994): *Compraventa de cosa ajena*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 214.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1999): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., T. VII, vol. 4, Edersa, Madrid, págs. 457 y sigs.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2007): «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 64, pág. 102 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2011): «Crítica a la tesis procesalista de la adquisición derivada de la ejecución de un embargo, doctrina obsoleta y superada (en defensa de la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS de 5 de marzo de 2007)», en *RCDI*, núm. 723, págs. 13-29.
- GÓMEZ GÓMEZ, M. (1952): «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», en *RCDI*, núm. 290-291, págs. 571 y 572.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M. (1949): «Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas», en *ADC*, 1949, pág. 1243.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1931): *Principios Hipotecarios*, Madrid, pág. 163.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2006): «El principio de fe pública registral (I)», en *ADC*, vol. 59, núm. 2, págs. 509 y sigs.
- (2007, a): «Sentencia de 5 de marzo de 2007: Fe pública registral: protección de la adquisición *a debitore non domino* en procedimiento de apremio. Fijación de la doctrina jurisprudencial al respecto», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 75, pág. 1429 y sigs.
- (2007, b): «Adquisición en procedimiento de embargo y protección registral», en *Actualidad Civil*, núm. 6, pág. 600.

- (2008): «El principio de fe pública registral (II)», en *ADC*, vol. 61, núm. 3, págs. 1057-1216.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2011): *Legalidad urbanística, demolición y terceros adquientes de buena fe*, Lex Nova, Valladolid, págs. 47, 49 y 50.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1967): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA, V., T. XXII, vol. 1.º, Edersa, Madrid, pág. 320.
- INIESTA DELGADO, J. J. (2008): «Sentencia de 7 de septiembre de 2007: Doble venta de bienes inmuebles y venta de cosa ajena. Aplicabilidad de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria. Ausencia de buena fe del segundo comprador», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 77, págs. 707-732.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2006): *El momento de la buena fe*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, págs. 13-98.
- LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA (2001): *Elementos de Derecho Civil*, III bis., *Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, pág. 183 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008): «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *Diario La Ley*, núm. 6899, págs. 1-13.
- LÓPEZ FRÍAS, A. M. (2010): «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», en *RCDI*, núm. 721, págs. 2087-2091.
- MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ, L. (1991): «La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias *a non dominio*», en *RCDI*, núm. 603, pág. 591.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2009): *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria*, ORDUÑA MORENO, F. J. y DE LA PUENTE, A. (codirs.), Navarra, págs. 76 y 77.
- MIGUEL GONZÁLEZ, J. M. (1989): «Observaciones en torno a la buena fe», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, págs. 500-507.
- (1990): «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *AAMN*, XXIX, Madrid, 1990, págs. 19-22.
- MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J. (2004): *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 26.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P. (2011): «Venta de cosa ajena y publicidad registral: comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), número 511/2010, de 20 de junio», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 27.
- (2012, a): «Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de uso ajeno: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia en 2007», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, págs. 365-385.
- (2012, b): «La doble venta inmobiliaria y la buena fe necesaria para ser preferido en la adquisición. La mala fe como elemento constitutivo de una posible simulación absoluta: comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 73/2011, de 11 de febrero», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28, págs. 419-434.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (dir.) (1995): *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Civitas, Madrid, págs. 30 y 31.
- PAU PEDRÓN, A. (2001): *La publicidad registral*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, págs. 189 y 190.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999): *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, págs. 555-557.
- PÉREZ RAMOS, C. (2010): «La doble venta: ¿una vuelta de tuerca?», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, págs. 515-521.
- ROCA SASTRE, R. M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÁ I XIRGO, J. (2008): *Derecho Hipotecario*, Tomo II, vol. 2.^o, Bosch, Barcelona, págs. 7, 144, 294 y sigs.
- RUBIO GARRIDO, T. (1994): *La doble venta y doble disposición*, José María Bosch editor, S. A., Barcelona, pág. 82.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Reus, Madrid, págs. 430, 431 y 466.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1962): «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, págs. 220 y sigs.
- (2005): «La buena fe en las transmisiones inmobiliarias *a non domino*», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 56, pág. 255 y sigs.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2009, a): «La doctrina jurisprudencial consolidada en sede de doble venta judicial inmobiliaria», en *Diario la Ley*, págs. 1-12 y 22.
- (2009, b): *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias: estudio jurisprudencial y doctrinal*, Aranzadi, Navarra, 2009, págs. 98 y sigs.
- VIEHWEG, T. (1964): *Tópica y jurisprudencia*, traducido por Luis DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Taurus, Madrid, págs. 129 y 130.
- WESTERMANN, H.; WESTERMANN, H. P.; GURSKY, K. H., y EICKMANN, D. (2008): *Derechos Reales*, vol. II, Fundación Cultural del Notariado, Madrid. Traducido por CAÑIZARES LASO, A. Z.; MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., y RODRÍGUEZ-ROSADO, B., págs. 1078, 1103 y 1104.

