

La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias "a non domino"

[Trabajo especialmente realizado por el concursante para la plaza de Catedrático de Universidad, en el Área de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, convocada por la Universidad de Zaragoza. Resolución de 1 de febrero de 1990 (*BOE* de 21 de febrero de 1990)]

SUMARIO: I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO CUESTIÓN PREVIA: 1. LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO. 2. LA PUBLICIDAD Y LA DOCTRINA. 3. LA PUBLICIDAD Y SEGURIDAD DEL TRÁFICO. 4. PUBLICIDAD FORMAL.—II. DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL AL LLAMADO TERCERO Y SU CONDICIÓN: 1. EL VALOR DE LA FE PÚBLICA. 2. LA FE PÚBLICA EN SUS ASPECTOS POSITIVO Y NEGATIVO. 3. LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE Y SUS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. 4. EL LLAMADO TERCERO HIPOTECARIO, VALORACIONES DOCTRINALES. 5. CLASES DE TERCERO. TERCERO Y PARTE. 6. LA OPINIÓN DE PEÑA SOBRE EL TERCERO PROTEGIDO. 7. EL CRITERIO DE LACRUZ. 8. PARTICULAR JUICIO CRÍTICO. 9. ARTÍCULOS DE LA LEY HIPOTECARIA QUE HACEN REFERENCIA AL TERCERO.—III. DE LA APARIENCIA A LA LEGITIMACIÓN EN LAS SITUACIONES POSESORIAS EN GENERAL: 1. APARIENCIA Y POSESIÓN. 2. APARIENCIA Y LEGITIMACIÓN. 3. LA APARIENCIA JURÍDICA COMO PRINCIPIO.—IV. SOBRE CONTROVERTIDO MODO DE ADQUIRIR. LA CATEGORÍA JURÍDICA DE LAS ADQUISICIONES "A NON DOMINO": 1. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL. 2. EL DERECHO ROMANO. 3. DERECHOS GERMÁNICOS. 4. EL IMPACTO DE LA RECEPCIÓN. 5. CODIFICACIÓN. 6. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA. 7. DERECHO ESPAÑOL; CRITERIOS GENERALES. 8. SOBRE EL 464. POSICIONES DOCTRINALES. 9. SOBRE EL ARTÍCULO 34 LEY HIPOTECARIA Y SUS EFECTOS.—V. DE LA LLAMADA ADQUISICIÓN REGISTRAL "A NON DOMINO": 1. CRITERIOS SOBRE UNA CUESTIÓN. 2. VÍA DOCTRINAL NEGATIVA: a) *Criterios generales*; b) *De Núñez Lagos a la "bicicleta de Ewald"*. 3. VÍA DOCTRINAL POSITIVA, a) *Adquisición "a dómino"*: Opinión crítica; b) *Adquisición "a non dómino"*: Opinión crítica.

I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO CUESTIÓN PREVIA

1. LA PUBLICIDAD Y EL REGISTRO

Para BESON y ROCA SASTRE en la historia de la publicidad (1), se pueden señalar tres fases. A la primera corresponde aquella publicidad de tipo meramente "publicitario"; de anuncio, noticia, etc. Pertenecen a este tipo de publicidad los pregones, edictos y demás formas de publicación de las transmisiones, pues público es lo que resulta notorio. A la segunda se sujetará la publicidad en vista y razón de la "protección de terceros adquirentes" o publicidad legitimadora, para esos terceros de buena fe que actúan confiando en esa situación pública que les afecta y no cabe impugnación inmediata (situaciones posesorias...). A esta finalidad son ajenas las formas publicitarias del Derecho antiguo, a pesar de que, en el aspecto de protección a los acreedores del transferente, se encuentra recogida en ciertos textos del Derecho aragonés y catalán relacionados con la acción pauliana en materia de donaciones. A la tercera y última se manifestará la publicidad de "valor constitutivo", aquí actúa a nivel de requisito esencial del acto "forma dat esse rei" que se inicia con la implantación de los sistemas registrales. En ellos tiene especial preponderancia la inscripción en el Registro, variando en unos y otros sistemas según el papel desempeñado por aquella en las transmisiones, desde las que le conceden valor meramente declarativo hasta los que consagran el principio de fuerza formal o probante de la inscripción (2).

Es en este tercer grupo en donde nos situamos y a la vez partimos, al afirmar que, la finalidad primaria de la publicidad registral es algo trascendente y conocido, pues mediante ella se agilizan considerablemente las transacciones inmobiliarias, se protege el tráfico de las mismas y se mar-

(1) Al observar la evolución histórica de la institución se comprueba la dificultad de separar las manifestaciones embrionarias de la fe pública, imposición de creencia, de aquellas otras manifestaciones que son el germen de la publicidad en su sentido registral y cuya finalidad no es imponer o justificar hechos, sino garantizar facultades de los titulares.

En los edictos por heraldo, repetidos tres veces en un mes y en los ladrillos grabados en la ciudad de Asur, en la transcripción exigida por el palimpsesto alejandrino en Grecia, en esa misma transcripción llevada a Egipto por decisión del precepto Marco Mezzio Rufo según la famosa "petición de Dionisis", en las fórmulas romanas de la "mancipado", la "in iure cessio" y la "traditio" o en la justificación previa del dominio del transmitente impuesta en el Bajo Imperio por Constantino según el "fragmento Vaticano", incluso en el "nantissement" germánico o francés cumplen una doble misión, es decir, una función de acto autenticador y una genuina función de publicidad en su moderno sentido de garantía y legitimación.

(2) BESSON: *Les livresfoncieres*, París, 1891; ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario (Contestaciones a Registros)*, 2.^a ed., Barcelona, 1945.

ginan las tortuosas investigaciones que sobre la titularidad de los derechos sería, en cualquier caso, necesario realizar. Sabido es que la forma es el modo de exteriorización de la voluntad del sujeto, la *publicidad* atiende a aquellos particulares procedimientos con los cuales se quiere hacer "cognoscible" a los terceros la existencia de algunos hechos, de situaciones jurídicamente relevantes, o bien el contenido de negocios o de actos judiciales. En algunos casos y para algunos efectos no basta la forma, no basta que la declaración sea fácilmente cognoscible, sino que ésta debe exteriorizarse con medios determinados. Según TRABACCHI, "la publicidad se diferencia de la forma en los negocios, bien por la función que ésta cumple, bien por los modos con los cuales la publicidad se realiza, bien por las consecuencias que derivan en caso de inobservancia; sin embargo, es común a ambas el carácter de carga cuya observancia se impone al que quiere servirse de las consecuencias que la ley les asigna (3).

La idea de publicidad es alcanzable a través de una serie de presupuestos previos sobre la estática y la dinámica de los derechos y muy especialmente sobre la entrada en conflicto entre la seguridad en la tenencia del derecho y la seguridad en su adquisición. La publicidad garantiza titularidades y otorga seguridad a los compradores que en otra situación no obtendrían. Esta publicidad fue del todo necesaria cuando la "revolución industrial" necesitó movilizar capitales para comenzar la reforma de las viejas industrias del siglo xix. La única manera de conseguir el capital preciso de los bancos y prestamistas que lo tenían era que éstos confiaran que su dinero estaba garantizado con el respaldo físico del inmueble, su posible venta inmediata mediante un sistema de publicidad que evitase los fraudes de titularidad. Todo ello respondió a una organización, a una oficina pública: el Registro de la Propiedad.

Los Registros, considerados en general, son archivos donde se almacenan debidamente ordenadas informaciones escritas, documentos, copias, transcripciones completas o abreviadas de los documentos trasladadas a libros o a ficheros respecto de hechos o actos jurídicos de manifiesta importancia en relación con las situaciones jurídicas. No puede dudarse, opina Díez-Picazo, de que los registros públicos son, en los dos últimos siglos, la forma de publicidad preferida por los ordenamientos jurídicos; poseen la virtud de la fácil conservación a través de los medios de escritura y permiten también un fácil acceso y una fácil consulta. Su proliferación actual es evidente. Ahí está el Registro Civil, Mercantil, de la Propiedad Inmobiliaria, de Hipoteca Mobiliaria y de Prenda sin desplazamiento, de Ventas de Muebles a plazo, de la Propiedad Intelectual, de la Industrial,

(3) RABUCCHI, A.: *Instituciones de Derecho civil*, trad. por M. Calcerrada, vol. I, Madrid, 1967, pág. 249.

amén de múltiples registros administrativos que sería prolijo enumerar (4). Será en el Registro de la Propiedad donde se centrará su actividad primordial en dar a conocer la situación jurídica real de los bienes inmuebles y ello mediante unos "apuntes" en unos libros, descripción de inmuebles, practicada por unos profesionales como lo son los Registradores de la Propiedad y en razón de un procedimiento establecido por la norma. El Registro es una institución jurídica administrativa señala Cristóbal MONTES: "El Registro es una creación técnica organizada por el Estado, constituyendo parte de la estructura administrativa del mismo". Y añade más adelante: "el fin de la publicidad, con una u otra eficacia, es común a la generalidad de los registros inmobiliarios la casi universal difusión del Registro de la Propiedad inmueble se debe, en forma sustancial a que el mismo constituye un instrumento o medio técnico que matiza mejor que cualquier otro de los conocidos el principio de la publicidad en la transferencia y gravamen de los bienes inmuebles" (5).

Pero el Registro no es un "medio de difusión" que como tal medio llegase a los particulares informándoles "cotidianamente" de las situaciones jurídicas inmobiliarias que en sus libros se van reflejando. Su política de "puertas abiertas", la publicidad que manifiesta no es sino la posibilidad que se otorga y facilita a las personas para conocer "in situ" la consignación de las titularidades recogidas en sus libros que podrá consultar todo aquel que se halle interesado en saber sobre un inmueble en concreto, caso de que dicho inmueble venga reflejado en los libros del Registro. LACRUZ consideró que "la publicidad registral inmobiliaria en el Estado moderno constituye una actividad de naturaleza semejante a la jurisdicción voluntaria, destinada a dar a conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles mediante su descripción en libros oficiales practicada siguiendo el procedimiento legalmente establecido. Se trata no de procurar que las situaciones jurídicas inmobiliarias lleguen a conocimiento de todos, sino que todos tengan medio de conocerlas. La expresión "publicidad" no significa aquí propaganda y difusión, sino posibilidad de conocer... y añade el citado autor: "La publicidad registral es una hetero-publicación, esto es, publicación por parte de un sujeto extraño a la verificación del evento publicado; más exactamente consiste en una publicación de acontecimientos que interesan a situaciones de Derecho Privado, realizada por la Administración" (6). En cualquier caso, quien no acceda a esa consulta

(4) DIEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, 1986, pág. 240.

(5) CRISTÓBAL MONTES, A.: *Introducción al Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1986, pág. 158.

(6) LACRUZ-SANCHO. *Elementos. Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984.

lógicamente desconocerá lo allí recogido; sin embargo, ello no le excluye de estar sujeto a ese deber de abstención o de respeto que impone toda situación real que afecta *erga omnes* lo que significa, *a contrario sensu*, que todos estamos en situación de infringir y que si esto no sucede es por nuestro implícito deber de conocer la realidad de esos derechos reales origen de nuestro obligado respeto.

Por otra parte, la "corporalidad" de las cosas hacen a éstas colocarse más "a la vista", siendo su situación más estable y duradera, a la vez que sosegada. En la relación obligacional sabemos bien que el proceso es de acción y movimiento, que suele terminar con cierta rapidez con la extinción de vínculo que, tal vez poco antes, se generó entre ese acreedor y aquel deudor. La cual quiere decir que la relación creditica está destinada a desaparecer cuando los sujetos cierran el círculo de su relación. No sucede así, en cambio, en el campo de los derechos reales y, consecuentemente, en el ámbito de la propiedad, pues su estabilidad la proyecta hacia el futuro, hacia factibles transmisiones en el inmenso campo del tráfico jurídico, pues ellas son el objeto de ese tráfico en el que estamos inmersos. En un mundo de cosas, bienes y objetos debemos establecer criterios precisos apoyados en clasificaciones puras. ¿Por qué no dividir todo ese universo de objetos y cosas en registrables y no registrables, tal como lo hacía en su programa de Derecho Civil y en sus explicaciones de cátedra don Federico DE CASTRO? ASÍ, al hacerlo, centramos la clasificación en las normas de publicidad relativas a unas cosas u otras, situando el problema en sus justos términos. En cualquier caso, en mi opinión, sería preferible asumir aquella distinción adoptada por ciertos hipotecaristas entre cosas susceptibles de publicidad material y aquellas otras cosas susceptibles de publicidad registral. En el campo de las primeras se estará sujeto a las normas generales de publicidad contenidas en el artículo 464 y concordantes del Código Civil en cuanto a los cambios o alteraciones de la titularidad sobre las mismas. Las segundas serán aquellas que, dada la finalidad económica que por su utilidad, importancia o adecuabilidad para el crédito están destinadas a cumplir, hacen indispensable la constatación de sus cambios de titularidad en un instrumento de publicidad formal o registral. Por otra parte, creo que hoy los criterios enumerativos forzosamente han de fracasar ante un tráfico jurídico en evolución constante, en el que día a día hay que encontrar hueco a nuevos tipos de cosas pertenecientes a los más heterogéneos grupos y cuya regulación registral se impone. Así será preferible acudir al viejo criterio general de la posibilidad de "individualización", porque siempre que una cosa puede ser identificada, individualizándola será apta para ser objeto de esa publicidad formal o registral, ya que en los libros registrales se podrán reflejar perfectamente los datos necesarios para esta "identificación" al mismo tiempo

que dichos libros la dotarán de una fuerte garantía de seguridad engendrada en valor de su publicidad.

2. LA PUBLICIDAD Y LA DOCTRINA

El ilustre profesor de matemáticas, maestro después de hipotecaristas, don Jerónimo GONZÁLEZ, señaló que "el principio de la publicidad ha impreso sus huellas en todas las legislaciones y ha cristalizado en las del siglo xx bajo la forma de principio de legitimidad. Puesto que el individuo tiene únicamente valor como miembro de un gran todo, el derecho individual debe estar ungido con el óleo social. No es verdadero derecho el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que se luce como una armadura de gala ante compañeros y conciudadanos" (7). Es así que civilistas ya clásicos, como COVIELLO, estiman que la publicidad en el sentido que la concebimos en el Derecho moderno no es muy antigua, pues los precedentes que de ella se pueden citar en Derechos pretéritos no son obviamente verdaderos precedentes del moderno sistema de publicidad y lo digo, lógicamente entendida como publicidad registral, aunque tampoco conviene olvidar que en el fondo se obedece a un proceso histórico enmarcado en los Derechos germánicos (8). Cualquier investigador que se haya adentrado mínimamente en la historia del Derecho medieval no podrá negar la importancia que en el desenvolvimiento de los Registros hipotecarios tuvieron los "libros de tradiciones" (*Salkopialtraditionsbücher*; *liber traditionum*), donde se copiaban o extractaban las adquisiciones de fincas. Pero la verdad es que toda la evolución histórica de la publicidad inmobiliaria es una constante lucha por alcanzar la seguridad del tráfico y por superar el secreto a lo privado que aquellos negocios sobre inmuebles, hasta conseguir una publicidad constitutiva o legitimadora.

Hoy tenemos claro que la técnica moderna concede a la inscripción respecto de los inmuebles iguales funciones legitimadoras que a la posesión corresponden en orden a los muebles. Las exigencias de publicidad de los bienes muebles se consiguen mediante la posesión: el traspaso material de una cosa implica, con respecto a terceros, que ha sucedido un cambio en la titularidad del derecho sobre la misma. Se habla bajo este perfil de "publicidad de hecho" y las consecuencias son obviamente importantísimas para la seguridad de la propiedad mobiliaria.

El principio de publicidad, eje de nuestro sistema hipotecario, engendra

(7) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Madrid, 1948.

(8) COVIELLO: *Della trascrizione*, Napoli/Torino, 1924.

otro principio: el de legitimación registral, siendo a su vez emanación directa de la *fides publica*. Señala DÍEZ-PICAZO que para entender la función de la publicidad de los derechos reales es importante perfilar el concepto de legitimación trasplantado del Derecho procesal al civil. Este concepto, "al trasladarse al Derecho civil se yuxtapone al concepto de capacidad jurídica, como aptitud general de la persona para ser sujeto activo o pasivo de relaciones de derecho y al concepto de capacidad de obrar como aptitud efectiva para el ejercicio de los derechos de los que se es titular. La legitimación justifica la razón por qué una persona ejerce un determinado derecho" (9).

Así, con el principio de publicidad en su aspecto positivo cuyo ámbito se proyecta sobre los derechos reales y otorga al tercero adquirente de ese o aquel derecho real, su existencia y extensión, en los términos fijados en el asiento principal. Este sistema, con categoría de principio, rompe así con el apotegma "nemo dat quod non habet" para preceptuar que quien haya contratado con el titular, según el Registro, será siempre amparado en su derecho inscrito aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante, en virtud de título anterior no inscrito, o de posibles causas que no consten en el Registro (v. art. 34). Ahora bien: aunque la Ley Hipotecaria concrete la fe pública del Registro, esto no ha de traducirse que el llamado tercero deba llegar a inspeccionar obligatoriamente todos los asientos de una oficina concreta para asegurarse de lo que allí se contiene. Según una ya vieja Resolución de 20 de octubre de 1926, el Registro es para una finca los folios especiales que le están destinados y los asientos que concretamente se relacionen con ella, bien por hallarse mencionados en el fondo de las inscripciones, bien por referencias marginales, bien por asientos de presentación o documentos presentados mientras aquéllos se consideren vigentes. Si por deficiencias en el modo de llevar los libros llegasen a existir dos inscripciones contradictorias corresponderá a los Tribunales fijar, según las circunstancias del caso, el valor de los derechos derivados de las mismas respectivamente (*vid.* resolución cit.) en cualquier caso la protección del artículo 34 veremos que es de carácter absoluto, es decir "iuris et de iure" bajo los parámetros de la buena fe.

3. LA PUBLICIDAD Y LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

Pensemos que, a veces, también la seguridad del tráfico jurídico exige el sacrificio de la seguridad del derecho (HECK) y ello supondrá liberar a la inscripción de toda razón causal y dotarla de relevante autonomía,

(9) DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos...*, cit., pág. 243.

haciéndola valer como la única y total verdad en cuanto interviene un adquirente de buena fe, a título oneroso que haya inscrito su derecho, y todo ello cualquiera que sea la suerte civil del título reflejado en esa inscripción. Porque ese derecho y por una incontrovertible ficción jurídica se reputa que el Registro *es exacto* por corresponder a la realidad jurídica, *e íntegro* porque agota a la misma. Así: lo inscrito es real y nada hay fuera de la inscripción que tenga ese carácter. Ello llevó a los hipotecaristas a discutir si la adquisición del tercero hipotecario es originaria, derivativa o posiblemente mixta, porque así como en el primer momento se destaca la sucesión particular *inter vivos*, es decir, el carácter derivativo de la adquisición, después resulta éste inconciliable con la afirmación de que, por virtud de la ley, ingresa en el patrimonio del adquirente una facultad jurídica y un valor económico que no se encuentran en el patrimonio del verdadero tradens, pues éste no podrá, por obra y gracia de la inscripción, "convalidar los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes" (art. 33), de donde se sigue la posibilidad de su impugnación en cualquier momento. Sólo ese accipiens, tercero de buena fe, adquirente a título oneroso, cuyo derecho ocupe asiento claro en el Registro, será protegido (y aun defendido) por la norma del 34 cuya fuerza se repetirá en la letra del 37, par. 1, 38, par. 2 *in fine*, y 40 *in fine*. Volveremos sobre esto más adelante.

Cabe, por último, señalar en defensa y justificación de la publicidad registral su adecuabilidad a razones de interés público, pues interesará siempre al Estado crear y mantener el medio más preciso para que todos puedan conocer la verificación de determinadas situaciones, logrando con ello la seguridad del tráfico que en definitiva es alcanzar la seguridad jurídica. El Registro, valga el símil, es una "ventana" que proporciona inmediatamente a los posibles contratantes de una relación, la información necesaria para la defensa de sus intereses y además, en base a esta poderosa razón, contribuye a crear esa tan necesaria conciencia pública en las relaciones jurídicas inmobiliarias. Así, podemos afirmar, que existe una cierta entente que tiende a vincular la naturaleza del Registro a la doctrina de la seguridad jurídica, puesto que sirve en primer término al orden público, contribuyendo, sin lugar a dudas, a la realización de la justicia. Y todo ello nos conduce a establecer que si la publicidad viene proyectada a tutelar los intereses generales, el derecho a obtener la actuación del Registro, como principal instrumento de la publicidad no es renunciable ni susceptible de caducidad aunque esta afirmación que hago, apoyada por autores tan clásicos como COVIELLO y PUGLIATTI, no la comparte MAIORCA (10) y la

(10) MAIORCA: "Della trascrizione", *Comentarios de D'Amelio y Finzi*, Florencia, 1943.

matice CORRADO (11), al distinguir el pacto de no proceder a la publicidad, previo acuerdo con el funcionario encargado del Registro, pacto nulo a todas luces, y el concertado entre las partes que hayan intervenido en el acto y que puede ser válido, con matizaciones.

4. PUBLICIDAD FORMAL

La publicidad formal de los libros del Registro está ampliamente desarrollada en nuestra legislación hipotecaria; el artículo 221 de la LH establece categóricamente que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. Todo ello se alcanzará por los tres medios precisos establecidos por el legislador en aras de la eficacia divulgadora del Registro: 1.º *Exhibición de los libros*, dice el artículo 222 de la LH: "Los Registradores pondrán de manifiesto los libros del Registro en la parte necesaria a las personas que, a su juicio, tengan interés en consultarlos, sin sacar los libros de la oficina y con las precauciones convenientes para asegurar su conservación", y añade a tal fin el 228 de la LH: "Cuando el Registrador se negare a manifestar los libros del Registro o a expedir certificación de lo que en ellos conste podrá el que lo haya solicitado acudir en queja al Presidente de la Audiencia...". 2.º *Expedición de certificaciones*, señala el 227 de la LH que "Los Registradores no expedirán certificaciones sino a instancia, por escrito del que a su juicio tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate o en virtud de mandamiento judicial". El 223 dice que "los Registradores expedirán certificaciones: 1. De los asientos de todas clases... 2. De asientos determinados que los mismos interesados designen... 3. De no existir asientos de ninguna especie o especie determinada sobre ciertos bienes o a nombre de ciertas personas". 3.º *Expedición de nota simple informativa*, el Reglamento a la LH, en su artículo 332, establece que "La manifestación del registro que dispone el artículo 222 de la Ley podrá hacerse mediante exhibición de los libros o por nota simple informativa sin garantía y en virtud de petición verbal o escrita del interesado que indique claramente las fincas o derechos cuyo estado pretende averiguar".

In fine, señalar que el artículo 9.3 de nuestra Constitución dice: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los

(11) CORRADO: *La pubblicità nel Diritto Privato*, Torino, 1947.

poderes públicos". Es así como los amplios parámetros de la seguridad jurídica (fin del Derecho en general) deben proteger no sólo a la publicidad registral, sino a todo el Derecho inmobiliario. La protección acogerá la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario como fin fundamental de la publicidad resultante del Registro de la Propiedad, alcanzándose a su vez protección y garantía a la seguridad de los derechos reales inmobiliarios que son precisamente los fines principales de la publicidad registral.

II. DE LA FE PUBLICA REGISTRAL AL LLAMADO TERCERO Y SU CONDICIÓN

1. EL VALOR DE LA FE PÚBLICA

La fe pública, al igual que todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen necesariamente en la sociedad para la realización normal del derecho que es uno de los fines del Estado. Si es axiomático que "ubi societas ibi ius" del mismo modo puede afirmarse que donde exista una sociedad regida por una serie de normas, hace falta un conjunto de organismos que contribuyan al cumplimiento de esas normas y faciliten su eficacia (12).

La llamada fe pública registral, elevada por algunos hipotecaristas a la categoría de principio, es ante todo y sobre todo la base de la institución del Registro de la Propiedad. El principio de publicidad, eje de nuestro sistema, puede ser examinado desde dos puntos de vista o bajo dos aspectos: como legitimación registral y como fe pública. La diferencia está en que la presunción de exactitud que el principio de publicidad encierra es, con respecto a tercero que reúna los requisitos exigidos por nuestra legislación "iuris et de iure": Fe pública. En cambio, cuando protege a cualquier persona por la simple cualidad de ser titular registral la presunción de exactitud del registro es "iuris tantum": Legitimación.

(12) La expresión "fe pública" no es más que una especificación adjetiva del sustantivo "fe" y, por tanto, tiene muy diversos sentidos que corresponden a los diferentes criterios en que puede entenderse la fe. Cicerón la definió "quia fiat quod dictum est appellata est fides". En el lenguaje del Antiguo Testamento y según la interpretación de Fray Luis de Granada al versículo 13, cap. II del Eclesiastés, la fe son "aquellos ojos que están en la cabeza del sabio", los cuales siguen y enderezan los pasos de la vida. El que tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una seguridad o plena confianza. Entre estas fórmulas, no carentes de matices diferenciales, hay una virtual sinonimia: "relación de verdad entre el hecho y el dicho" (F. Casado).

Pero la presunción legitimadora antes referida, de extraordinario valor en el campo procesal, no es suficiente para mediar en el tortuoso tráfico jurídico de los bienes. La fe pública supone la seguridad total dada a todo sujeto que adquiera el dominio o un derecho real de otro titular inscrito, de que ese "tradens" era dueño o titular del derecho referido en iguales términos que resulten del asiento correspondiente, produciéndose automáticamente una subsanación en los posibles defectos de titularidad. Pues, puede suceder, que el Registro recoja una inexactitud en la titularidad del "tradens" o ignore limitaciones a la propiedad del mismo.

Como bien señaló SANZ FERNÁNDEZ, el Registro sólo toma en consideración el acto o el contrato como la causa jurídica que dio vida al derecho real y que debe ser, lógicamente, el elemento inscribible, el objeto de la inscripción. Obvio es decir que, ese acto o contrato idóneo para ser inscrito, sólo deberá llamar a las puertas del Registro cuando sea válido, ya que de no ser así, de no serlo, no podrá jamás dar vida al derecho real. Por ello será el Registrador "el tamiz", la garantía, mediante su calificación, de que los títulos inscritos son perfectos y a la vez eficaces. Pero, en el supuesto caso de que no lo fueran, y a pesar de ello hubieran sido inscritos: el Registro se inhibe en la cuestión de su validez sin entrar en convalidaciones ni subsanaciones de nulidades. Porque al margen de lo dicho, y como más adelante señala el citado autor, en nada tiene que ver la cuestión de dominio y su encaje con el titular real y, en consecuencia, la preexistencia del derecho en el patrimonio del tradens enajenante. Así, cuando el titular inscrito es efectivamente dueño de esos bienes, porque el Registro y la realidad se hallan en completo acuerdo, los actos dispositivos que realice no encontrarán tropiezo alguno en la vida registral ni en la extrarregistral. Pero si esto no es así, o su derecho está sujeto a condiciones o límites dispositivos y éstas, para nada constan en el Registro y el "verus dominus" o el favorecido por aquellas condiciones no ha pedido la rectificación (o anulación) de la inscripción, si entonces aquel "titular irregular" realiza un acto dispositivo en favor de otra persona y este nuevo sujeto inscribe su derecho, se produce *ipso iure* una rectificación automática de la realidad jurídica en favor de la situación aparente que los asientos reflejan, siendo la adquisición de esta persona perfecta e inatacable. Así lo que era antes una simple titularidad más bien débil y sólo aparentemente fortalecida por una presunción "iuris tantum" se transforma en una titularidad real bajo los parámetros de una presunción "iuris et de iure" de una indiscutible fuerza (13). Por ello dijo Jerónimo GONZÁLEZ que en base al principio de la fe pública la Ley transforma la autenticidad de los

(13) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid, 1947, pág. 369.

asientos en una verdad casi incontrovertible cuando se trata de asegurar a los terceros que contratan confiados en sus declaraciones (14).

El preámbulo a la Ley de 1944 señalaba: "Objeto de particular estudio ha sido el principio de la fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles. Después de ponderar los inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter "iuris et de iure" a los que contratan a título oneroso, mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. Los adquirentes en virtud de la Ley, por una declaración jurídica o por causa de liberalidad, no deben ser amparados en más de los que sus propios títulos exigiere. Es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro, a que sufran quebranto económico aquellos otros que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transmitente.

La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario."

2. LA FE PÚBLICA EN SUS ASPECTOS POSITIVO Y NEGATIVO

Verdaderamente el llamado principio de la fe pública fue clave en nuestro sistema hipotecario a partir de 1861, aunque recibió diferentes pinceladas de matiz por la legislación anterior a 1944 y concretamente por la vigente del 46. Hasta la reforma de 1944 el criterio general adoptado fue de aceptación del principio en forma que los autores han llamado "negativa". Hoy, a partir de la Ley del 46, se tiende a visualizar la cuestión desde el punto de vista positivo. Aclaremos que para los hipotecaristas en su aspecto *positivo* significa que el contenido del registro se presume exacto sin duda alguna, y así, el llamado tercero que venga a adquirir fiado en los asientos del Registro se convertirá en titular del derecho inscrito en toda su extensión y contenido que reflejen los asientos y, como ya hemos dicho, aunque en la realidad el transferente no fuera propietario de los derechos que transmitía. Aspecto positivo de este principio que recoge el artículo 34

(14) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Madrid, 1948, pág. 384.

de la Ley. El ambiente propio de este principio es en el campo de los derechos reales y consecuentemente sirve, como hemos apuntado, para defender al tercero y garantizarle que el derecho existe y pertenece, según el Registro, a la persona que en él figura como titular y que su extensión será con la que figure inscrito. Así se concreta el criterio de que, en caso de discordancia de la realidad jurídica exterior y el Registro, se da valor absoluto al contenido de éste y en favor del tercero protegido.

En todo caso, y a pesar de la formulación del principio en una forma tan clara en este su aspecto positivo, lo evidente es que no entra en juego en diversos casos o supuestos que constituyen otras tantas excepciones al mismo. Así no entra en juego el principio de la fe pública cuando se está protegido por una anotación preventiva, salvo que ésta se haya obtenido como consecuencia de ser defectuoso el título presentado y que subsanado el defecto se convierta en inscripción definitiva. Igualmente y lógicamente quedan fuera del alcance de la fe pública las adquisiciones a título gratuito. El tercero debe haber adquirido su derecho en virtud de un negocio jurídico oneroso. No debe afirmarse de modo absoluto, según LACRUZ, que los adquirentes a título gratuito estén excluidos de la protección registral, sino que su protección no deriva de su propia inscripción, sino de la de su causante. "Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección que la que tuviese su causante o transferente" (34.3 LH), asimismo queda excluido todo lo relativo a la representación (15).

Tampoco alcanza la presunción de exactitud del Registro a las circunstancias de mero hecho consignadas en las inscripciones, es decir, todo lo relativo al elemento físico del derecho inscrito (existencia, extensión, linderos, etc.). Así la jurisprudencia se expresa en repetidas Sentencias. La de 6 de febrero de 1947 pudo decir que "la fe pública registral actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de la finca". Lo mismo expresa la Sentencia de 5 de diciembre de 1949. Según la Sentencia de 31 de mayo de 1955 el Registro no ampara los datos materiales, físicos o descriptivos de las fincas y sí solo el dominio que resulta de la inscripción del enajenante. Dice la Sentencia de 11 de febrero de 1956 que el principio de "fides publica" no comprende los datos físicos de los inmuebles. Para la Sentencia de 16 de noviembre de 1960, las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto o incompleto no producen inexactitud de éste en sentido técnico, por no alcanzarles la fe pública registral, que sólo se refiere a las indicaciones relativas a los derechos reales, a lo jurídico, pero no a las noticias que da el Registro sobre cabida, situación, construcción y natura-

(15) Vid. LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 163.

leza de la finca, datos puramente materiales, pues la fe pública podrá por una ficción hacer transmitir un derecho de un no titular del mismo y dar por existente lo que en realidad no existe, pero el legislador no puede por la sola fuerza de la ley crear de la nada un área de terreno, fingir un edificio donde sólo hay un solar, etc.

Expresa la Sentencia de 31 de octubre de 1961 que las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de un modo inexacto no puede hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción, ya que los datos físicos de la finca no se hallan amparados por la fe pública. Asimismo, la Sentencia de 20 de febrero de 1962 afirma que la doctrina científica, lo mismo que la jurisprudencia, reconocen unánimemente que, dada la forma como los límites de las fincas se llevan al Registro, la protección al adquirente de buena fe no puede ser absoluta e incondicionada y tal como los libros la refieren. La Resolución de 27 de junio de 1953 afirma que nuestra legislación hipotecaria, conforme en este particular con la germánica, no preceptúa que los asientos garanticen que el inmueble inscrito tenga la cabida que conste en las respectivas inscripciones y, por consiguiente, la protección del fundamental principio de publicidad no abarca tal extremo. Igual la Resolución de 8 de mayo de 1959 expresa que los datos físicos de la finca no se encuentran amparados por la fe pública.

ROCA SASTRE entiende que hasta aquí es donde la norma de que la fe pública registral no se extenderá a los datos registrales de mero hecho. Sin embargo, considera el autor que hay casos en que no es sencillo precisar cuándo se está ante una pura circunstancia de hecho o frente a un dato fáctico absorbido por la sustancia jurídica. Según Jerónimo GONZÁLEZ, citado por ROCA, a veces resulta difícil decidir si para una litis determinada los datos son jurídicos o de mero hecho. La agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., quedan al amparo del principio de publicidad en muchos casos como declaraciones trascendentales. Así la citada Sentencia de 20 de febrero de 1962 dice que, en materia de límites de las fincas, la protección registral opera cuando se trate de negocios de deslinde o de manifestaciones unilaterales hechas por el propietario que deba por ellas ser perjudicado (16).

No entra en juego tampoco el principio de la fe pública en el caso de doble inmatriculación de la finca, esto es, que una misma finca figure, en todo o en parte, inmatriculada dos o más veces en hojas distintas del Registro. Ni la presunción establecida en el artículo 38 de la LH alcanza a la capacidad del transferente, ni actúan los principios del sistema protegiendo a los derechos personales, aunque estos derechos pueden estar garantizados con eficacia real mediante la constitución de una hipoteca o

(16) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, 1968, pág. 620.

por una condición resolutoria. Por último, la fe pública tampoco revalida lógicamente los derechos de aquellos terceros que no realizan inscripción, como más adelante veremos.

En su aspecto o sentido *negativo* la fe pública equivale a la afirmación de que el contenido del Registro se presume íntegro, es decir: agota la realidad jurídica y, en su consecuencia, el titular inscrito puede rechazar cuantos derechos, títulos y acciones no figuren en los asientos, pues, como se verá, en lo que afecta al tercero protegido se presume que el Registro concuerda con la realidad jurídica exterior. Este aspecto del principio está recogido en el artículo 32 de la LH, al decir que "los títulos del dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero". Negativamente considerado el principio, priva de efectividad a cuantas pretensiones inscribibles carezcan de base hipotecaria o se apoyen en causas que no consten claramente en el Registro.

Ahora bien, en sentido negativo, también el principio de la fe pública mantiene excepciones. Así, por ejemplo, perjudican al titular inscrito las limitaciones legales del dominio y las servidumbres aparentes. E igualmente perjudican a terceros, aunque no consten en el Registro, la servidumbre de paso del artículo 564 del Código Civil y la obligación de respetar el año agrícola en favor del arrendatario a que alude el artículo 1.571 también de nuestro Código Civil. Por último, quedan afectados los titulares del derecho inscrito, aunque no consten en los libros de inscripciones, por todas aquellas limitaciones nacidas de lo que podríamos llamar "derecho social". Así, en lo agrario, resultará que el titular, según el Registro, de una finca rústica tendrá que soportar los arrendamientos, retractos arrendaticios y limitaciones impuestas por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (situaciones de concentración y cultivos mínimos) aún en vigor en buena parte. Asimismo, el tercero que inscriba una finca urbana, aunque no consten en el Registro, se verá limitado y tendrá que soportar los arrendamientos existentes, retractos, retornos y todas aquellas limitaciones derivadas de la ordenación urbana del suelo o de las ordenanzas dictadas por el municipio.

3. LA LEY HIPOTECARIA VIGENTE Y SUS APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

La Ley Hipotecaria del 44 y el texto refundido del 46 han realizado una seria labor de corrección y refundición de preceptos, más que de modificación sustancial de los mismos. Las modificaciones más importantes introducidas por la actual Ley sobre el régimen anterior han sido dos:

1.^a La adopción definitiva del aspecto positivo de la fe pública, y 2.^a La supresión de algunos artículos que antes recogían aplicaciones particulares del principio. Hoy, según opinión de SANZ FERNÁNDEZ, la fe pública se halla recogida en nuestra Ley en la siguiente forma: *Aspecto positivo*: exactitud del Registro que se recoge por la Ley en una doble forma: a) como adquisición por el tercero del derecho (regla general del 34); b) como subsistencia de los derechos inscritos en beneficio de terceros; c) como eficacia de las acciones rescisorias y resolutorias derivadas de causas que consten en el Registro. Y en el *aspecto negativo*: protección del tercero contra: a) acciones rescisorias o resolutorias; b) derechos mencionados (art. 29); c) nulidad formal de los asientos (art. 31); d) inexactitud del Registro (art. 40); e) errores del Registro (art. 220) (17).

La regulación legal del principio de fe pública registral en la LH vigente significa un notable avance de estructuración normativa respecto de la anterior, pues se ha mejorado la formulación del principio en el artículo 34 en cuanto ha incrustado en él un precepto básico. Precepto que operará en beneficio del tercero que, en su adquisición, concurren las circunstancias exigidas en el párrafo 1 del citado artículo 34. Dicho artículo es el que fija los requisitos que reunirá el tercero para gozar plenamente de la protección de la fe pública. Tales requisitos serán: Primero: haber adquirido de buena fe, entendiendo por tal al que inscribe convencido de que el contenido del Registro es exacto e íntegro y refleja sin error el derecho del adquirente. El concepto de buena fe, en sentido positivo, resulta del artículo 1.950 del Código Civil, que dice que "la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio". Y en sentido negativo, también resulta del artículo 433 del mismo cuerpo legal, que dice que: "se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que la invalide". Según DE LA RICA (18), al titular registral le basta haber creído honradamente, el negociar sobre inmuebles y derechos reales, que el Registro expresaba la verdad. Por el contrario, VALLET DE GOYTISOLO cree que se exige al tercero cierta obligación de diligencia para ser considerado como persona de buena fe, porque con arreglo al artículo 36 para probar la mala fe de un adquirente hay que demostrar que tuvo medios racionales o motivos suficientes para conocer la verdadera situación posesoria de hecho de la finca en caso de prescripción. Por mi parte, opino que la letra del artículo 36 responde a un supuesto excepcional y que la única diligencia que puede exigirse al tercero hipotecario es la referente a conocer

(17) Vid. SANZ FERNÁNDEZ. *Instituciones...*, cit., pág. 778.

(18) DE LA RICA Y ARENAL, R.: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, pág. 323.

el contenido del Registro y esto es bastante ya. En todo caso, los límites de esa buena fe serán: que ésta debe ser entendida en relación al título del que *transmite*, no del adquirente y, por consiguiente, sólo en relación al estado real contradictorio o modificativo de la inscripción vigente cuando el tercero adquiere. Además, la buena fe debe darse en el *adquirente*, siendo inoperante la que tenga o no tenga el "tradens". Y, por último, la buena fe ha de existir en el momento de la adquisición, sin que pierda este carácter porque posteriormente se descubra el vicio del transmitente.

El segundo requisito cualificado del artículo que nos ocupa será haber adquirido a *título oneroso*, requisito que se introdujo por primera vez en la reforma de 1877 (17 de julio), lo que implica necesariamente un contrato traslativo bilateral, en el que el adquirente tiene que haber entregado cosa, dinero, bienes o trabajo como compensación del derecho que se le transmite, quedando, por tanto, excluidos de la fides pública todos aquellos terceros que adquieren a título de herencia, legado, donación o cesión gratuita. Finalmente, será el tercer requisito el haber adquirido el derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo. No se encuentra en tal situación el que provoca una primera inscripción de inmatriculación, porque sabido es que la presunción "iuris et de iure", que consagra la LH, lo es sólo en consideración de que el adquirente lo sea fiado en lo que resulte de los libros del Registro, de donde se sigue que como la inscripción de inmatriculación no hace otra cosa que provocar la *apertura* de una hoja o folio, el que la obtiene, no ha adquirido fiado en lo que resulta del Registro, pues del Registro, hasta este momento, no hay nada del inmueble de que se trate y no hay en tal caso que mantener integridad alguna registral porque se carece de una inscripción anterior que deba ser protegida.

También señalar que, aunque el artículo 34 no lo diga, es evidente que los requisitos referidos deben darse conjuntamente, de modo que la falta de uno de ellos priva al tercero de su condición, perdiendo toda posible protección.