RESUMEN

DOBLE VENTA JUDICIAL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

El principio de fe pública registral, puntal básico del sistema de protección registral de nuestro ordenamiento patrio, pese a su conocida importancia, no ha sido aplicado con criterio uniforme por parte del Tribunal Supremo en los años anteriores a 2007, sobre todo en el ámbito de una materia tan importante y habitual como es la de los procedimientos de apremio por juicio ejecutivo que dan lugar a una subasta judicial de los bienes inmuebles embargados. Concreta-

ABSTRACT

DOUBLE JUDICIAL SALE PRINCIPLE OF CONCLUSIVE TITLE

The principle of conclusive title is the cornerstone of the system of protection through registration under our country's legislation. Despite its well-known importance, the principles was not applied uniformly by the Supreme Court in the years prior to 2007, especially in the very important and oft-seen realm of procedures for forced collection through executory process leading to the judicial auction of the attached property. The trouble is double judicial sale, i.e., when a property auctioned off by the court has already been

mente, los problemas han venido dándose en sede de doble venta judicial, a saber, cuando realizada la subasta judicial de una finca, esta ha sido ya objeto de una previa venta por parte del titular registral, o de una previa subasta procedente de un procedimiento de apremio distinto. Y digo que no ha venido sosteniendo un criterio uniforme hasta 2007, porque precisamente en ese año, nuestro Alto Tribunal ha sentado doctrina en la materia, mediante la esencial sentencia de 5 de marzo de 2007.

La referida sentencia unifica doctrina resolviendo tres cuestiones fundamentales: la ventas judiciales de bienes no pertenecientes al deudor son válidas, pues el poder de disposición no es un requisito de validez del contrato de compraventa; en consecuencia, el artículo 34 LH ampara las adquisiciones a non dominio, pues siendo la falta de poder de disposición un defecto atinente al modo y no al título del proceso transmisor, este resulta de aplicación y no el artículo 33 LH; y, finalmente, el artículo 34 LH no necesita para su aplicación de una transmisión intermedia entre el non dominus initial y el adquirente a proteger, pues se ostenta la condición de tercero respecto del negocio transmisor no inscrito del que deriva el defecto en el poder de disposición.

Cinco años después de la publicación de esta célebre sentencia, han sido numerosos los autores que la han estudiado y acogido, y han sido numerosas las sentencias que han tenido por objeto supuestos de hecho análogos. Pues bien, el presente trabajo se ocupa de recopilar y sistematizar tales pronunciamientos doctrinales, con el objeto de determinar la consolidación de la doctrina jurisprudencial y así sus visos de permanencia futura.

sold off by its registered holder of title or has already been auctioned off under a different forced collection procedure. And I say application has not been uniform until 2007 because it was in that year when the Supreme Court established its doctrine on the matter, in its key ruling of 5 March 2007.

The ruling unifies doctrine by settling three fundamental issues. First, judicial sales of property not belonging to the debtor are valid, because the power of disposal is not a requirement valid contracts of sale must meet. Consequently, second, section 34 of the Mortgage Act upholds a non domino acquisitions, and section 34 is applicable instead of section 33 because the lack of power of disposal is a defect pertaining not to title but to delivery or possession. Third and last, the application of section 34 of the Mortgage Act does not require an intermediate transfer between the initial non dominus and the acquirer who is to be protected, because the acquirer is a third party in the unregistered transfer from which the defect in the power of disposal stems.

Five years after publication, a great many authors have studied and embraced this famous ruling, and a great many other rulings have been delivered on similar cases. This paper provides a systematized compilation of all these statements of legal thought in order to determine how well the case law has become consolidated and what its outlooks of lasting into the future are.

(Trabajo recibido el 29-3-2012 y aceptado para su publicación el 8-5-2012)