Cabe, por último, decir que cuando la protección de la fe pública registral en provecho o beneficio de este tercero adquirente, por reunir las condiciones de tercero hipotecario (a la que luego nos vamos a referir) creemos, con la generalidad de los hipotecaristas, que todo adquirente posterior puede aprovecharse de aquella actuación, salvo en casos excepcionales de readquisición, que no vamos a tratar. Expresa J. GONZÁLEZ, citado por ROCA, que la fe pública se halla orientada en el sentido de favorecer al adquirente, jamás para perjudicarlo. Si yo compro una finca gravada con un crédito hipotecario que en realidad es nulo, mas no se halla cancelado en el Registro, el acreedor de este crédito no podrá invocar el artículo 34 para reputar viva la carga, cuya inscripción estaba y sigue sin

embargo vigente. Nuestro protegido adquirente puede invocar el contenido de una inscripción, siempre que le sea más favorable que la verdadera situación jurídica o esta situación cuando le sea más favorable que la inscrita. Nuestro autor nos da este ejemplo: en el Registro aparece una primera hipoteca cancelada, aunque en la realidad se halla vigente y, una segunda hipoteca como vigente, aunque en la realidad se encuentre ya extinguido el crédito. Sucede que si yo inscribo una tercera puedo verdaderamente apoyarme en el contenido de la cancelación relativa a la primera para ser preferido a su titular y puedo igualmente invocar la realidad extrahipotecaria para colocarme en el lugar de la segunda. Por tanto, a diferencia del principio de legitimación, que funciona lo mismo en lo favorable que en lo perjudicial respecto del titular registral, la fe pública del Registro únicamente funciona para beneficiarle, para protegerle, manteniendo su adquisición en los términos que resultan del Registro. La fe pública hace que el tercero pueda eludir las consecuencias perjudiciales de la inexactitud del contenido del Registro, pero sin impedir que el mismo haga prevalecer la realidad jurídica (19).

4. EL LLAMADO TERCERO HIPOTECARIO, VALORACIONES DOCTRINALES

Señala DIEZ-PICAZO, con frase gráfica, que, en puro Derecho civil, tercero es el que no es segundo ni primero. Puesto que toda relación o negocio jurídico supone la existencia de dos partes; tercero es el que resulta extraño a tal relación, a tal negocio. Y añade "sin embargo, ha de tratarse de persona que entre en colisión o en conflicto con el negocio, con la situación negocial o con los derechos derivados de ella, porque a su vez deriva derechos contra una de las partes o los ostenta o los ejerce" (20).

Por otro lado, Francisco HERNÁNDEZ GIL se expresa sin ningún tipo de duda que la figura del tercero se ha presentado en nuestra doctrina como uno de los conceptos más imprecisos y vagos. Aún hoy, dice, no hay acuerdo en si es un concepto inútil o, en cambio, conveniente (21). DUALDE, por el contrario, afirma que el término técnico de tercero no puede desterrarse y su utilidad no puede negarse, sin que sepamos a punto fijo en qué consiste. "El tercero es el quicio o, si se quiere, el eje en torno al cual se mueve todo el régimen hipotecario". Y añade: "el derecho se desenvuelve entre sujetos que toman formas abstractas, y tan absurdo

(19) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, ob. cit., pág. 636.

(20) DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1986, pág. 376.

(21) HERNÁNDEZ GIL: *Introducción al Derecho hipotecario*, Madrid, 1970, pág. 178.

como sería pretender suprimir los nombres de vendedor y comprador, arrendador y arrendatario, es pensar en la supresión o desvalorización del concepto del tercero" (22). SANZ FERNÁNDEZ, en opinión diametralmente opuesta, considera que la noción de tercero es, en Derecho hipotecario, innecesaria y perturbadora, de tal manera que si en nuestra Ley se suprimiera totalmente esta palabra las cosas quedarían exactamente igual, sin modificación alguna del sistema (23). Lo cierto es que, como curiosamente dijo el citado DUALDE: "Todo el mundo manejaba la idea de tercero y sin necesidad de definir su concepto; con el tiempo se fue viendo que acontecía como a San Agustín con el concepto del tiempo: 'Si no me lo preguntan, sé claramente que es; si me lo preguntan, descubro que lo ignoro'" (24).

Pues bien, en cualquier caso, estamos por afirmar que el tercero es el "leit motiv" de una gran parte de los estudios hipotecarios, pues se trata de un "algo" excepcional y privilegiado y, en consecuencia, digno de la mayor atención, pues, como es obvio, para su provecho se llegarán a "torcer" las normas del Derecho civil común. La Ley de 1861, llamada "Ley de terceros", dio una definición en el artículo 27 diciendo que "para los efectos de esta ley se considera como tercero, aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito". Esta definición suscitó críticas y comentarios y en cierto modo confusión, pues en otros artículos se utilizaba la expresión tercero para referirse a personas cuya posición jurídica era muy distinta a la contemplada en el referido artículo 27. Así, la reforma 44-46 suprimió la definición, pero sigue utilizando el término tercero con significados distintos. En la exposición de motivos, ya el legislador trató de aclarar su criterio ante el problema. Así estableció la distinción entre el "poenitus extraneus", que es el extraño al acto o contrato y, el adquirente o causahabiente, lógicamente por vía onerosa, de un titular registral. Sólo este último tiene la consideración de tercero. Es, pues, tercero a los efectos del 34 el adquirente amparado por la fe pública registral.

5. CLASES DE TERCERO. TERCERO Y PARTE

ROCA SASTRE, partiendo del concepto en Derecho civil respecto del tercero distingue el tercero simple, que es el ajeno o extraño al contrato (*poenitus extraneus*) y, el tercer adquirente, que es el que ha entrado en relación jurídica con alguna de las partes de un contrato y respecto de lo

(22) DUALDE: "Todavía sobre el concepto de tercero", *RDP*, 1947, pág. 341.

(23) SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, ob. cit., pág. 243.

(24) DUALDE, ob. cit., pág. 342.

que es objeto del mismo, ya sea en virtud de un nuevo negocio jurídico, ya por derivación de la Ley. El Derecho hipotecario no altera el concepto, se limita a regular la posición jurídica del tercero desde el punto de vista registral, pero siempre a base de reputar como tal al extraño al negocio en cuestión. Así, cuando se habla de tercero en Derecho hipotecario se alude al tercer adquirente frente a una situación inscrita. Por tanto, tercero hipotecario es el adquirente considerado fuera de su condición de parte frente a un determinado contenido registral.

Ahora bien: creo oportuno que antes de tratar y situar al tercero protegido por la Ley Hipotecaria convendrá, aunque sea someramente, concretar quién es tercero en el Derecho civil general. Sirva de ejemplo lo que dice al respecto CASTRO F.: "Aunque la LH se haya denominado 'ley de terceros', ello no quiere decir que ella haya elaborado el concepto técnico de tercero, como no ha construido el concepto de nulidad, ni de rescisión, ni los demás conceptos que han de ser influidos por la misma en sus aplicaciones y a base de la fecundidad de los principios informadores de dicha Ley. En el Derecho inmobiliario, y señaladamente en la actuación de su importante dispositivo de la fe pública registral, juegan o se emplean conceptos que el Derecho civil proporciona, tales como los de bienes inmuebles, dominio, derechos reales, actos, contratos, negocios jurídicos, testamentos, herencias, legados, resoluciones judiciales o administrativas, acciones o posibilidades de nulidad, anulación, resolución, rescisión, revocación y otros muchos más; pero todos estos conceptos los recibe o encuentra ya elaborados por el Derecho civil general, de suerte que el Derecho inmobiliario registral no hace más que someterlos, bajo su propio punto de vista, a las normas específicas del sistema" (25).

En principio, el concepto de tercero se determina en Derecho civil por oposición al concepto de parte (*vid.* art. 1.257.1: "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos"). Si entendemos por parte a todo aquel que queda vinculado mediante la prestación de su consentimiento a un acto o contrato. Entonces son terceros, siguiendo a LACRUZ, "aquellos que no son parte: que no se vinculan en el contrato ni tampoco es asimismo parte en el contrato, quien, sin haber concurrido a él ha heredado a quien lo celebró y, al aceptar la herencia, ha sucedido tanto en los derechos como en las obligaciones de su causante". Cita el ilustre Profesor una Sentencia de 15 de noviembre de 1982 que dice: "Parte, en el sentido contractual del término, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta un contrato y, por exclusión, todos aquellos en quienes no concurra esa condición o la de ser heredero de algunos de los sujetos del contrato, tienen con relación al mismo la consideración de

(25) CASTRO, Felicísimo: *Manual de Derecho hipotecario*, pág. 205.

terceros". Y añade LACRUZ: "También suelen citarse entre otros, para mostrar la diferencia entre tercero y parte, los artículos 1.218, 1.219, 1.225, 1.227 y 1.230. Distinguen tales preceptos entre: los que han suscrito como otorgantes el documento (y sus causahabientes) por un lado, y los terceros, por otro; aquéllos son parte y vienen vinculados por sus declaraciones; los terceros no han asumido ningún compromiso y el documento les afecta sólo, en su caso, como un hecho ajeno. El llamado tercero hipotecario, concluye, es algo más, mucho más que un tercero civil pero es también y ante todo un tercero civil" (26).

Para VILLARES PICO es tercero hipotecario sencillamente el tercero civil que haya inscrito su derecho. Por el solo hecho de la inscripción, cumplidos los requisitos de la Ley Hipotecaria, el tercero civil toma la categoría de tercero hipotecario. Con gran precisión, GONZÁLEZ PALOMINO señala: "Nadie es tercero hipotecario. No se 'es' tercero, se 'está' tercero. Tercero hipotecario es el titular inscrito, en su posición defensiva, protegida. Se trata de una calidad accidental o 'modo de estar', no de una calidad intrínseca o 'modo de ser'".

SANZ FERNÁNDEZ opina, creo con gran acierto, que lo que caracteriza al tercero no es su concepto, sino su "situación". De aquí, añade, que no sea posible formular una definición especial del mismo, como lo demuestra la circunstancia de que las intentadas por los autores, o mezclan en el concepto los requisitos de protección del tercero o adolecen de la más absoluta vaguedad. Y esta imposibilidad deriva de la inexistencia de un concepto especial del tercero en Derecho hipotecario. Entiende nuestro autor que el tercero puede estar en alguna de estas *dos situaciones siguientes*: 1.^a) terceros en general ajenos a la relación jurídica y no afectados por ella ni directa ni indirectamente. Estos terceros son los "poenitus extraneus" a que se refiere el preámbulo de la Ley del 44. Para ellos sólo existe, respecto de la relación jurídica, un deber pasivo de abstención o respeto. Cuando esta relación jurídica es de carácter real, estos terceros forman el llamado sujeto pasivo indeterminado del derecho real; 2.^a) terceros que por estar en relación con la cosa misma a que se refiere aquel acto o contrato o relación jurídica real pueden ser afectados por ésta. Así, el tercero que interesa a los efectos hipotecarios es el que, lógicamente, no siendo parte en un acto o contrato constitutivo de un derecho real ha adquirido con posterioridad alguno de estos derechos sobre la misma finca. La exposición de motivos lo precisa igualmente calificando a este tercero de tercer adquirente, lo cual acerca totalmente el concepto al Derecho civil. La idea del adquirente de un derecho real que es tercero

(26) LACRUZ-SANCHO: *Elementos. Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 179.

frente a un acto o contrato anterior aparece recogida por el Código Civil en varios artículos, especialmente en el 650 y 1.295 (27).

Pero cabe formularnos, a la definitiva, la siguiente pregunta: ¿Existe un único supuesto de tercero protegido? Hemos visto cómo ROCA SASTRE se refiere al tercero hipotecario como una "pieza" única. Así, este autor considera que sólo entra en juego una sola categoría de tercero en protección. Pero esta respetable posición, y que en cierta medida comparto, no es la que podríamos considerar mayoritaria entre los hipotecaristas que tienden a contemplar dos supuestos distintos de protección: el previsto en el artículo 32 LH (606 CC) y el previsto en el artículo 34 de la LH. Veamos otra vez la letra del 32: "Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros". Y el artículo 34.1: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro".

A la vista de la letra y contenido del primero de los artículos citados, el 32 LH, podremos preguntarnos si estamos ante un supuesto distinto de protección. Como digo, ciertos autores (AMORÓS, LA RICA, NÚÑEZ LAGOS, ...) lo creen afirmativamente, puesto que el tercero resulta entonces protegido, aunque no se den todos los requisitos que se exige en el artículo 34 LH. Bastará que un título de dominio u otro derecho real no haya sido inscrito o anotado en el Registro para que tal título sea *inoponible* frente a aquellos terceros que inscriben; es el caso del supuesto del 1.473 del CC de doble venta. El tercero está protegido, aunque no adquiera su derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, es decir, aunque la inscripción del tercero sea la *primera inscripción* de la finca, o bien aquella inscripción que, roto el tracto, reanuda éste que se interrumpió. Es a partir de aquí cuando un sector doctrinal discute los requisitos que debe reunir el tercero para ser protegido por el artículo 32 LH frente al título no inscrito. Particularmente se cuestiona si está protegido aunque el tercero no sea de buena fe, tal es la opinión de NÚÑEZ LAGOS, y si también está protegido el adquirente de un derecho a título gratuito, criterio con cierto apoyo jurisprudencial con base en la Sentencia de 8 de mayo de 1982.

(27) SANZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 421.

6. LA OPINIÓN DE PEÑA SOBRE EL TERCERO PROTEGIDO

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, frente a la opinión que hoy podemos considerar dominante, opina que, cuando en la LH actual se habla de tercero protegido (no perjudicarán a terceros...), frente a derechos reales no inscritos, se está refiriendo a un mismo concepto de tercero: el tercero protegido con arreglo al artículo 34 LH. Y estas son las razones que aporta el autor citado:

1.^a) "Para conocer los requisitos que ha de reunir el tercero para conseguir la protección del Registro ha de estarse a la LH no sólo por ser Ley ulterior, sino porque así la preceptúa el propio CC. El artículo 606 del CC (que recoge la doctrina del art. 32 LH) ha de conjugarse con el artículo 608 CC, según el cual, para determinar los *efectos* de la inscripción o anotación, se estará a lo dispuesto en la LH. El artículo 1.473 del CC (y también el 1.526), que hace aplicación de la doctrina del artículo 606 del CC ha de conjugarse con el artículo 608 y con el 1.537; según este último *todo lo dispuesto* "se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la LH" (28).

2.^a) Según la exposición de motivos de la Ley de Reforma del 44, "las dudas que... con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de 'tercero' han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo

(28) J. M. GARCÍA GARCÍA discrepa de esta argumentación que da PEÑA. Dice textualmente: "En primer lugar, es un argumento 'reversible'. El artículo 606 no recoge la doctrina del artículo 32, sino la doctrina del antiguo artículo 23 LH de 1861 y es el nuevo artículo 32 de la Ley de 1946 el que recoge la doctrina del artículo 606 del 'X'. El artículo 608 del CC ha de conjugarse en primer lugar con el artículo 606, que es un precepto específico dentro del propio Código, por lo que si quiere significar algo ha de separarse de la remisión genérica del artículo 606. Pero, además, entendemos que el apoyo exclusivo en el artículo 606 tampoco resuelve nada, pues no remite a la LH. Y en la LH está tanto el artículo 34 como el artículo 32, que son los preceptos que se pretenden interpretar. Por eso, la remisión del artículo 606, tan importante en otros aspectos, no resuelve esta cuestión. En cambio, la existencia autónoma del artículo 606, con contenido específico, significa una posición 'dualista' del CC. En cuanto al artículo 1.473 CC, que también cita PEÑA, lo consideramos muy claramente ajeno al artículo 34 y a la fe pública registral, entre otras cosas, porque cuando se promulgó el Código no existía la fe pública registral en el sentido que dio la Ley de 1944-46. Lo que revela el artículo 1.473-2, según hemos visto, es el carácter configurador o cuasi constitutivo de la inscripción, pues es determinante de la 'adquisición' del que inscribe frente al que no inscribe ('pertenece' dice el precepto) aludiendo además a la inscripción como requisito único sin referirse a los demás requisitos del artículo 34. En cuanto al artículo 1.537 es un precepto importante pero, aparte de remitirse a lo dispuesto en la LH, con lo que nos lleva nuevamente a los artículos 32 y 34 frente a frente y no a uno solo de ellos, hay que tener en cuenta que ese 'todo lo dispuesto' (a que se refiere el 1.537) es, 'todo lo dispuesto en el título de compraventa', pero no el artículo 606, que conserva su propia autonomía respecto a cualquier interpretación de la LH." (*Derecho inmobiliario registral hipotecario*, 1.1, Madrid, 1988, pág. 602).

34". En esta reforma de 1944 se suprimió la norma que hoy reproduce el artículo 32 (29) (antiguo 23). La resurrección de la norma en el texto publicado por el Gobierno no puede significar, dadas las limitadas atribuciones concedidas al Gobierno por la Ley de 1944 (disp. adic. 2.^a), tan fundamentales modificaciones sustantivas como pretende la doctrina mencionada. Habiendo dejado de estar vigente, su "reaparición" sólo debe entenderse como una aclaración de la doctrina del artículo 34 LH (juega este artículo no sólo cuando el derecho del otorgante es anulable o resoluble, sino también cuando ya no es dueño o no es ya dueño pleno) (30).

3.^a) El artículo 32 LH (o el 606 CC) no puede ser interpretado aisladamente, sino en conjunción con el sistema. Una interpretación aislada daría como resultado que lo que está prescribiendo el artículo 32 LH es la necesidad de inscripción o anotación para que los títulos puedan perjudicar a tercero, sea adquirente o acreedor y haya o no inscrito). La inscripción a anotación tendría así un cierto carácter constitutivo de la eficacia real. Pero la misma doctrina que se critica exige, para la protección del tercero, requisitos que el artículo 32 LH no contiene: que el tercero sea adquirente de derechos reales y que inscriba su derecho. Pues bien, también resultan exigidos por el sistema los demás requisitos previstos por el artículo 34 LH (31): a) *Necesidad de que el adquirente lo sea de buena fe y a*

(29) Dice LACRUZ, al respecto: "La Comisión redactora (Ley del 44) llena de entusiasmo 'germánico' prescindió de cualquier alusión a la virtualidad del simple hecho de 'refugiarse' el segundo comprador en el Registro, inscribiendo primero, e inspiró la nueva normativa en la única idea de la protección a la apariencia libraria: a quien (se supone) confía en las manifestaciones en orden a la titularidad del bien que adquiere" (*Elementos de Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pág. 168).

(30) J. M. GARCÍA GARCÍA opina textualmente: "Peña parte en segundo lugar de que la Ley de Reforma de 1944 derogó el antiguo artículo 23 LH. Frente a esto hay que decir que la Ley de Reforma del 44 no tuvo como finalidad modificar el CC que recoge ese artículo 23, en el 606. Precisamente por eso, el texto articulado de 1946, basado en la necesidad de armonización de los textos vigentes que exigió la Ley de 1944, salva de la nada, o sea, no lo deroga, sino que lo acepta, al artículo 32, porque estaba vigente a través del artículo 606 del CC, que es un precepto básico y de contenido autónomo en el CC, pues no se remite a la LH. Por tanto, el artículo 32 no es ninguna aclaración del supuesto del artículo 34 de la LH, sino el mantenimiento de la vigencia del artículo 606 del CC y la corroboración de esa vigencia que la LH de 1944 no pretendió derogar (*ob. cit.*, pág. 603).

(31) J. M. GARCÍA GARCÍA vuelve aquí a opinar "a la contra", señalando que: "También aquí nosotros nos situamos en distinta posición que Peña, pues entendemos que precisamente a través de una interpretación sistemática se advierte que el supuesto del artículo 32 no necesita de los requisitos del artículo 34. Ante todo, está la interpretación sistemática en relación con el CC, y concretamente con el artículo 606, que no exige los requisitos del actual artículo 34, porque en la época del Código tampoco se exigían ni existían. Además, está el artículo 1.473 del CC, que sólo exige la inscripción. Pero tan importante como ésta, es la interpretación sistemática del artículo 32 en relación con el artículo 225 y con el 313 de la LH, de lo que se desprende que aquí no estamos ante el supuesto del artículo 34.

título oneroso. Varios de los autores que sostienen la autonomía del concepto de tercero del artículo 32 LH, entienden, sin embargo, que, para que el tercero sea protegido, incluso por el artículo 32, debe ser adquirente de buena fe y a título oneroso. Esta solución coordina con los principios de nuestro sistema, en cuanto a la buena fe, artículo 7 del CC. La exigencia de que el tercero sea adquirente a título oneroso es también lógica; pues no parece justo proteger, en caso de doble enajenación, al adquirente "segundo" y donatario frente al que es primero y comprador (el art. 1.473 del CC sólo prevé el supuesto de doble enajenación a título oneroso); y b) *La necesidad de que el adquirente lo sea de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*. Esta es la cuestión fundamental y se pregunta el autor ¿realmente supone nuestra LH que pueda ser protegido el tercero sin haber adquirido de titular registral? La LH de 1861 no crea un sistema de protección de terceros ajenos al mecanismo del sistema. Sobre la base optimista de que toda la propiedad llegará pronto a estar inmatriculada, la Ley idea la protección del tercero que adquiere "de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo". Así aparece con claridad en el artículo 69 LH vigente, cuyos términos persisten desde la LH de 1861. El primer adquirente (por ejemplo, primer adquirente comprador en el supuesto del art. 1.473 CC) si no es posible la inscripción por defecto subsanable, pudo pedir la anotación preventiva durante los sesenta días que dura el asiento de presentación. Si no la hace, es hipotéticamente posible que un segundo adquirente (comprador) inscriba su adquisición (proveniente de quien ya no es dueño, pues había vendido al primer adquirente). Pues bien, del artículo 69 LH resulta con toda claridad que no basta una inscripción de inmatriculación para resultar protegido frente al primer comprador (y ya dueño). Para estar protegido es necesario, conforme al artículo 69 LH, que el tercero "haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona *que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo*". La idea de que el tercero ha de haber adquirido a su vez de titular registral está también presente en el artículo 40 *in fine* (32).

En cuanto a que de aceptarse la tesis dualista, la inscripción tendría cierto carácter constitutivo de la "eficacia real", no es sino la conclusión lógica de la teoría que trato de mantener, es decir, la de la inscripción constitutiva respecto a terceros o conformadora de la eficacia real, por lo que aquí estamos ante un resultado aceptado y no ante un argumento que haya de rebatir.

En cuanto a la alusión a que el requisito de la "inscripción", tampoco la exige el artículo 32, entendemos que se deduce no del artículo 34, sino aparte de los preceptos concordantes (art. 1.473-2 CC, por ejemplo), de la naturaleza de la LH como referida a la propiedad inscrita. La LH no se puede referir, por definición a un tercero que no inscribe, sino al que inscribe, pues sólo con la inscripción entra en el ámbito de la LH (*ob. cit.*, pág. 604).

(32) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, págs. 597-598.

7. EL CRITERIO DE LACRUZ

He creído oportuno reproducir la opinión al respecto de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que viene a ocupar un lógico espacio crítico al problema de las diferencias entre el artículo 32 y 34 de la LH, señalando en notas consecutivas los juicios que sobre los criterios que aporta PEÑA, tiene GARCÍA GARCÍA que incorpora en su importante obra de *Derecho inmobiliario registral*!, citada en notas. LACRUZ en orden al problema, señala el mismo que ha variado su criterio de una edición a otra de su *Derecho inmobiliario registral*. Primero, considera que fue un acierto del legislador del 46 reponer el polémico artículo 32. Dice: "El régimen exclusivo de la 'fe pública registrar es una dieta hartos severa en los ordenamientos donde los cambios reales acaecen al margen del Registro y únicamente puede jugar sin fallo en los de inscripción constitutiva. El sistema latino de protección sigue siendo necesario en España como contrapeso a la posibilidad de transferencias extrarregistrales" (33).

Opina el desaparecido profesor que los argumentos de PEÑA le hacen dudar de la solución favorable a la autonomía del artículo 32, que reconoce, defendió en anteriores ediciones. Sin embargo, tampoco le parecen concluyentes y añade "aun siendo cierto que los redactores de la primitiva LH, como los del proyecto del CC de 1851 pensaban en un Registro que recogiera rápidamente el grueso de las fincas del país, por lo cual fueron poco previsores en cuanto a procedimientos de inmatriculación; sin embargo, ello no implica forzosamente que la previa inscripción fuera condicionante de la protección del Registro; no la exige el actual artículo 32, que aparece con mucha anterioridad al 34 y forma un sistema coherente con el resto de la Ley, ni tampoco en su momento el 1.473 del CC. La mayor dificultad que se opone a la autonomía del 32 es, sin duda, su derogación por la Ley de 1944 con reposición ulterior por el DL de 1946. Tal reposición, opina LACRUZ, podría entenderse de dudosa legalidad a la vista de la disposición adicional segunda de la Ley de Reforma, que no autorizaba a revitalizar preceptos derogados; pero se puede justificar por dos vías. La primera, la del artículo 606 CC, que no fue afectado por la Ley del 44 y reproduce el artículo 32: el poder ejecutivo, entonces no hizo sino armonizar ambos textos legales, el CC y la LH, tomando del uno un precepto vigente para hacerlo figurar en la otra con la vigencia que ya tenía. Y la segunda, a través de las máximas de jurisprudencia del Tribunal supremo que los redactores podían incorporar a la Ley.

Señala, por último, LACRUZ que el artículo 69 LH que igualmente en anteriores ediciones de su libro lo consideraba un importante argumento

(33) LACRUZ-SANCHO: *Elementos. Derecho inmobiliario registral*, cit., pág. 175.

contrario a la autonomía del 32, opina ahora que se "refiere a un supuesto harto concreto que no podía servir para desvirtuar con seguridad una afirmación basada en los principios generales y la estructura básica de la Ley". Reconoce, finalmente, que "la jurisprudencia más antigua no parecía favorable a la interpretación del artículo 32 que aquí mantenemos, si bien todo cuanto se puede obtener de ella son afirmaciones circunstanciales y *obiter dicta*. Pero la más moderna, la Sentencia de 8 de mayo de 1982, sí acepta la autonomía del citado precepto, incluso en mayor medida que en esta obra" (34).

En conclusión, pese a la censura de los autores de la Ley del 44 y pese a su intento de reducir el concepto de tercero hipotecario al del artículo 32 de dicha Ley y en cierta manera de la vigente, la doctrina hipotecarista permanece dividida en dos sectores muy definidos. Aquellos que defienden que en nuestro sistema hipotecario no hay más tercero que el destinatario de la "fides" pública, el llamado "tercero germánico" definido y normatizado bajo los parámetros del artículo 34 de la Ley. Y aquellos otros que creen firmemente que, además de este tercero, hay y está el destinatario de los preceptos inspirados en el principio de inoponibilidad, que ha sido llamado "tercero latino". Así han surgido las tesis nominalista y dualista del concepto de tercero hipotecario.

8. PARTICULAR JUICIO CRÍTICO

Particularmente yo me inclino a señalar que nuestro sistema hipotecario responde más bien al criterio dualista o mixto, porque, por una parte, el dominio y otros varios derechos reales se pueden transmitir fuera del Registro sin duda, y se les aplica, en consecuencia, el Código Civil. Por esto mismo existe la posibilidad de que sobre una misma finca existan derechos incompatibles, y para dividir la colisión se establezca un sistema que dé preferencia al titular que al Registro se acoja antes que ningún otro; y este sistema sería aquel que mejor se adapte a la realidad, y es el sistema de transcripción o de prioridad. Pero, por otra parte, está muy claro que en nuestro régimen hipotecario también existe el principio de exactitud registral, la legitimación registral, hoy establecida en el artículo 38 de la Ley (35), la fe pública registral en su aspecto positivo que al servir

(34) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 176.

(35) Opina VILLARES PICO que "la legitimación registral está admitida expresamente en la Ley 44-46, en su artículo 38, que dice así: 'A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo...'. Implícitamente este principio de exactitud ya actuaba, por lo menos en parte, en nuestro sistema ya antes de la Ley

de base al adquirente a título oneroso para decidirse a adquirir la LH le mantiene en su adquisición.

Entiendo que, sin restar importancia al 34, hay que centrarlo en su ámbito propio sin que se trasvase su aplicación al principio de inscripción, en el que, opino, opera únicamente el tercero del artículo 32. El artículo 32 actúa en lo que podíamos llamar "la vida normal del derecho real" y la inscripción representa una característica o elemento más del derecho real en su eficacia *erga omnes*. En cambio, el tercero del artículo 34, con sus cuatro requisitos, opera en los casos de nulidad o resolución y concretamente en el ámbito de las adquisiciones "a non domino" y en el de la inexactitud en sentido estricto (36).

Hoy nuestro régimen se basa en la fe pública registral, que se funda en la integridad y en la exactitud registrales. La integridad es la fe pública registral en su aspecto negativo: lo que no está en el Registro no perjudica a tercero y este aspecto negativo, como ya hemos dicho, encaja perfectamente en el artículo 32 e igualmente en el 37 de la LH. Y así, la fe pública en sentido negativo determina que el dominio, los demás derechos reales y las causas de nulidad o de rescisión si no constan en los asientos del Registro no perjudican al tercero que se acoge a la protección registral. Esta prioridad, unida al principio de exactitud que servirá fundamentalmente para que todo adquirente esté seguro y confiado en los asientos del Registro, imprime a nuestro sistema el carácter de mixto, resultando en cualquier caso, creo, más perfecto que los otros sistemas latinos. En definitiva, la LH previene en varios artículos la seguridad del tercero, pues dicha seguridad no ha estado ni está defendida totalmente en uno solo. Creo que, en verdad, la LH no pudo concentrar en uno o dos artículos solamente *todos los efectos positivos o negativos del contenido del Registro y determinó en varios artículos dichos efectos, expresando cuando éstos favorecen o perjudican a ese titular de la relación inscrita*.

44-46: Además de la exactitud que se presuponía en el artículo 34, en el 31, en el 69, en el 264 (hoy 220), en el tracto sucesivo juega la legitimación dispositiva y lo mismo en la prioridad del artículo 17 en el cual una vez que inscriba o anote el comprador ya el vendedor carece de legitimación dispositiva y se rechaza cualquier otro título que se oponga al que primero se haya presentado" ("La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción", *RCDI*, núm. 453, 1966, pág. 366).

(36) En contra de la opinión de ROCA SASTRE "la inexactitud registral no es un concepto apropiado para el artículo 32 según sus antecedentes y su propio contenido, ya que en el artículo 32 no hay inexactitud, sino que se trata de determinar por medio de la inscripción cuál es el dueño que prevalece, es decir, cuál es el título exacto (*vid.*, al respecto, GARCÍA GARCÍA, J. M.: *El tópico de la inexactitud registral en el principio de la fe pública*, comunicación al V Congreso Internacional de Derecho Registral, Roma, 1982).

9. ARTÍCULOS DE LA LEY HIPOTECARIA QUE HACEN REFERENCIA
AL TERCERO

Así, siguiendo a VILLARES PICO, y una vez salvada la contienda dialéctica antes expresada, citaremos para finalizar, y en resumen, los artículos siguientes que hacen referencia al tercero.

El artículo 11 dice: "La expresión del aplazamiento de pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita...". En consecuencia, el artículo señala cuándo no perjudica a tercero y cuándo sí lo hace.

El artículo 13 establece cuándo los derechos reales limitativos y otras cargas perjudican a tercero y cuándo no. Es decir que cuando no constan en la hoja registral del predio sirviente no perjudican a tercero.

El artículo 15 señala que las menciones a que hace referencia sólo perjudican al tercero hipotecario cuando consten en la inscripción de las respectivas fincas.

El artículo 28 preceptúa que las inscripciones de títulos de herencia o legado que no se practiquen a nombre de herederos forzosos no servirán de base para que los terceros tengan protección registral hasta que hayan transcurrido dos años desde la muerte del causante.

El artículo 31 (cuyo contenido está comprendido en el art. 40) previene que la nulidad de las inscripciones por falta de forma no perjudicarán al tercero protegido por el artículo 34.

El artículo 32 viene a señalar que los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados no perjudicarán a tercero, al tercero hipotecario.

El artículo 34 viene a decir que el tercero confiado en el Registro no será perjudicado por las causas que no consten en el mismo.

El artículo 36 viene a decir que el tercero confiado, según el artículo 34, no será perjudicado por la prescripción si adquirió con diligente buena fe, y será, por el contrario, perjudicado si adquirió con falta de buena fe.

El artículo 37 establece que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito su título, contra tercero simplemente activo o confiado. Expresa varias excepciones.

El artículo 40, en su último párrafo, dice que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero hipotecario durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

El artículo 69 establece que aquel que pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto no podrá después inscribirlo o anotarlo a su nombre en perjuicio de

tercero que haya inscrito el mismo derecho adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo.

El artículo 76 señala que las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona.

El artículo 97 previene que, cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere. Se presume extinguido en cuanto a tercero.

El artículo 114 indica que, salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

El artículo 115 dice que la ampliación de la hipoteca no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

El artículo 116 viene a decir que en cuanto a las pensiones atrasadas de censos se estará a lo establecido en los artículos 114 y 115.

El artículo 120 dice que, fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que, respectivamente, estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, según los artículos anteriores.

El artículo 142 dice que la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surte efecto contra tercero desde su inscripción si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. Si se tratase de condiciones resolutorias producen efecto contra tercero hasta que conste en el Registro el cumplimiento de la condición.

El artículo 144 establece que toda modificación de una obligación hipotecaria no perjudica a tercero mientras no se haga constar en el Registro.

El artículo 157 hace constar que la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas perjudicarán al tercero teniendo en cuenta los artículos 114 y 115.

El artículo 207 señala que las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a los artículos 205 y 206 no surtirán efecto respecto de terceros hasta que transcurran dos años desde su fecha. Quiere decir este artículo que durante los dos años no perjudican al tercero civil de mejor derecho ni surtirán efecto para que en ellas se base el tercero hipotecario, ni que las mismas inscripciones de inmatriculación producirán efectos de prioridad.

El artículo 220 está comprendido en el artículo 40, o sea, que no

perjudica a tercero que adquiriera basándose en el asiento que luego ha sido rectificado.

Este elenco de artículos de la LH que de alguna manera aluden al tercero, unos hacen referencia a supuestos de títulos o causas que no han tenido acceso al Registro y, en consecuencia, actúa la presunción de integridad que sirve de base al principio de prioridad; son los artículos 11, 13, 15, 32, 37, 69, 97, 115 y 144. Los otros hacen alusión a constancia determinada en el Registro y a la que se sujeta el adquirente, o sea, la presunción de exactitud en la que confía el tercero y que responde al aspecto positivo del contenido del Registro. Son los artículos 31, 34, 36, 40, 76, 114, 116, 120, 142, 207 y 220.

Creo verdaderamente, con VILLARES PICO, que todos estos citados artículos aclaran y apoyan la tesis de que nuestro sistema hipotecario adopta criterios eclécticos, es decir, mixtos, adoptando lo que se cree mejor y más conveniente del sistema alemán y del sistema francés, cuya resultante supone un régimen más perfecto, en nuestra opinión, para el ordenamiento inmobiliario español.

Infine, he procurado en escasas páginas hacer comprender el concepto de tercero cuando lo contemplamos en acción y ante la puesta en juego de dos relaciones jurídicas enfrentadas sobre un mismo inmueble y en el resultado de que el titular de una de ellas será tercero respecto del titular de la otra y en la colisión uno de los titulares se situará en condición preferente si se cobijó en el Registro, de lo que resultará el otro titular perjudicado. Este juego de terceros, uno hipotecario y el otro civil, se nos presenta en la Sentencia de 25 de mayo de 1965, que cita VILLARES PICO, y en la que señala como Ponente a Francisco Bonet Ramón: "Tratándose de inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad a tenor del apartado 2 del artículo 1.473 del CC, como el otro adquirente es un tercero con relación al primer inscribiente de buena fe, la cosa dos o más veces enajenada pertenecerá al comprador de buena fe que antes la haya inscrito en el Registro" (37).

III. DE LA APARIENCIA A LA LEGITIMACIÓN EN LAS SITUACIONES POSESORIAS EN GENERAL

1. APARIENCIA Y POSESIÓN

Sabido es que en Derecho civil puro, en materia inmobiliaria la posesión lleva a adquirir la propiedad después de un largo plazo de treinta

(37) VILLARES PICO, M.: "La polémica...", *cit.*, pág. 377.

años si el poseedor obra de mala fe; el plazo baja de diez a veinte años si opera con buena fe. La duración de estos espacios temporales se basan en el deseo de dejarle al propietario del inmueble, "verus dominus", la posibilidad real de entablar la consiguiente acción reivindicatoria en tiempo útil. Por otra parte, el adquirente de un inmueble tiene además en el generalmente largo curso de las negociaciones de compra de esa finca medios para informarse acerca de los derechos de su "tradens", con lo que nos aventuramos a señalar que la adquisición de un inmueble en transmisión "a non domino" en Derecho civil implica casi siempre por parte del comprador una cierta ligereza de ánimo y previsión.

Pero si esto es así en los inmuebles, no sucede lo mismo en la adquisición mobiliaria. La actividad comercial en la que vivimos multiplican día a día las transacciones mobiliarias, sin espacio para el descanso, no concediéndonos a nosotros, eventuales adquirentes de innumerables mercancías la más remota posibilidad de información en cuanto a los derechos o eventuales titularidades de los enajenantes vendedores. Así, por la fuerza de las cosas y de todo el conglomerado que supone el tráfico económico, debemos sólo asirnos, como único y último remedio, a la "apariencia" que constituye la potestad de nuestro causante o "auctor iuris" sobre la cosa transferida. En la exposición de motivos del proyecto referente a la prescripción al Code Civil Français, BIGOT DE PREAMENEU señalaba enfáticamente: "Ha llegado a estimarse el solo hecho de la posesión como un título: no se cuenta ordinariamente con otro para las cosas muebles. Además, resulta casi siempre imposible verificar su identidad y seguir las en su circulación de mano en mano".

Por otra parte, opina PUIG BRUTAU, que en términos generales hay que reconocer que la posesión de bienes muebles no exige un régimen jurídico distinto del que exige la posesión de bienes raíces. La exigencia sólo se hace sentir cuando se penetra en el terreno de la función de dar "apariencia" a los derechos que desempeña la posesión, esto es, en materia de publicidad, así como en algunas otras cuestiones enlazadas, como las de la prescripción. La legitimación de un derecho por la apariencia, es decir, la apariencia de titularidad de un derecho cuyo estado de hecho traduce el fenómeno posesorio, descansa en una distinta organización de la publicidad de los derechos reales según que recaigan sobre bienes muebles o inmuebles. Respecto a estos últimos, la apariencia de los derechos no está confiada a la apariencia física o situación de relación material en que se halle el titular del derecho y el objeto del mismo, sino que descansa en la organización de la publicidad registral (38).

(38) PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, V, I, Barcelona, 1978, pág. 121.

El jurisconsulto francés SALEILLES marcó la diferencia que existe entre uno y otro sistema, al afirmar que: "la posesión es la apariencia, la exteriorización frente a terceros de un derecho presunto. La diferencia con la publicidad resultante con los libros del Registro consiste únicamente en que respecto a los inmuebles esta publicidad se halla reglamentada y organizada, mientras que la posesión es la publicidad en bruto e inorgánica, en su forma elemental y natural, como la vida nos la presenta" (39).

Conviene advertir que al tratar aquí la posesión como manifestación directa de una apariencia legitimadora nos referimos al "señorío de hecho sobre una cosa", es decir, al "ius possessionis" que tiene una persona, no al ejercicio del contenido de un derecho real llevado a cabo por su titular: el "ius possidendi". O sea: se hace referencia a la situación de hecho consistente en el ejercicio del contenido de un derecho real por un no titular. El poseedor en concepto de dueño, o sea, el que adquirió derivativa y originariamente la posesión y se manifiesta exteriormente como titular del derecho real de que se trate, tiene una legitimación desde luego, por vía extraordinaria o irregular, para actuar en el tráfico jurídico, puesto que la ley establece la presunción de que posee con justo título, es decir: tiene una apariencia de titularidad en base de la cual el ordenamiento le legitima para obrar en lo que es esfera ajena (art. 448 CC). Por otra parte, sólo el poseedor en concepto de dueño puede usucapir. Ahora bien: donde verdaderamente se manifiesta la protección dispensada al titular aparente es cuando se trata de un poseedor de buena fe, entendiéndose por tal el que, habiendo adquirido la posesión derivativa u originariamente, "ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide" (art. 433 CC). Es la ley la que establece la presunción de la buena fe (art. 434 CC) y este poseedor hará suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa dicha posesión (arts. 451 y sigs.). Más aún, el Derecho positivo, nuestro Código Civil, le concede un derecho de retención (art. 453 CC) y le exonerará de la responsabilidad por deterioro o por pérdida de la cosa poseída (art. 457 CC). La posesión adquirida derivativamente, de buena fe, es base para la usucapión ordinaria y consecuentemente base de la "acción publiciana" gracias a la cual, aun antes de ser verdadero propietario, opina GARCÍA VALDECASAS, "el poseedor se ve asistido de una acción que le permite recobrar la posesión perdida frente a cualquier otro poseedor de inferior condición" (40).

En resumen, es criterio definido por la doctrina que la posesión, especialmente la que se tiene con concepto de dueño y la de buena fe, consti-

(39) SALEILLES: *La posesión de bienes muebles*, cit., pág. 103.

(40) GARCÍA VALDECASAS: "La acción publiciana en nuestro Derecho vigente", ADC, 1948, pág. 78.

tuyen una situación de hecho en base de la cual su detentador (poseedor o titular aparente), es investido por la Ley de suficiente legitimación (extraordinaria o irregular) para poder realizar, con eficacia, actos de conservación y goce posesorio.

2. APARIENCIA Y LEGITIMACIÓN

En opinión de Juan LADARIA, la teoría de la apariencia jurídica (41) y de la legitimación extraordinaria alcanza el máximo interés en la explicación de la eficacia de los actos de disposición realizados por una persona que no es titular del derecho de que dispone, ni obra tampoco por sustitución, ni como autorizado, ni como representante, etc. de aquélla, es decir, por una persona que no goza de legitimación directa o indirecta para disponer y concretamente en la explicación de las adquisiciones "a non domino". Cuando el detentador de una situación posesoria (en sentido amplio) o registral realiza un acto de disposición, ¿cuál debe ser la eficacia de este acto para cuya realización no está legitimado directa o indirectamente su autor? Caben, según el autor citado, dos soluciones radicales: a) declarar la ineficacia (o la invalidez, en su caso) del acto dispositivo; b) declararlo ineficaz *erga omnes*. En el primer caso prevalece la seguridad de los derechos subjetivos; en el segundo, predomina la del tráfico y la protección de la buena fe. En los ordenamientos jurídicos modernos se admite, en determinados casos, que constituyen excepciones del sistema prevalentemente acogido por el Derecho romano, la eficacia de los actos de disposición realizados por el titular aparente (legitimación extraordinaria para disponer). Cuando se trata de un acto traslativo existirá una adquisición "a non domino" (42), es decir, realizada contra la regla "nemo plus iura in alium transferre potest quam ipse haber" (nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene), cuyo valor absoluto

(41) La primera nota definidora de la apariencia la señala BÉRGAMO, y son "los actos realizados por una persona 'engañada' por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que presenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera, son definitivos y oponibles como lo serán los actos fundados en situaciones absolutamente regulares".

(42) Sabemos que en un sentido propio "dominus" es el titular del derecho. En la doctrina se habla de "no dominus" sin embargo para designar al que no es titular ni obra sustituyendo o representando al dominus ni en virtud de autorización conferida por éste, es decir, para designar al que actúa sin legitimación directa o indirecta (vid. MENGONI-. *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975, pág. 58). Las adquisiciones "a non domino" constituyen actos sobre el patrimonio ajeno que sólo serán eficaces cuando el transferente esté legitimado extraordinariamente para disponer (vid. SACCO: *La buona fede nella teoría dei fatti giuridici di Diritto privato*, Torino, 1949, pág. 166).

obviamente está en crisis. A tal respecto, dijo CARNELUTTI, citado por nuestro autor, "las necesidades del tráfico han producido este milagro y los juristas deben saber explicarlo, y se pregunta: ¿Es posible dar una explicación técnica unitaria de la eficacia de los actos de disposición llevados a cabo por el titular aparente? Y añade: a nuestro juicio, tal explicación viene dada por la teoría de la legitimación, el titular aparente no tiene un derecho ni un poder de disposición, dice ENNECCERUS, la eficacia de sus actos, observa MENGONI, sólo puede explicarse por la posición de la apariencia del mismo disponente. La función técnico-jurídica asumida por la apariencia de derecho de que está investido el *non dominus*, se traduce, en favor de tercero, en una revalorización del acto dispositivo que de lo contrario sería ineficaz; y surge de reflejo para el "non dominus" en cuanto titular aparente, la posibilidad de disponer eficazmente del derecho ajeno (43). No se trata de una simple "posibilidad material", como pretende VON TUHR, ni de una "legitimación aparente", que supone una "posibilidad de hecho", como indica MENGONI. El titular aparente, en los casos que así lo determina el ordenamiento jurídico, tiene una verdadera legitimación extraordinaria para disponer, gozando del poder jurídico necesario para realizar los actos de disposición sobre la esfera jurídica ajena. El fundamento de su legitimación para disponer es la apariencia de titularidad de que está investido. Que el acto de disposición del titular aparente pueda ser ilícito no impide afirmar que dicho "non dominus" goza de una verdadera legitimación que explica la eficacia de sus actos dispositivos sobre la esfera jurídica ajena (44).

3. LA APARIENCIA JURÍDICA COMO PRINCIPIO

Por último, cabe hacernos una pregunta, cuestión que la doctrina ya se plantea de antaño, ¿verdaderamente existe un principio general sobre la apariencia jurídica? ¿Los casos en los cuales la apariencia prevalece sobre la realidad jurídica pueden formar una regla unitaria y compacta, un principio general con propia unidad y autonomía? ¿O estamos ante situaciones, supuestos aislados frente a la realidad palpable de que el Derecho sólo está para tutelar realidades y no apariencias? Estas preguntas las formula HERNÁNDEZ GIL con la precisión y agudeza que le caracteriza (45).

(43) MENGONI, L., *ob. cit.*, pág. 318.

(44) Vid. LADARIA, J.: *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, pág. 140.

(45) HERNÁNDEZ GIL, A.: "De nuevo sobre el artículo 464 del Código Civil", *RDP*, 1945, pág. 424.

Nosotros no queremos tomar posiciones ni sumarnos a criterios inmutables, sólo decir que en el mundo del Derecho vivo hay situaciones envueltas en el velo de la apariencia que necesitan ser defendidas, pues en ellas está la confianza en el tráfico jurídico del ciudadano de a pie, de ese tercero de absoluta buena fe que "usa" en el comercio diario una honesta diligencia. Obvio es decir que este criterio es el que podríamos bautizar como "germánico", aunque tuvo amplio eco en la doctrina francesa e italiana. BETTI afirmó que "la teoría de la apariencia requiere una situación por la cual, quien ha confiado razonablemente en una determinada manifestación jurídica y se ha conducido conforme a ella, tiene derecho a contar con tal manifestación aunque no corresponda a la realidad" (46).

Otros, por el contrario, niegan no con cierta razón la existencia de un principio general que avale la apariencia jurídica, lo hacen autores de peso como Cicu, CORRADO o MENGONI (47). Opinan (y me sumo a su buen criterio) que los casos en que la apariencia prevalece sobre la realidad son más bien excepcionales, en cierto modo escasos, que en definitiva estamos ante un concepto que informa algunas hipótesis singulares que reconducidas por la vía de la teoría de la legitimación extraordinaria harán necesariamente posible que los actos realizados por el titular o representante aparente sean eficaces, pues el Derecho *necesita* esa confianza, aunque obviamente esto no implique la existencia doctrinal de un principio general de la apariencia que desbordaría la cuestión, pudiendo ser incluso peligroso desde el punto de vista jurídico.

IV. SOBRE UN CONTROVERTIDO MODO DE ADQUIRIR. LA CATEGORÍA JURÍDICA DE LAS ADQUISICIONES "A NON DOMINO"

1. PLANTEAMIENTO DOCTRINAL

Opina gran parte de la doctrina que no puede hablarse en términos históricos de origen de la adquisición "a non domino", porque éste es un concepto más bien de elaboración tardía. En todo caso, podría hablarse de precedentes de las diversas figuras que han sido causa formativa de dicho concepto. Pues bien, antes de enfocar el problema principal que me ocupará este trabajo, quiero situar en vía de principios, la cuestión de las llamadas adquisiciones "a non domino" en general, dejando, eso sí, bien

(46) BETTI *Teoría general del negocio jurídico*, cit., pág. 125.

(47) Cicu: *Le successioni. Parte generale*, Milano, 1947, pág. 93; CORRADO: *La pubblicità nel Diritto privato*, Torino, 1947, pág. 33; MENGONI: *Gli acquisti...*, cit., pág. 77.

claro que sólo trato de reconducir mi estudio hacia ese efecto del artículo 34 LH. Jamás será mi pretensión profundizar en este "controvertido modo de adquirir", pues rebasa el marco de mis intenciones el examinar, tanto el origen de las aludidas figuras concretas (pues ello nos llevaría al estudio de los precedentes de la simulación, revocación del mandato y poder, heredero aparente, usucapión, etc.) como toda la teoría germanista en orden a la naturaleza jurídica de esta forma adquisitiva y sus repercusiones en el Derecho español. Por demás, ilustres tratadistas ya ocuparon su tiempo en ello, a la vista está la abundante bibliografía sobre el tema (48).

En vía de principios, la transmisión de la propiedad en virtud de negocio jurídico, presupone que el enajenante posea el derecho que pretende transmitir o, en todo caso, que esté facultado para disponer de él. Así, en toda la transmisión por vía derivativa será necesario basar el derecho de adquisición en el derecho del precedente titular, que siempre lo condiciona. En las adquisiciones derivativas y como una consecuencia de su propia naturaleza, se aplica la regla clásica de que nadie puede transmitir a otros más derecho de los que tiene (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*). Es así que el derecho del enajenante se transmite al adquirente con todas las ventajas y a la vez defectos con que lo disfrutara el tradens. Si, consiguientemente, el derecho del "auctor iuris" fuera precario y resoluble, igualmente será precario y resoluble el derecho del causahabiente o "suecesor" (*resolutio iure concedentes resolvitur ius concessuni*), por todo lo cual sólo cabía la posibilidad de adquirir válidamente la propiedad "a vero domino", es decir, de quien sea o fuese verdadero propietario. Pero nos dice LEHMANN que el ordenamiento jurídico no es un mero resultado de la lógica. Sus conceptos son reglas, son medios para la mejor reglamentación de las relaciones de la vida y del

(48) GONZÁLEZ, M.: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979; AMORÓS, M.: "La protección al comprador de buena fe", *ADC*, 1972; Díez DEL CORRAL: "La adquisición 'a non domino' de bienes muebles", *ADC*, 1972; Díez-PICAZO, L.: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", *ADC*, 1966; FONT BOIX: "La adquisición 'a non domino'", *RCDI*, 1967; FUENTES PÉREZ: "Coordinación del artículo 464 con los artículos 1.955 y 1.962, todos del Código Civil", *RCDI*, 1960; HERNÁNDEZ GIL: "El giro de la doctrina española en torno al artículo 464 de Código Civil y una posible interpretación de privación ilegal" *RDP*, 1944; del mismo autor, "De nuevo sobre el 464 del Código Civil", *RDP*, 1945; y *Nuevas perspectivas para la interpretación del 464 del Código Civil*, discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976; IGLESIAS ATOCHA. *Sobre la interpretación romanística y germanística del 464*, Foro Gallego, 1851; IHERING: *Teoría de la posesión, el fundamento de la protección posesoria*, trad. Posada, Madrid, 1982; MARTÍNEZ CALCERRADA: "Adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 CC", *RDP*, 1967; VALLET DE GOYTISOLO: Varios estudios en su obra recopilada *Estudios de derecho de cosas*, Madrid, 1972. La bibliografía extranjera es muy amplia, siendo clásicos los estudios de MENGONI, FERRI, GENTILE, MORITTU, MAIORCA, SALEILLES y un nutrido grupo de autores alemanes.

tráfico. En el tráfico no siempre es posible al individuo investigar en la esencia de las cosas y debe atenerse normalmente a su apariencia externa y confiar en ella. La seguridad del tráfico quedaría muy perjudicada si esta confianza no encontrase protección. Ello debe tenerlo en consideración el ordenamiento jurídico y, en determinadas circunstancias, hará prevalecer la apariencia sobre la existencia. La cuestión radica en saber en qué medida ha de protegerse la confianza en estos supuestos de hecho extremos (49).

Estamos ante un problema de política legislativa cuando se trata de adquisiciones "a non domino" que imponen al legislador dar preferencia a la seguridad del tráfico jurídico sobre la seguridad del derecho subjetivo. El fundamento político, de este controvertido modo de adquirir en el régimen inmobiliario, radicará siempre en el interés público de la seguridad del tráfico jurídico en detrimento, las más de las veces, de intereses individuales o particulares. Así lo cree MENGONI, al señalar que el problema de la protección de los intereses del adquirente de quien no estaba legitimado para disponer es de índole de política legislativa, pues implica resolver el conflicto de intereses conexos con el acto de disposición del no legitimado, contemporizando la exigencia de la tutela del *dominus*, que no quiere verse despojado del derecho, con la exigencia de la tutela de la expectativa del tercer adquirente de buena fe y, en general, de la seguridad del tráfico (50).

2. EL DERECHO ROMANO

Según WOLFF (51), en el Derecho romano no alcanzaba la propiedad de las cosas aquel que adquiría "a non domino", y de nada le servía haber creído sin culpa que su enajenante era propietario. En este caso tenía, sin excusa alguna, que resituir aquello adquirido al que era el "vero domino", pues la máxima "ubi rem meam invenio ibi vindico" (el propietario puede reivindicar la cosa de cualquier detentador que la posea), era una realidad tangible. Según el romanista SCHULZ, en el Derecho romano clásico, cuando un no propietario enajenaba una cosa sin el consentimiento del dueño de la misma, el accipiens, aunque fuese de buena fe, no adquiría el dominio de la cosa, pues la protección de su "bona fides" hubiera implicado una verdadera *expropiación* a cargo del dueño de la cosa. Los juristas clásicos no creyeron procedente discutir la cuestión de si protegiendo la buena fe

(49) LEHMANN: *Tratado de Derecho civil*, I, Madrid, 1956, pág. 203.

(50) MENGONI "Gli acquisti...", *cit.*, pág. 243.

(51) WOLFF, M.: *Derecho de cosas*, t. III, vol. I, 3.^a edic. a cargo de P. Brataw, Barcelona, 1970, pág. 448.

del accipiente se fomentaba la seguridad del comercio, pues lo que les interesaba en realidad no era esta seguridad, sino la de los *derechos*. Así pues, el propietario podía demandar al "possessor bona fide" mediante la "reivindicado" y éste no podía ni siquiera reclamar del actor el precio que había satisfecho por la cosa (52). El acto de disposición llevado a cabo por un "non dominus" sólo, excepcionalmente, en Derecho romano, era apto para producir la adquisición del derecho, cuando el adquirente entraba en la posesión de la cosa y dentro de los concretos términos de la usucapión. Ello suponía la exigencia de buena fe, justo título y posesión continuada durante cierto tiempo, si bien breve: dos años para los fundos y uno para las cosas muebles.

En principio, la usucapión del período clásico fue una regla procesal introducida en la Ley de las XII Tablas. Se consideraba que, transcurrido un año o dos, según casos, el poseedor demandado enjuicio por el dueño, podía limitarse a afirmar que la cosa era suya sin necesidad de indicar la causa ni la persona de quien había adquirido la cosa. Ahora bien, si se trataba de algo mueble, el actor podría replicar demostrando que el demandado había robado la cosa, ya que la regla en las XII Tablas no servía para el que había robado. La verdad es que en la práctica, esta norma procesal perseguía sanar el defecto de poder de disposición por parte del transferente "non dominus". Con el tiempo, y la evolución del pensamiento jurídico, dicha regla se transformó en un principio de Derecho material, es decir, la posesión fue considerada como un modo de adquirir la propiedad. Con la citada transformación, respecto de los bienes muebles, se produjo un recorte a la regla general en varios sentidos. Primero fue a partir de la Lex Atinia (finales del siglo ni a.C.) que vino a excluir toda posibilidad de usucapir "res furtive". Así, ante la situación de hurto, por ejemplo, sólo cabía la devolución de la cosa hurtada a su propietario. Segundo, el reivindicante no tenía ya necesidad de demostrar que el demandado le había hurtado o robado esa cosa, simplemente le era bastante en su demanda, demostrar la sustracción de la cosa mientras que el demandado debía, en tal caso, expresar la causa de la posesión y quién había sido su tradens. De esta forma, y aunque el Derecho de Roma, por principio, no admitiera las adquisiciones "a non domino" (53), éstas quedaron fuera de

(52) SCHULZ: *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960, pág. 232.

(53) Sin embargo, hay autores que no ven tan clara la inexistencia de las adquisiciones "a non domino" en Derecho romano. HERNÁNDEZ GIL señala que se llegaron a admitir cuando provenían del príncipe y sobre todo hay que admitir que en materia de adquisiciones a heredero aparente se producía una propia y verdadera adquisición *a non domino*. El *Digesto* señala que el acreedor pignoraticio podía enajenar la prenda con la finalidad de resarcirse en su crédito de tal forma que, sin ser verdadero dueño, transformaba al adquirente en propietario.

posible usucapión cuando las cosas salían del patrimonio del dominus y de su posesión, contra su voluntad. La no adquisición de lo robado era paralelo en Roma a su imprescriptibilidad.

La norma de la Lex Atinia, con el tiempo, se amplía, no limitándose sólo a aquello perdido contra la voluntad del dominus. Así pues, llegó a abarcar posteriormente a todo aquello que fuese hurtado y a las cosas que habían sido enajenadas de mala fe por arrendatarios, comodatarios..., es decir, por aquel o aquellos que por cualquier título la habían recibido del propietario. Así se parte de la mera ficción y se reconoce, en consecuencia, que no se ha producido una sustracción de la cosa al control del dueño; sin embargo, el detentador cometía delito por abuso de confianza del dominus y vicia la posesión del tercero y de los eventuales subadquirentes como si la cosa proviniera siempre de hurto (*vid.* TRIFONINO D. 26,7,55,1). En todo caso, la Lex Atinia supuso un reforzamiento claro de la protección dominical. La usucapión anual de las cosas muebles, como modo de adquisición "a non domino", se reduce a un fenómeno marginal que sólo podía verificarse en las poco frecuentes situaciones de enajenación por parte del detentador de buena fe (54).

Sirva de epílogo el señalar que en Roma se tomó partido decididamente en favor del "verus dominus", sacrificando las más de las veces el interés del tercero de buena fe (sólo compensado en ciertos casos con la "usucapión corta"), según LEHMANN en el Derecho romano se adoptó la posición de dar prevalencia a la realidad jurídica sobre la apariencia, defendiéndose que sólo el verdadero titular del derecho podía disponer del mismo, de suerte que, sin distinción de bienes muebles o inmuebles, imperaba la regla de la reivindicabilidad incondicionada (55).

3. DERECHOS GERMÁNICOS

En el largo período medieval, donde ya los Derechos germánicos respondían a una entidad propia y definida, se mantuvo igual principio que en la vieja Roma en cuanto a las cosas que hubiesen salido de la posesión sin voluntad del poseedor y, muy particularmente, aquellas cosas perdidas o robadas, situaciones en las que el desposeído podía exigir siempre e incluso del tercero adquirente su restitución. O sea: la acción de defensa de la "Gewere" ("una relación exterior de la persona con la cosa" def. O.

(54) GAYO trae como ejemplo de lo dicho el caso del heredero del depositario que enajena de buena fe la cosa que ignoraba había sido recibida en depósito por el "de cuius".

(55) LEHMANN: *Tratado de Derecho civil*, I, Madrid, 1956.

GIERKE) atendía a igual fin que la "reivindicado", recuperar la posesión de la cosa a los que perdieron su "Gewere" involuntariamente (casos de pérdida, hurto y robo). Ahora bien: hasta aquí se llegaba y nada más, porque el tercer adquirente de cosa en que no se daban los tres supuestos apuntados, desde el momento en que recibía dicha cosa del tradens enajenante —arrendatario, comodatario, depositario, etc.—, si bien no adquiría la propiedad "ipso iure", alcanzaba una posesión inatacable. Y precisamente porque no era perseguible mediante la acción de defensa de la "Gewere", dado el carácter voluntario de la pérdida de la posesión por parte del anterior propietario, y esto independientemente de la buena o mala fe del tercero, es decir, aunque el tercero conociera el abuso de confianza cometido por el enajenante.

Como hemos podido observar, esta distinción entre pérdida voluntaria y no voluntaria tiene en los Derechos germánicos diferente sentido y razón que en el Derecho romano. En éste, y bajo los auspicios de la Lex Atinia, supone un límite a la tutela del tercero de buena fe y a su defensa. Para los Derechos germánicos la distinción constituye desde su origen un límite a la tutela del propietario contra el tercer poseedor, aunque operasen con ausencia de buena fe, pues era irrelevante. Y éste fue el sentido de los viejos brocardos alemanes: "*Wo du deine Glauben gelassen hast da sollst du ihn suchen*" (donde hayas dejado tu confianza allí la has de buscar) y la conocida "*Han whare Hand*" (que la mano guarde a la mano) y el brocardo francés "*meubles n'ont pas de suite*" o en la frase "*mobilia non habent secuelas*". Ello supone, según señaló Dusí, que "la confianza y la garantía que es consecuencia de ella, actúan solamente en las relaciones entre el que da y el que recibe, entre la mano que da y aquella que recibe; pero no contra el tercer poseedor, a cuyas manos haya pasado la cosa cuando sea de buena fe, esto es, cuando excusablemente ignorase la relación precedente" (56). En cualquier caso, las citadas máximas o brocardos hay que valorarlas con cautela y no como principios dogmáticos. Los resultados de la investigación histórica son desmitificadores, hoy se opina que nunca justificaron por sí solos auténticas adquisiciones "*a non domino*"¹ (57).

(56) Dusí: *Instituzioni di Diritto Civile*, vol. I, pág. 299.

(57) José María MIQUEL dice al respecto "en los llamados Derechos populares germánicos parece muy dudosa la vigencia del principio 'Hand wahre Hand'. Desde hace mucho tiempo se ha reconocido por la opinión dominante que las *Leges Visigotorum* (también el en Código de Eurico) y *Baiuwarorum* otorgaban al propietario una acción contra el tercer adquirente y no sólo en el caso de cosas hurtadas. Esta es también una opinión muy difundida respecto de la *Lex Ribuaria*. Pero la doctrina dominante ha afirmado la especialidad de esta regulación y la ha reconducido al influjo del Derecho romano. De este modo, han quedado estas fuentes desvalorizadas para la discusión del

En consecuencia, el propietario dueño que quería reclamar su cosa no podía alegar la violación del abstracto derecho dominical que ostentaba, sino la pérdida de la relación material sobre dicha cosa contra su propia voluntad, es decir: la violación ilegítima de la "Gewere". Ahora bien, sabemos que en los Derechos germánicos no se admitió la posesión por medio de otro, una "reversio" sólo podía darse por parte de aquel que robó, hurtó o encontró aquello perdido, pero, repito, el dominus que había entregado lo suyo en depósito, arrendamiento o comodato no podría aducir frente al tercer poseedor el abuso de confianza de que hubiera sido víctima, ya que él, si sólo él, había sido responsable voluntario de su "Gewere" (58).

4. EL IMPACTO DE LA RECEPCIÓN

El importante fenómeno de la recepción del *ius romanorum* en el área de los Derechos germánicos agilizó los principios de la vieja "Gewere" en su traspaso del Derecho moderno, haciéndola más favorable y adaptable a las necesidades del tráfico jurídico. Desde luego, se mantiene inmutable para los muebles la distinción germánica entre pérdida involuntaria o voluntaria de la posesión, o sea: no se recepcionó el amplio concepto del hurto en Roma, que prácticamente hacía irrelevante el sistema por el que el propietario perdía la cosa. Sí, en cambio, se mantuvo el criterio romano de distinguir entre propiedad y posesión, otorgando a la primera la correspondiente acción reivindicatoria con independencia de la posesión. Si consecuentemente, se producía una pérdida voluntaria de la posesión, al propietario sólo se le admitía la reivindicatoria contra el tercer poseedor adquirente "a non domino" y siempre que actuara de mala fe.

Donde verdaderamente se sitúan diferencias entre el criterio germánico y el latino es en materia de inmuebles. SALEILLES, citado por CASTÁN, señaló que el origen y consecuente diferencia del régimen inmobiliario alemán estuvo en el antiguo Derecho feudal, que no admitía se pudiera

problema de si el principio "HwH" existió o no en las leyes de los pueblos germánicos redactadas en los siglos inmediatos a la caída de Roma. Aparecen así decisivos los testimonios de las restantes fuentes, en especial la Lex Sállica y las diferentes de los reyes longobardos (Rotario Liutprando, sobre todo), pues el resto no contiene disposiciones de las que quepa deducir nada seguro" (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: *La posesión de bienes muebles*, Madrid, 1979, pág. 25).

(58) Del estatuto de la ciudad de Viena (formulario judicial, art. 78) se desprende que no bastaba que el actor afirmase: "esto es mío", sino que debía alegar que "la cosa era suya y le había sido robada". Así, sólo el que perdía la cosa en estas circunstancias podía ser reintegrado de la "Gewere", derecho que subsistía frente a cualquier poseedor, fuese de buena o mala fe.

llegar a ser propietario de un inmueble sin una entrega solemne de la posesión, llamada vestidura o "Auflassung", que era una especie de cesión judicial. Como desenvolvimiento de la "Auflassung" penetró, en la legislación de casi todos los estados alemanes, un sistema de publicidad que consistía en la participación de un oficial judicial en el acto de la transmisión y la inscripción del mismo en los registros de la propiedad inmueble (59). También leemos en WOLFF y RAISER: "después de la recepción, el principio romano llegó a ser derecho común y subsistió hasta 1900". Pero en muchos derechos particulares se conservó el "principio jurídico alemán" (Hamburgo, Rostock, Derecho austríaco...), aunque en la mayor parte de ellos, con dos modificaciones: a) bajo la influencia de los principios romanos sobre la usucapión, la protección del tercero adquirente se condicionó a su buena fe (la adquisición "a non domino" aparece a veces propiamente como una usucapión sin plazo. Razón por la que muchas veces se exige, además de la "bona fides", un título de usucapión, b) La exclusión de la acción posesoria sobre muebles se transformó en pérdida de la propiedad, la posesión inatacable del adquirente se elevó para convertirse en propiedad. La distinción que el Derecho germánico establecía entre cosas extraviadas y cosas abandonadas voluntariamente se mantuvo sobre todo en el Derecho francés (60). En algunos Derechos medievales el que en el mercado público había comprado una cosa robada estaba obligado a devolverla a su dueño, pero también le asistía el derecho a exigirle la restitución del precio pagado al vendedor. Esto fue entendido y llamado "derecho de rescate", que vino a favorecer el tráfico de mercados y ferias (61).

Según LACRUZ: "El instituto de los libros registrales, que se había desarrollado en regiones aisladas del centro de Europa, continuó extendiéndose lentamente durante la edad moderna dentro de ese mismo ámbito geográfico. Había corrido un grave riesgo a la recepción del Derecho romano cuyo sistema de clandestinidad y de aplicación incondicionada de la regla 'nemo plus iuris' era opuesto a la garantía que presta la inscripción del adquirente, pero en este punto la gran parte de los numerosos Derechos 'particulares' de reinos, principados y ciudades, hicieron excepción al sistema romano, conservando tal garantía o, donde cedieron a los principios romanistas, voviendo al sistema de publicidad registral en el que introdu-

(59) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, Madrid, 1987, pág. 282.

(60) WOLFF, M.: *Derecho de cosas*, vol. I, trad. Pérez González y Alguer, Barcelona, 1971, pág. 449.

(61) Un privilegio de rescate correlativo existía —según el Derecho talmudiano— a favor de los compradores judíos aunque no hubieran comprado la cosa robada en mercado abierto.

cen y mejoran las leyes hipotecarias, de moderna técnica, promulgadas en el siglo xviii y finalmente en el xix en territorios que actualmente forman parte de Alemania y Austria y en diversos cantones suizos" (62).

Fue así, con la referida aparición de los libros registrales, la potenciación de la "Auflassung" que actúa vinculada a la inscripción y con el principio de consentimiento, se llega a dar al Registro su valor constitutivo en la adquisición de derechos registrales que hizo perfectamente posible la adquisición "o non domino". Por otro lado, en los países latinos la protección del adquirente "a non domino" se sigue manteniendo dentro de los límites de la usucapión que presupone transcurso de tiempo y por ello no implica auténtica adquisición "a non domino", según lo que por ella entendemos.

5. CODIFICACIÓN

El movimiento codificador aceptó en la letra de sus códigos el principio de la no reivindicación de las cosas muebles frente al tercer poseedor de buena fe, principio formulado en términos de derecho sustantivo y consecuentemente como modo de adquirir el dominio. En el Derecho francés anterior al Código de Napoleón se considera a la posesión prolongada durante cierto tiempo, equivalente al título. Según explica VALLET DE GOYTISOLO, citado por DIEZ-PICAZO, en el Derecho francés, durante el siglo xvi, la práctica judicial y la doctrina jurídica reaccionaron contra una ilimitada reivindicación mobiliaria, con el fin de asegurar el comercio jurídico. El primer paso de esta reacción, señala VALLET, fue reconocer que los que compran una cosa en un mercado y en una venta pública no pueden ser sometidos a una acción reivindicatoria, a menos que el reivindicante satisfaga el precio que ellos hubiesen pagado por la cosa (derecho de rescate). Continuando dentro de la misma línea durante el siglo xviii, la práctica y la doctrina francesas consagraron la regla según la cual "possession vaut titre" (63).

Por otra parte, el principio de que una posesión determinada equivalga al título es cosa antigua, así opina SCHUPFER, que la prescripción inmemorial no exige el título porque ella misma lo suple y, por tanto, no hay necesidad de alegarlo ni probarlo (64). El vigente artículo 2.279 del Code

(62) LACRUZ-SANCHO: *Elementos...*, "Derecho inmobiliario registrar, Barcelona, 1984, pág. 24.

(63) VALLET DE GOYTISOLO: "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464", *ADC*, 1956, pág. 361.

(64) SCHUPFER: En *Digesto Italiano* voz "Ab Inmemorabili". Este autor cita a

dice "en fait de meubles possession vaut titre" (65). La opinión general de los autores galos ha entendido que esta fórmula significa que la posesión tiene claro valor de título adquisitivo del dominio (66). Si bien, también hay criterios opuestos que ponen en duda esta interpretación. SAVATIER y AUBRY et RAU consideran categóricamente que el 2.279 del Code, más que título de propiedad, consagra una "presunción de propiedad", pero como admite el primero: dispensa de la prueba de la propiedad equivale prácticamente a una adquisición de ella (67). Por otro lado, el Code no pide que el adquirente actúe de buena fe, pero la doctrina, por aplicación interpretativa del artículo 1.141, ha considerado oportuno su exigencia (el citado artículo contiene la reserva expresa de la buena fe de tercero). En cambio, los civilistas galos han negado reiteradamente que sea requisito esencial el justo título, pues opinan que la protección se concede al poseedor de buena fe, aunque su título no observe las debidas exigencias y esté viciado.

El Código italiano de 1865 copió, en su artículo 707, el contenido del 2.279 francés, si bien con una rectificación interesante, ya que no sólo incluyó en el texto legal el requisito de buena fe, sino también el de justo título. Y este criterio ha sido el adoptado por el vigente Código del 42, cuyo artículo 1.153 dice: "Aquel a quien son enajenados los bienes muebles por parte de quien no es propietario adquiere la propiedad mediante la posesión siempre que esté en buena fe en el momento de la entrega y tenga un título idóneo para el transferimiento de la propiedad" (68).

Obvio es decir que el BGB alemán consagra la adquisición "a non

Pablo de Castro, que defiende en la posesión inmemorial que el título se presume "etiamsi non allegetur" y esta presunción es "iuris et de iure".

(65) Esta regla, se dice, proviene de un viejo aforismo recogido por BOURJON en su obra *Le droit dotumier de la France*, publicada en 1747. Mitchell FRANKLIN, citado por PUIG BRUTAU, afirma que este artículo es el más importante del Código francés y que protege la seguridad de las transacciones en bienes muebles, por lo que es una norma adecuada a las necesidades de una sociedad predominantemente comercial y en la que domina en alto grado la división del trabajo. Pero, como añade el autor, su colocación en el Código y, sobre todo, su elíptica redacción, suscitan grandes dudas. Es uno de los últimos preceptos del Código francés (el antepenúltimo) y está situado entre los artículos que regulan la prescripción. Esta clasificación, sin duda alguna, ha influido en la concepción romanista de que se trataba de una prescripción instantánea. Pero el artículo 2.279 no es de estirpe romana y no hay por qué torturarlo para que encaje en conceptos romanizados (FRANKLIN, M.: "Security of Acquisition and of Transaction", en *Tulane Law Review*, VI, 4, 1932).

(66) MENGONI ha expresado claramente la función que la equivalencia al título tiene la posesión en la reivindicación mobiliaria en el siglo xvm francés ("Gli acquisti", *ob. cit.*, pág. 62).

(67) SAVATIER: *Cours de Droit Civil*, I, 2.^a edic, París, 1947, pág. 123.

(68) Artículo 1.153: "Colui al quale sonó alienati beni mobili da parte di chi non ne é proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idóneo al transferimento della proprietà".

domino" respecto de muebles en su artículo 932, el cual dice que: "el adquirente se hace propietario incluso si la cosa no pertenece al enajenante a no saber que él —el adquirente— no esté de buena fe en el tiempo en que, según estas disposiciones, adquiriría la propiedad". El BGB otorga a la posesión de bienes muebles —no de inmuebles— el valor de una presunción de propiedad que, por consiguiente, legitima al poseedor como propietario a efectos de prueba en su favor. Así lo establece el 1.006: "Se presume en favor del poseedor de una cosa mueble que es propietario de ella. Esto no rige, sin embargo, frente a un poseedor anterior al que le haya sido hurtada la cosa o la haya perdido o se le haya extraviado de otra manera, excepto cuando se trate de dinero o títulos al portador" (69). En el Derecho francés no existe un texto legal que establezca una presunción de propiedad a partir de la posesión. Si bien la doctrina la admite tratándose de inmuebles, en muebles, como sabemos, rige el 2.279 con una función probatoria más fuerte.

Lógicamente, el Código alemán de 1894-1900 no pudo ser tenido en cuenta por nuestro legislador, y aunque se dice circularon borradores y posibles proyectos parciales, lo cierto es que el legislador español en nada se fijó en ellos (¿tal vez por no entender su tecnicismo?). Donde sí actuó la virtualidad de los principios germánicos posesorios fue en el área anglosajona, pues el Derecho inglés conoció en determinados casos situaciones concretas de adquisiciones de la propiedad "a non domino" como, por ejemplo, respecto al dinero, billetes del Banco de Inglaterra, "negotiable instruments" (especialmente títulos pecuniarios al portador, cheques) o las compras en "mercado abierto" (in market over) siempre que no se trate de algo robado, en buena lógica. También se adquiere la propiedad si la enajenación la hace un "agente mercantil" o un comisionista en cuyo poder estuvieran las cosas por voluntad del dueño; la protección también se hace posible al que adquiere de un transmitente cuyo título fuese anulable, pero sin haberse producido ya la anulación. También al segundo comprador de un vendedor que haya continuado en la posesión de las cosas (o documentos relativos a las mismas) y al adquirente de un comprador que no podía disponer por existir algún derecho reservado al vendedor.

(69) Estas presunciones regulan la prueba del dominio sobre la base de la regulación sustantiva de los párrafos 932 y siguientes. La presunción favorece, naturalmente, al poseedor actual, pero el anterior también la tiene para sí por el tiempo de su posesión y como una pérdida involuntaria de la posesión inmediata no permite la adquisición ulterior de un tercero, aunque sea de buena fe, excepto tratándose de títulos al portador y dinero si prueba esta desposesión involuntaria consigue desvirtuar la presunción favorable al poseedor actual. La presunción juega en favor del poseedor tanto si es demandado como demandante {*vid.* MIQUEL GONZÁLEZ: "La posesión..", *cit.*, pág. 473).

6. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Vistos ya superficialmente los criterios adoptados por la línea "codificadora matriz", creo oportuno señalar ahora de donde arranca el *fundamento jurídico* de las llamadas adquisiciones "a non domino". La doctrina localiza dos tipos de supuestos: adquisiciones "a non domino" que tienen su base en la *apariencia jurídica* (proyectada en la norma) y adquisiciones "a non domino" que se basan en la *posesión de buena fe*. Las primeras, las derivadas de la apariencia (y la que ya hemos visto en términos justificatorios generales) se basan prioritariamente en la posición del enajenante más que en la del adquirente. Se apoya en que aquél se encuentra, respecto del dominio de que se trata, en una posición de hecho de carácter formal que le inviste de la apariencia de ser titular del dominio mismo. Así la Ley, en función de la tutela del tercero que actúa confiado en la apariencia, utiliza técnicamente el hecho de la titularidad aparente, en función de equivalencia a la titularidad efectiva. GÓMEZ-ACEBO, citado por ROCA, estima que la adquisición "a non domino" es una adquisición "ex lege" por ser la *norma* la que, en consideración exclusiva a la *bona fides*, atribuye eficacia creadora a la misma. No puede, pues, implicarse este fenómeno sino por la *omnipotencia de la norma*. El fenómeno es el mismo que tiene lugar en la usucapión. La energía creadora en las adquisiciones provocadas por la apariencia deriva directamente de la ley. Es la norma la que atribuye a ciertas situaciones eficacia adquisitiva como la que nos ocupa (70). No hay que olvidar que en la adquisición "a non domino" la ley hace un poderoso esfuerzo motivado por la conveniencia de la protección del tráfico jurídico, en el cual no puede prodigarse, por cuya razón sólo en casos determinados, entre los que se cuenta el del artículo 34 y demás concordantes de la Ley Hipotecaria admite, pues la regla general imperante continúa siendo la romana.

Para VALLET, igualmente citado por ROCA, la adquisición del tercero protegido por el artículo 34 LH deriva de la *ley misma*. Está basada en la publicidad del Registro (elemento o dato material) en la buena fe, o fe en el contenido del Registro, del adquirente a título oneroso (elemento espiritual impulsivo) y en el cumplimiento por éste de la formalidad de la inscripción (requisito *a posteriori* para que se mantenga definitivamente la adquisición). Es una adquisición que, como las derivadas de la usucapión o de la ocupación, no dimana de poder dispositivo alguno. En una palabra, la fuerza motriz no reside en el Registro, sino en la buena fe del adquirente (71).

(70) GÓMEZ-ACEBO: "La buena y la mala fe en el Código Civil", RDP, 1952, pág. 224.

(71) VALLET DE GOYTISOLO: "Estudios...", *ob. cit.*, pág. 218.

Como especies de adquisiciones "a non domino" derivadas de la apariencia de derecho se suelen incluir por la doctrina las derivadas del heredero aparente, del titular registral (según sistemas) y del apoderado con poder revocado. En todo caso, estos supuestos, en cuanto admiten situaciones variantes, que pueden alejarlos de la apariencia, cuestionan su "fidelitas" a verdaderos supuestos de adquisiciones "a non domino".

La posesión de buena fe, como base de las adquisiciones "a non domino", tiene su apoyo en la posición del adquirente, no del enajenante; es así requisito esencial del primero. Es necesario que el adquirente ignore que el derecho no pertenece al enajenante, y tal ignorancia, cuando no pueda apoyarse en una situación objetiva de apariencia de derecho suficiente para determinar un error colectivo excusable, debe al menos ser subjetivamente excusable en base al elemento objetivo de la ausencia de culpa. Opina FERRI dentro de la figura de una especie de adquisición "a non domino" apoyada en varios factores, entre los cuales figura, además de la transcripción, el transcurso de un breve término y que regulan los artículos 2.652 y 2.653 del CC italiano, afirma que se trata de un caso de *publicidad sanante* en el cual la buena fe y la transcripción no ocupan el mismo plano, porque la segunda no es más que una "conditio iuris" que permite actuar a la primera, de suerte que es más correcto a la buena fe, pues sin querer emplear aquí palabras evangélicas sobre la virtud salvadora de la fe, no hay duda que el legislador ha querido tutelar la buena fe del tercero. Este es un adquirente "a non domino". La buena fe, con la transcripción no produce una hipótesis adquisitiva autónoma, esto es, una adquisición "ex novo" fundada directamente en la ley, mas hace operante el negocio jurídico (72).

Cabría hablar de *posiciones mixtas, eclécticas o conciliadoras*. SANZ FERNÁNDEZ otorga valor decisivo en las adquisiciones "a non domino" a la inscripción registral tanto a la del transferente como a la del adquirente. Por lo que respecta al titular registral transferente, opina SANZ que por el hecho de figurar inscrito obtiene una facultad de disponer derivada de la legitimación registral y apoyada también en el artículo 20 de la LH. A "contrario sensu", VALLET refuta esta pretendida facultad dispositiva del titular registral por el solo mero hecho de serlo. Esto, en cuanto al "non dominus" que transfiere, ya que, según SANZ, la inscripción le inviste del poder dispositivo del derecho, es decir le legitima para la enajenación, lo cual no parece admisible. Pero en cuanto al tercer adquirente, SANZ sostiene que la inscripción no es nunca constitutiva en nuestro sistema, sino convalidante, pues la inscripción convalidante asegura los efectos *erga omnes* del derecho real y puede dar lugar al nacimiento del mismo en el

(72) FERRI, citado por ROCA, en *Derecho hipotecario*, t. I, pág. 802.

momento de la protección del tráfico jurídico privando de valor a los derechos no inscritos, asegurando al adquirente de que el transferente es verdadero dueño y otorgando el derecho real a quien sólo tiene a su favor una apariencia formal del mismo. Consiguientemente, su valor se limita a subsanar la falta de previo derecho en el transferente, excluyendo la aplicación del principio *nemo dat...*, siendo la finalidad exclusiva de la fe pública registral subsanar la falta de preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante, dando a la adquisición "a non domino" el mismo valor que si hubiera sido otorgada por el verdadero dueño (73).

También conviene resaltar el criterio dado por el ilustre hipotecarista NÚÑEZ LAGOS, que cifra el desplazamiento de la propiedad en la actuación del titular registral en orden al tercero protegido por la "*fides publica*" del artículo 34 LH. La acción reivindicatoria del verdadero propietario sólo se pierde, según este autor, por prescripción y por dicho artículo 34. El propietario civil, con título y modo es el verdadero propietario "*erga omnes*", si bien amenazado de perder tal propiedad en el caso de que el titular formal, o según la inscripción del Registro, enajene a un tercero protegido por el referido precepto. Antes de ocurrir este evento el único propietario es el civil el titular material, diga lo que diga el Registro, que será inexacto. Pero después de este evento, el único propietario es el inscrito, quedando "*ope legis*" exacto el Registro. Son titulares alternativos, nunca simultáneos. La inscripción en sí es inoperante para la adquisición de la propiedad. El desplazamiento de propiedad es debido a una *actividad* del titular inscrito ante la necesidad ineludible de proteger al tercer adquirente de buena fe. Únicamente por esa actividad del titular inscrito, añade NÚÑEZ LAGOS, y desde la inscripción a favor del titular siguiente, es la inscripción *verdadero modo de adquirir la propiedad* y quizá mejor de extinguir la propiedad: la del Código Civil ha fallecido en aras de la seguridad del tráfico. Pero el nacimiento de una es el funeral de la otra (74).

Por lo que respecto al problema de la *naturaleza jurídica y efectos* de las adquisiciones "a non domino", la doctrina centra la cuestión en concretar, bien su carácter originario, o bien derivativo. Sabido es que estos conceptos arrancan de GROCIO. La adquisición es *originaria* cuando se produce en virtud de una relación inmediata del adquirente con el objeto de cuya adquisición se trata, sin ningún nexo con el derecho eventualmente preexistente. Y será *derivativa* cuando se adquiere por vía de un precedente sujeto, titular o legitimado, para disponer de un derecho preexistente sobre el objeto. Así, partiendo de estos dos tradicionales conceptos, la

(73) SANZ FERNÁNDEZ, citado por ROCA, en *Derecho hipotecario*, t. I, pág. 804.

(74) NÚÑEZ LAGOS: "Realidad y Registro", *RGLJ*, 1945, pág. 424.

doctrina se ha dividido. Unos, contemplan toda adquisición "a non domino" como adquisición derivativa, se basan principalmente en que la ley concede, en los supuestos concretos que contempla la adquisición "a non domino", un poder dispositivo al "non dominus" sobre el derecho ajeno, apoyado en la apariencia de titularidad, de tal forma que, el adquirente "recibe" el derecho del titular verdadero en virtud de la fuerza creativa y dispositiva de la ley. Este criterio fue defendido por GIERKE, VON THUR y ROCA SASTRE, que opina que atendiendo a los fines del artículo 34 LH hay que inclinarse por la derivativa por decisiva que sea en ello la fuerza de la ley actuando como "ius singulare".

Otros, los más, estiman que la "adquisición a non domino" es siempre originaria, pues jamás podrá producirse una sucesión de titularidad por falta de poder dispositivo y ausencia lógica de nexo causal. Para éstos, el derecho que se adquiere no se apoya en el derecho de otro, en realidad el derecho que se incorpora al patrimonio del "accipiens" no es el derecho del titular, sino, más bien, un derecho diferente, una titularidad "ex novo". Fue REGELSBERGER, uno de los más significados pandectistas del siglo xix, el que defendió esta posición y lo hizo basándose en la buena fe como elemento sustancialmente relevante de la protección del tercer adquirente. El autor citado llega a opinar que, incluso en los casos de apariencia de derecho, ésta no es más que un simple presupuesto de la buena fe, la cual constituye base y objeto de la tutela legal. La tutela de la apariencia se identifica con la tutela de la buena fe que impera siempre sobre la primera.

MENGONI, ilustre jurista al que muy repetidamente me refiero, por ser su obra básica el estudio que me ocupa en este trabajo, opina que para resolver si la adquisición "a non domino" es originaria o derivativa hay que fijarse en si la ley valora exclusivamente la buena fe del adquirente, sin atender para nada a la postura del "non dominus" y en cuyo caso es originaria o, por el contrario, en la tutela del adquirente entra también como elemento determinante la relación del "non dominus" con un sujeto "¿*priori* individualizado como portador del interés en conflicto con el tercero", y en cuyo caso es derivativa. Así, según MENGONI, las adquisiciones "a non domino" basadas en la apariencia jurídica son derivativas, mientras que las que proceden de la simple posesión son originarias (75).

(75) También afirma MENGONI que el principio de legitimación como condición "sine qua non" de eficacia del negocio jurídico de disposición debería conducir según este autor, por lógica consecuencia a la afirmación de la naturaleza originaria de la adquisición "a non domino" y, por tanto, a la posibilidad de la reconstrucción dogmática unitaria sobre la base del concepto de adquisición "ex causa nova". Esta concepción la siguen quienes entienden la regla "nemo plus iuris" y, por tanto, el principio de legitimación, como expresión de un poder jurídico del *dominus* al que la eficacia del acto dispositivo se relaciona por un nexo causal. Si, por el contrario, se entiende más corree-

Hemos dejado para el final la opinión de LACRUZ, que manifiesta en sus *Lecciones...* Aporta primero diferentes criterios de autores alemanes en favor de las dos tesis, es decir, si se considera originaria o derivativa. En favor de la primera tesis opina que el protegido por el Registro no sucede jurídicamente al verdadero propietario. La adquisición se basa en su creencia en la exactitud de los asientos. Mientras en las transmisiones el Derecho se recibe porque el transmitente es propietario, es decir, aquí el cambio real se opera a pesar de que hay un propietario (SOHM, LEHMANN, BEKKER). LOS defensores de las teorías negativas son los que, en cambio, adoptan posiciones en orden a una adquisición derivativa. Para ellos si el acto no inscrito no existe frente al tercero está claro que éste ha recibido del verdadero propietario, pues para él no hay otro que el titular registral. Esta es la opinión de FERRI, que además considera que la teoría opuesta olvida que la adquisición originaria corre siempre por virtud de una relación inmediata del sujeto con la cosa, la cual aquí falta.

Aplicando soluciones al Derecho español, LACRUZ dice: "Como es sabido, la integración del supuesto de hecho negocial, es decir, la existencia de un sujeto capaz y un objeto idóneo y el cumplimiento de las formas requeridas, hasta para la *validez* de un negocio de disposición, pero para su *eficacia* es preciso el concurso de un elemento ulterior, estructuralmente extraño al acto, pero funcionalmente vinculado con él: la titularidad del derecho por parte del disponente o, excepcionalmente, la autorización para disponer de un sujeto diverso. Pues bien, en un supuesto concreto de disposición (a título oneroso y mediando buena fe del accipiens), la ley aporta el equivalente jurídico de la legitimación, expropiando de su derecho al titular real que no lo hizo constar en el Registro, y haciendo eficaz el negocio transmisivo válido, a virtud de la inscripción.

El derecho, por eso, no deja de derivar de su anterior titular a este nuevo, siquiera derive "ex lege" o sea adquirido "ex negotio". Hay aquí una cooperación entre el negocio jurídico y la ley: un fenómeno bastante corriente que podemos ver, por ejemplo, en la ejecución judicial por deudas; en la constitución de servidumbres legales, en los retractos legales y acaso también en la expropiación forzosa. Tampoco es anormal que una adquisición legal sea derivativa y no originaria: piénsese en la sucesión intestada.

tamente que se trata de una simple posibilidad objetiva, subjetivamente caracterizada con facultad derivada al *dominus* del hecho de la titularidad del derecho, que es un elemento de perfección del supuesto complejo del efecto negocio-dispositivo, es concebible entonces que el orden jurídico causa única del efecto sustituya en el supuesto mismo el elemento de falta de titularidad del disponente un hecho diferente objetivamente considerado equivalente. En tal caso, la adquisición "a non domino" se verifica con carácter derivativo sobre la base del negocio de disposición y, por tanto, determina una sucesión del tercero al titular precedente (MENGONI: "Gli acquisti...", *cit.*, pág. 170).

El negocio juega así el mismo papel en una adquisición "a domino" o "a non domino"; es otra parte del supuesto de hecho en la transmisión —la legitimación del tradens— la que falta en estas segundas, y la que la ley, dándose ciertas circunstancias, suple a favor del adquirente inscrito. El negocio, en uno y otro caso, es la causa de la adquisición (no un simple elemento de hecho, en cuyo caso no sería preciso apreciar ni aun la existencia de vicios de la voluntad, que no puede tener relieve en un elemento fáctico); causa cuya virtualidad transmisiva se halla impedida, en el caso de falta de legitimación, bien hasta que tal falta cese, bien hasta que se perfeccione el equivalente jurídico (76).

7. DERECHO ESPAÑOL; CRITERIOS GENERALES

Toca, por último, centrarnos en las circunstanciales adquisiciones "a non domino" en el Derecho español, y esto lo haré tal como he indicado al principio, sin profundizar, acaso sin detenerme en la enorme problemática que se ha generado alrededor de esta forma adquisitiva en nuestro Derecho; no es objeto de este trabajo, ni mi consiguiente intención.

El problema en el Derecho español consiste en concretar si es posible admitir las llamadas adquisiciones "a non domino". La doctrina maneja una serie de preceptos y de instituciones con precedente en el Derecho extranjero, Códigos alemán, francés e italiano y trata de demostrar que suponen aspectos concretos de la figura cuestionada, e incluso, aunque con menos frecuencia, se cuestiona sobre la posibilidad de construir sobre aquellos supuestos una teoría general de las adquisiciones "a non domino". Como escribe DIEZ-PICAZO, citando a MENGONI, "se discute si se trata de una categoría jurídica unitaria o solamente del elemento común de una serie de supuestos, diferentes entre sí y sujetos cada uno de ellos a su propio y peculiar régimen jurídico, aunque dirigidos todos a la solución de unos problemas prácticos comunes". Y añade: "cualquiera que sea la solución que en sede puramente teórica se pueda adoptar, parece claro que en nuestro Derecho positivo no existe la adquisición "a non domino" como categoría unitaria. Existen sólo preceptos concretos de los que resulta o puede resultar. Ello no obstante, cabe pensar que la evolución última del ordenamiento jurídico ha llevado a la sustitución del principio normativo "nemo plus iura" por otro principio de igual rango, que es el de la tutela de los adquirentes de buena fe y a título oneroso, como consecuencia necesaria de la tutela del interés colectivo en la seguridad de la circulación de los bienes. Por ello, aun dejando claro que, en sus aplica-

(76) LACRUZ: "Lecciones...", *ob. cit.*, pág. 300.

ciones ha de disolverse en una casuística, tiene algún interés la construcción de la categoría, por lo menos como categoría teórica" (77).

8. SOBRE EL 464. POSICIONES DOCTRINALES

Lo cierto es que hasta el año 1920, en que Leopoldo ALAS publicó su monografía sobre *La publicidad y los bienes muebles*, la cuestión de las adquisiciones "a non domino" seguía una vida lánguida apoyada en la posición tradicional de la doctrina española inspirada en el criterio romano. Un artículo que hasta entonces no había desatado polémica alguna pasa a primera línea dialéctica, produciendo ingentes cantidades de letra escrita en orden a su interpretación. Me refiero al artículo 464, que en palabras de Díez-Picazo al prólogo de la obra de José María MIQUEL (*La posesión de bienes muebles*), nos dice jocosamente, pero con indudable verdad, "que el artículo 464 es uno de los mejores y más conocidos puzzles o rompecabezas que nos ofrece nuestro Código Civil, y añade, se nos ofrece también como un enigma o un jeroglífico que hubiera que descifrar para extraer de él el arcano mensaje que encierra..."; yo añadiré, que sólo una obra como la que prologó el ilustre profesor ha dado luz a muchas y variadas cuestiones.

Pues bien, lo cierto es que en el proyecto de GARCÍA GOYENA no existía un artículo correspondiente al vigente 464 (78). Según reflejan las actas (sus borradores) de la Comisión de Codificación en su sesión del día 24 de enero de 1882, fue el jurista CÁRDENAS el que, a la vista de la inexistencia de una disposición referida a los efectos de la posesión sobre muebles, solicitó la introducción del contenido del citado artículo. Con ello, se dice pretendía introducir una "novedad" en nuestro Derecho donde prevalecía la regla "res suo domino clamat" para "facilitar" la transmisión de las cosas muebles, atribuyendo a la posesión "los efectos de la propiedad legítima" (79). No es momento aquí de comentar las vicisitudes exegéticas

(77) Díez-Picazo, L.: *Fundamentos...*, vol. II, pág. 685.

(78) GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil*, Madrid, 1852, reimpresión a cargo del doctor LACRUZ, Zaragoza, 1974.

(79) Le parecía (a Cárdenas) deber establecerse algo sobre este punto a fin de determinar bien, cuándo se gana la posesión de estas cosas, puesto que en su adquisición es muchas veces fácil que haya vicio conocido o ignorado del que las adquiere. Dijo el señor Silvela, y lo confirmó otro vocal, que como en las cosas muebles no se dan interdictos no le había parecido dar tanto valor a lo que se refiere al punto criticado, que cree podía quedar resuelto en las disposiciones relativas a la prescripción. Recordó que sobre esto contiene alguna disposición el Código de Comercio y se leyó, en efecto, el artículo 57 del proyecto en que se dan reglas sobre la reivindicación de efectos o valores públicos o particulares. Cárdenas dijo que la disposición del Código de Comercio que

del 464. Sólo decir que fueron numerosos los pros y contras interpretativos en la fase de su redacción. Pero situados ya en el referido año 1920 la obra de ALAS activó la cuestión en torno al 464, pues señaló categóricamente que dicho artículo debe ser entendido como una regla protectora de los terceros adquirentes que hayan adquirido a base de confiar en la apariencia de derecho que ofrece la posesión. El historiador GARCÍA DE VALDEAVELLANO, en un muy interesante estudio, sustenta la tesis de la existencia de un derecho visigodo de raíz consuetudinaria muy germanizado, que influyó notablemente en los estados peninsulares que surgieron de nuestra Reconquista, especialmente en León y Castilla (80). MEREÁ, historiador portugués, abunda en esta razón e incluye el reino de Portugal entre los que recibieron claras influencias germánicas (81).

En el tiempo de dos décadas las tesis de ALAS y VALDEAVELLANO se extienden por la doctrina española hasta encontrar en Antonio HERNÁNDEZ GIL SU más decidido defensor. El ilustre civilista, en sendas publicaciones (citadas en la primera nota de este capítulo), aborda el problema, adoptando lo que se ha venido en llamar "tesis germanista": el 464 es un concepto dirigido a proteger al tercer adquirente de buena fe mediante una adquisición "a non domino" que sólo se exceptúa en los casos de hurto, robo o pérdida de la cosa.

Dedicaré ahora de forma esquemática y sin concesiones a la profusión cómo la doctrina se ha posicionado en orden fundamental si el artículo de referencia implica un supuesto de admisibilidad de adquisición "a non domino" en nuestro Derecho o, si por el contrario, no es más que una manifestación especialísima de la usucapión de bienes muebles.

Primer criterio: Tesis tradicional; con admisión del precedente francés. El 464 dicta una presunción de título apto para usucapir. TRAVIESAS, defensor de este criterio, cree que la norma del 464 no es sino una mera presunción de dominio de carácter "iuris tantum". Y que, como todas las de su clase, cabe su destrucción por la prueba en contrario. En cualquier

se refiere a las materias de su especialidad no excusaba la que para el Código Civil reclamaba. Lo aceptó la sección. Se encomendó al señor Silvela el estudio del punto y redacción del artículo que indicaba el señor Cárdenas (*vid.* pág. 250 de la obra citada de J. M. MIQUEL. También PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: "Antecedentes del Código Civil vigente", *ADC*, 1965).

(80) GARCÍA DE VALDEAVELLANO: "La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en Derecho español medieval", *RDP*, 1947, pág. 631. La base histórica germanista la ha localizado G. Valdeavellano en la Ley 15 del Fuero Viejo en las Encartaciones de Vizcaya favorables a la admisión del principio "Hand wahre Hand" en nuestro Derecho medieval.

(81) MEREÁ, P.: *OS limites da reivindicação mobiliária no direito medieval*, estudios de D. Hispánico Medieval, Coimbra, 1952.

caso: tratándose de muebles, su posesión ininterrumpida en buena fe, unida al transcurso de tres años permite ganar por usucapión el dominio de los muebles (art. 464,1, inciso 1.º, y 1.955,1). El verdadero dueño puede reivindicar en tanto no transcurran esos tres años —inciso 2.º del 464—, pero reembolsando lo pagado por la cosa, si ésta se compró en venta pública —464.2— y aun lo prestado por un Monte de Piedad si se hubiese depositado en él —464.3—. Se excepciona las cosas muebles adquiridas en bolsa o de comerciantes legalmente establecidos, pertenecerán al adquirente desde el momento de la adquisición por prescripción instantánea que establece a su favor, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, artículo 464.4 y 85, respectivamente.

Segundo criterio: Tesis germánica; iniciada por ALAS y desarrollada por HERNÁNDEZ GIL, PÉREZ Y ALGUER y NÚÑEZ LAGOS, entre muchos otros. El 464, en su primer párrafo, recoge un supuesto claro de adquisición "a non domino". Lo que viene a ser regla general es que, cuando el propietario se desprende por propia voluntad, es decir, cuando el poseedor que enajena la cosa que tenía en su poder, por una relación jurídica derivada de un negocio jurídico (usufructo, prenda, etc.) en dicho caso, cuando se produce la enajenación al tercero de buena fe, la posesión de éste equivale al título, título de propiedad, con lo que se establece una verdadera adquisición "a non domino", este principio no es válido cuando el propietario hubiese perdido la cosa o hubiera "privación ilegal" de ella. En tal caso, el principio de que la posesión equivale a título no es aplicable, y la cosa podrá ser reivindicada (sólo cabrá adquisición por vía de usucapión, 1.955). La protección al tercero en este caso no actúa por la adquisición "a non domino", sino mediante la reintegración del precio que hubiera dado por ella. No entro en el análisis de la frase "privación ilegal" y sus interpretaciones, que se resumen o: en entender que la frase dicha comprende todos los casos en que no tenga lugar transmisión válida (lo cual destruye la aplicación del párrafo 1.º del artículo) o salvar el escollo de dicha frase interpretándola en sentido muy restrictivo, como hurto o robo siguiendo la traducción del texto francés "vol". Esta es la conclusión de NÚÑEZ LAGOS y PÉREZ Y ALGUER.

Tercer criterio: Postura de VALLET DE GOYTISOLO y BONET RAMÓN. Según VALLET, el 464 no tiene como fin consagrar una adquisición "a non domino" ni tampoco una prescripción adquisitiva, su razón es la reivindicación mobiliaria, o sea, los efectos de la posesión de bienes muebles en el ámbito de la reivindicación. El 464 se encuentra "situado" en plena sede de los efectos posesorios (el 2.279 francés lo está en la prescripción, el 932 alemán en la propiedad). Para VALLET, mientras que la reivindicación de bienes inmuebles debe apoyarse en título de dominio. Hay que justificar la adquisición dominical. En cambio, en la reivindicación mobiliaria la jus-

tificación del dominio se hace a la inversa. Aquí no es con la presentación de títulos adquisitivos como se pueden demostrar titularidades, sino acreditando la posesión anterior en concepto de dueño y, probando, en su caso, la pérdida o privación ilegal de la misma. En consecuencia, no es necesario probar la adquisición de la propiedad, lo cual sería además difícil dado el cierto régimen de clandestinidad operativo de las transacciones mobiliarias, sino la efectiva obsesión. La buena fe tampoco precisa probarse, pues también se presume. Y aunque así las cosas, el 464 parece confundirse con el 448 ("el poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar a eximirlo"), pero, sin embargo, la diferencia entre los dos artículos citados es incuestionable para VALLET. El 448 sienta una presunción *iuris tantum* de título que puede desvirtuarse, probando la nulidad o la ineficacia absoluta o relativa de aquel título o presentando al reivindicante el suyo preferente. En cambio, la presunción del 464, funciona de muy distinta manera. Este concepto sienta una regla de valor: la posesión equivale al título y esta equivalencia es la que no permite que se enerve por otro título propiamente dicho (82).

Cuarto criterio: Postura de la jurisprudencia; el 464 contiene una presunción de propiedad que sólo cede ante la prueba de que el dueño fue privado de ella injustamente, la carga incumbe a este último. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1945, clave en la cuestión, ha motivado interesantes comentarios, el más profundo el de VALLET. La posición del Tribunal Supremo se resume esquemáticamente; el legislador español interpretó "adrede" el término francés "vol" transcribiéndolo por privación ilegal. Esta interpretación se ajusta más a nuestro Derecho histórico según repetida jurisprudencia. La seguridad del tráfico quedará siempre defendida por la vigencia de la seguridad mercantil. Por último, señalar que el aumento actual y decisivo en la época que nos toca vivir de los bienes muebles, tan lejos ya de aquella concepción medieval que los consideraba "res vilis" haría peligroso la extensión incontrolada de nuestro principio.

Si bien el 464 ha sido el principal caballo de batalla de las adquisiciones "a non domino", no con dicho artículo queda agotado el tema en el Derecho positivo español. Aludimos en anteriores pasajes a situaciones "a non domino" apoyadas en la apariencia. Así puede ser presentada la simulación, el negocio jurídico simulado, referido en el artículo 1.276 CC, si bien con ciertas reservas, aun pudiendo admitirse una protección del

(82) VALLET DE GOYTISOLO: "Comentario a la Sentencia 1965", *ADC*, 1951; del mismo autor, "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del artículo 464", *Estudios de Derecho de cosas*, Madrid, 1973.

tercero adquirente del título simulado. También se vislumbra una posible adquisición "a non domino" en los artículos 1.734 y 1.738 CC en situaciones de poder revocado y en orden a los adquirentes que contraten con apoderado en los supuestos de los artículos citados, ya que adquirirán verdaderamente. Por último, la situación del heredero aparente, tema magistralmente estudiado por JORDANO BAREA (83), que si bien señala que en nuestro Código no hay disposición precisa en la que se haga referencia al heredero aparente, JORDANO opina que, partiendo del 991 y 997 que presuponen su posibilidad, por haber aceptado la herencia ajena, sobre la base de un testamento que después resulta revocado por la aparición de otros no conocidos a la fecha. La jurisprudencia a veces, se refiere a supuestos de herederos aparentes a propósito de la legitimación pasiva en el ejercicio de la "actio petitio hereditatis".

9. SOBRE EL ARTÍCULO 34 LH Y SUS EFECTOS

Sólo nos restaría ahora hacer alusión ya a las situaciones derivadas de inmuebles y a la protección que otorga el 34 de la LH y reproducir si el 32 regula una protección que debe estimarse como parte del 34 o consagra otra diferente. Es indudable que la LH establece un concepto de tercero que adquiere, con los requisitos previstos en ella. Pero lo que sí motivó dudas en la doctrina es si esta protección se produce por el camino sustantivo de las adquisiciones "a non domino" o por el procesal de la irreivin-

(83) JORDANO BAREA sostiene con la vista puesta en el ordenamiento español, podría intentarse la reconstrucción dogmática unitaria del instituto de la adquisición *a non domino* por el camino de la adquisición *ex causa nova*, visto que las normas de nuestro Derecho positivo parecen postular unánimemente el carácter originario de las adquisiciones *a non domino*. Para ello no habría necesidad de echar por la borda el principio de la apariencia jurídica, que según la opinión que nos parece más acertada —dice— constituye un concepto o principio lógico, o —si se prefiere— un principio de política legislativa y no un principio general del Derecho. Impugna la opinión de MENGONI que pretende explicar el fenómeno de la adquisición *a non domino* con el canon de la apariencia del derecho y que ello imponga lógicamente el carácter dinerativo de la adquisición, porque, según JORDANO, aparte de que una vez demostrado que la adquisición se verifica a título originario la apariencia *iuris* podría aún tomarse en consideración como elemento objetivo de la buena fe. Es decir, la apariencia de un derecho actual, frente al tercer adquirente de buena fe, como si fuera una realidad, y tanto da que el efecto de los actos del *non dominus* queden asegurados sucediendo el tercero en la titularidad del derecho en el lugar del *dominus*, que adquiriendo *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente. Desde el punto de vista técnico parece que no repugna que se adopte una u otra modalidad de adquisición. Todo dependerá de lo que impongan las normas positivas (JORDANO BAREA: "La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros", *ADC*, fascículo 3.º, 1950, y en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, Ed. Tecnos, 1976).

dicabilidad, todo dependerá del sentido que se atribuya a la frase del 34 "será mantenido en su adquisición". Así opina ROCA SASTRE, cuando se dan los conocidos presupuestos de aplicación del artículo 34 LH y se produce el efecto que este precepto establece y que consiste en que, el tercer adquirente, "es mantenido en su adquisición". Y es mantenido en su adquisición en los términos resultantes del Registro, por ser ésta una consecuencia lógica de la inoperancia de la inexactitud registral respecto del tercero protegido por la fe pública, ya que la discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral no le afecta, porque dicho tercero, puede atenerse en su adquisición a lo que el contenido registral expresa. De la índole o medida que alcance la inexactitud registral resultará que nuestro tercer adquirente, mantenido en su adquisición por efecto de la fe pública plasmada en el 34 LH, habrá efectuado una adquisición "a non domino" o una adquisición parte "a non domino" y parte "a domino" o una adquisición "a dómino". Así será:

Adquisición "a non domino", cuando lo reciba de un titular registral que carezca totalmente de derecho sobre la finca o derecho real limitado, adquirido por la razón que sea. *Adquirirá parte "a non domino" y parte "a domino"* cuando nuestro tercero lo reciba de un titular registral que sólo tenga en la realidad extrarregistral una cuota sobre la finca o derecho real y también cuando, siendo titular de la totalidad de la finca o derecho, aparece en el Registro libre de cargas (un usufructo o un censo por ejemplo) cuando en realidad está grabado. Finalmente, *adquirirá "a domino"* el tercero cuando lo verifique de un titular registral que lo sea en la realidad.

En cualquier caso, la adquisición "a non domino" viene a ser para ROCA el concepto central de la fe pública registral y, concretamente, de sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, conforme consagra la parte primera del primer párrafo del 34 LH, de la que otros artículos concordantes de la propia ley hacen concreta aplicación, en especial el artículo 40. Así, y en virtud del 34.1 LH, se produce, pues, el juego de una adquisición del derecho por parte del tercero hipotecario, con la consiguiente pérdida del mismo derecho por parte del "verus dominus" conforme al resultado de toda adquisición "a non domino". Asimismo, las numerosas circunstancias que como presupuestos de aplicación del 34.1 LH ésta exige, demuestran que se trata de uno de los pocos supuestos de adquisición "a non domino" que excepcionalmente admite el Derecho positivo español (84).

(84) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, cit., pág. 786.

Creo ahora es oportuno dejar para el capítulo siguiente lo que LACRUZ llamó "mecánica de la adquisición registral a non domino" que a la definitiva es un "otrosí" al hilo de los efectos del 34 y de su interpretación por la doctrina.

V. DE LA LLAMADA ADQUISICIÓN REGISTRAL "A NON DOMINO"

1. CRITERIOS SOBRE UNA CUESTIÓN

Momento es ya de abordar el problema base de mi estudio. A lo largo de anteriores páginas he pretendido aproximarme a la cuestión que ahora, y desde ahora, voy a tratar, que se sitúa en planos muy concretos y donde la doctrina de los autores, especialmente italianos, han matizado criterios con opiniones importantes. No tanto ha sucedido en los sectores doctrinales españoles que sólo, y en ocasiones, se han detenido a analizar la cuestión y han establecido los parámetros de una crítica constructiva (85).

Pues bien, enlazando con lo expresado por ROCA SASTRE al final del anterior capítulo sobre la protección que el Registro significa al tercero, cuando se dan los presupuestos del 34 LH, haciendo perfectamente válida en derecho su adquisición, "siempre que por inexactitud del Registro el titular registral que actúe de transferente en el acto adquisitivo del tercero protegido, no sea a la vez el titular real o verdadero del dominio o derecho real objeto de tal acto" (86). Así, se nos presenta esta "especial" forma de adquirir que justifica, por vía de la apariencia y, a fin de salvar la seguridad del tráfico inmobiliario, la singularmente llamada "adquisición a non domino".

Son los profesores LACRUZ y CRISTÓBAL MONTES los que se formulan la siguiente pregunta: ¿a qué mecanismo jurídico obedecen la adquisición del llamado tercero, es decir, del titular protegido por el Registro y la correlativa pérdida del titular no registral, o sea, del verdadero dueño de

(85) LACRUZ BERDEJO trató en sus ediciones primera y segunda de sus *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, años 1955 y 1957, especialmente en esta última en el capítulo 9.º: "Eficacia ofensiva de la inscripción", y en el último apartado de esta lección, el 35, de la "Mecánica de la Adquisición Registral a non domino". Este apartado ya no volvió a incluirse en posteriores ediciones de su libro. ROCA SASTRE, DE LA RICA, NÚÑEZ LAGOS y SANZ FERNÁNDEZ hacen alusión a la cuestión pero sin detención precisa. Sí lo hace CRISTÓBAL MONTES en su muy completo estudio "La Adquisición Registral a non domino", publicado en la *RGLJ*, VI, 1966. Especialmente en profundidad el problema es tratado por los autores italianos COVIELLO, FERRI, GENTILE, MENGONI, MORITTU y MAIORCA, cuyas obras ocuparán nuestras próximas citas.

(86) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, I, pág. 581.

la finca que, por no inscribir se ve despojado? (LACRUZ) (87) ¿Cuál es el mecanismo jurídico que explica y legitima semejante adquisición? ¿Cómo se justifica dogmáticamente el singular beneficio que obtiene el tercer adquirente registralmente tutelado? (CRISTÓBAL MONTES) (88).

Los caminos de la doctrina no siempre fueron confluyentes y ante los interrogantes expuestos dos vías doctrinales han defendido posiciones adversas. Planteémonos primero la vía que podríamos llamar negativa, pues niega que el tercero registralmente protegido realice adquisición alguna.

2. VÍA DOCTRINAL NEGATIVA

a) *Criterios generales*

El *criterio negativo* parte de una posición eminentemente "latina" de la cuestión: no existe propiamente una adquisición del tercero, sólo se le proyecta al mismo hacia una posición privilegiada y singular en cuya virtud no podrán ejercitarse contra él ningún tipo de acción conocida, especialmente la reivindicatoria, pues estamos (según los que adoptan esta posición) ante un claro supuesto de irreivindicabilidad. Dicho así, queda claro que se ignora el mecanismo de la adquisición "a non domino", por el cual ese tercero adquiriría de un no titular y recibiría la protección contra la reivindicación del que antes fue "verus dominus", así como la inoperancia de las acciones que pudieran ser ejercitadas contra el tradens; es ésta una simple consecuencia de la cualidad de "nuevo dueño" o titular que le corresponde por obra y gracia del Registro. Está a la vista que, mientras en este caso, la adquisición del derecho y consiguiente titularidad es definitiva, en el supuesto que nos ocupa, criterio negativo, la irreivindicabilidad es una situación "flotante", simple obstáculo puesto al ejercicio de una acción por una concreta situación que subsiste *sólo* mientras exista esa misma situación, pero que desaparece cuando cesa ésta. En el anterior caso, las acciones reales se han extinguido, en cambio en éste subsisten, diríamos "congeladas", ante la imposibilidad de su aplicación procesal contra el tercero.

(87) LACRUZ: "Lecciones...", *cit.*, pág. 289, intenta el autor exponer la mecánica de la adquisición registral "a non domino" con aplicación al caso de la doble venta de una misma cosa a personas diferentes que es el supuesto "tradicional" de los sistemas de transcripción sin perjuicio de alguna remisión, en ciertos aspectos, a la concepción germánica de la fe pública registral.

(88) CRISTÓBAL MONTES: "La adquisición registral 'a non domino'", *RGLJ*, 1966, pág. 589.

La tesis o vía negativa ha sido desarrollada en todos los sistemas latinos; en Francia e Italia fue donde tuvo sus primeros defensores. Tal vez el primero de ellos fue BUFNOIR, que defiende su teoría de la "relatividad del Derecho". Opina este autor que "incluso cuando se trata de un derecho absoluto, este derecho tiene siempre algo de relativo, en el sentido de que la ley puede subordinar a ciertas condiciones la posibilidad de hacerlo valer. Todo derecho, aun absoluto, no puede producir su efecto, sino en las condiciones fijadas por la ley. Es lo que ocurre con la propiedad, derecho absoluto por esencia, la ley ha regulado sus efectos de tal suerte que, ante ciertos terceros, este derecho absoluto no puede ser invocado sino cumpliendo determinadas formalidades" (89). Toda norma viene sujeta a condicionamientos de publicidad, en este caso registral, que si son incumplidos harán de tales actos defectuosos, pues el verdadero titular, en su negligencia al no llamar a las puertas del Registro y transcribir, ha posibilitado al anterior titular a realizar una segunda enajenación. Es el caso típico de la doble venta de un mismo inmueble a diferentes compradores; el primer adquirente que no transcribió su título mantiene su condición real de propietario, cualidad que no adquiere el segundo que sí transcribió. Ahora bien, pero como dice CRISTÓBAL MONTES, "la sanción no puede rebasar el fin de la norma a que sirve" y, en consecuencia, el acto no transcrito no surtirá efectos frente al tercero registral, pero, en cambio, será plenamente eficaz "inter partes", por lo cual, el primer adquirente será verdadero y auténtico titular del derecho enajenado (90). Así, en la apuntada doble venta a diferentes sujetos, como he indicado, el primer comprador que adquirió en derecho, pero que no acudió al Registro oportunamente, es el verdadero propietario y esta condición de "dominus", para los partidarios de la vía negativa, pasará al segundo comprador que, en cambio, sí "entró" en el Registro. En consecuencia, el primero podrá ejercitar la acción reivindicatoria "erga omnes", pero excepcionalmente chocará con ese segundo comprador que, al acudir al Registro, "neutralizará" esa acción y la congelará mediante la excepción de su acto transcrito (91). Pero, ahora bien: si nuestro tercero registral no pone en marcha la vía procesal defensiva con esta excepción, su situación, que es de mera

(89) BUFNOIR: *Propriete et contrat*, París, 1924, pág. 83.

(90) CRISTÓBAL MONTES: "La adquisición...", *cit.*, pág. 591.

(91) No debe olvidarse el distinto significado en el Derecho italiano de la "inscripción" con respecto a la "transcripción". Sin perjuicio de reconocer que en nuestro Derecho se distingue entre inscripción y transcripción en muy contadas ocasiones no obstante el uso ordinario las confunde. Cuando en la traducción de textos italianos hemos de verter al español las voces de "transcribir" o "transcrita", por sus equivalentes en el lenguaje usual de "inscribir" o "inscrita". Lo que pueda parecer confusiónismo quede salvado por lo dicho.

defensa, se desplomará a pesar de la inscripción, y la acción reivindicatoria *alcanzará* muy posiblemente su meta. Y esto queda claro en la jurisprudencia francesa, según LACRUZ y CRISTÓBAL MONTES, que parte del planteamiento que en el Derecho galo, el vendedor de un inmueble no puede rehusar la entrega so pretexto de que ha consentido ulteriormente una segunda venta y ésta ha sido transcrita primero.

La doctrina italiana viene representada por los criterios de BARASSI, VENEZIAN y, especialmente, FERRI. LOS dos primeros han defendido igualmente la posibilidad de un derecho dominical válido con matizaciones, en cuanto no es posible invocarse frente a ciertos sujetos señalados por ley; caso del tercero registral. Así, ese primer adquirente que no transcribió carece de reivindicación frente al segundo, que sí lo hizo, tercero protegido, aunque siga siendo auténtico propietario "erga omnes". FERRI va más allá en su *Tratado sobre la transcripción* (pues en trabajos anteriores adoptaba criterios ecléticos) y significa el carácter negativo de la situación del protegido registralmente. Pero nuestro autor eso lo alcanza desde parámetros procesales, al margen del derecho sustantivo. Así, para FERRI, será el juez el destinatario de aquella norma que deberá contemplar como si nada sucediera frente a ciertos sujetos, los terceros en sentido técnico, por el cambio jurídico no publicado. O sea: en un choque de intereses entre el primer adquirente (no registral) y el segundo adquirente (sí registral) el juez deberá otorgar razón a este segundo, porque la primera enajenación es en ese momento "tamquam non esset". La norma positiva, para servir a la apariencia en derecho y; en consecuencia, a la seguridad del tráfico, otorga al segundo adquirente los suficientes medios procesales para situarlo en posición similar a si el enajenante fuera propietario. Bien entendido que hablamos de *situación similar*, porque la sentencia del juez, en su fondo, jamás puede equipararse a un hecho jurídico que determine la adquisición de un derecho. Quede claro, que la propiedad de aquel primer adquirente podrá serle reconocida en otras situaciones, en otros procesos en los cuales no tenga ese "enemigo", es decir, ese segundo adquirente registral, tercero protegido y, aun contra él, si no opone la falta de transcripción (gran olvido), pues ésta no podrá aplicarse de oficio (92).

Así nuestro primer adquirente perderá "el juicio", es decir, el proceso, pero seguirá incólume su condición de propietario, pues la sentencia no se apoyará en la verdad sustancial, sino en otra "verdad": la verdad formal o legal. ¿Es esto flagrante injusticia? Posiblemente así sea desde el punto de vista subjetivo, y de ella todos somos partícipes, pues nadie será "paladín" de ese olvidadizo primer adquirente que no llamó a tiempo a las puertas del Registro, y una política de hechos consumados envolverá al

(92) FERRI: *Trascrizione Immobiliare*, Bolonia-Roma, 1955, pág. 15.

segundo adquirente, que sí entró en el Registro oportunamente. Tanto es así lo que digo, que en opinión de GENTILE, si por nefasta casualidad a los funcionarios fiscales se les ocurriera actuar contra ese "verus dominus", él sería el primero en defenderse, "rebotando" la acción fiscal contra el segundo adquirente formal o registral.

b) *De Núñez Lagos a la "bicicleta de Ewald"*

Situados ya en la doctrina española es la figura de NÚÑEZ LAGOS la que encabeza la vía negativa, pues, como bien sabemos por anteriores páginas, nuestro autor mantiene a ultranza el "criterio latino" que contempla en paridad de poder y acción el artículo 32 y el 34 LH. NÚÑEZ LAGOS niega que pueda hablarse con propiedad en nuestro sistema inmobiliario registral de adquisición "a non domino" porque el texto del artículo 34 sólo dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, y no cabe duda que, para que este derecho sea así mantenido, tendrá que llegar a ser totalmente irrevocable en poder y manos del tercero. Y añade el autor: "pues una cosa es la irrevocabilidad y otra cosa diferente la adquisición 'a non domino', es decir, se puede hablar de adquisición 'a non domino' como consecuencia de la irreivindicabilidad, como en Alemania se puede hablar de irreivindicabilidad, como un efecto de la adquisición 'a non domino'" (93).

Quiero aportar ahora un ejemplo ya clásico que nuestro autor incorpora en su estudio (citado en nota) y que justifica la "negatio actiones" especialmente la reivindicatoria en materia de bienes muebles, hacia la adquisición "a non domino", que se concreta en el 932 del BGB y que se extiende a la fe pública registral en materia de inmuebles, conforme el 892 del BGB, o sea: demostrar la importancia práctica de la "negatio actionis" respecto de la adquisición "a non domino" y la diferencia entre una y otra figura; para ello NÚÑEZ LAGOS recurre a un autor alemán y a su aportación doctrinal citada en nota, nos referimos a EWALD y al ya célebre ejemplo que conoce todo opositor a Registros: "la bicicleta de Ewald" (94). Este es el supuesto:

A entrega en depósito su bicicleta a N, quien la enajena a Z, teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z entrega la bicicleta a N (no importa con qué motivo). Se presenta A en casa de N y reclama su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de

(93) NÚÑEZ LAGOS: "El Registro de Propiedad español", *RCDI*, 1949, pág. 248.

(94) EWALD: *Der Rückerwerb des Nichtberechtigten*, en el tomo 40 (1926) de los *Jherings Jahrbücker*, pág. 299.

adquisición "a non domino" por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z, A perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N a A no fue una enajenación, sino una mera devolución del depósito. Según el sistema austríaco y también suizo de irreivindicabilidad frente a tercero, Z será mantenido en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en ningún momento. Únicamente A había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A no readquiere de N su propiedad porque ya la tenía, sino solamente la posesión... (95). En consecuencia, sostiene NÚÑEZ LAGOS, que en los mencionados Derechos austríaco, suizo y también español, no hay *directamente* adquisición "a non domino", sino únicamente a lo sumo por vía de *consecuencia* y, consecuente rebote de la *negatio actionis*, y que sólo en Derecho alemán existe la adquisición "a non domino" entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el BGB y un *principio* en España (96). De todas formas, nuestro autor reconoció en estudios posteriores (97) la presencia de un supuesto de adquisición "a non domino", pues estima que, cuando actúa el artículo 34, el propietario civil o verdadero pierde la propiedad de la cosa correspondiente, que queda *desplazada* en el tercer adquirente, constituyendo para éste la inscripción un verdadero *modo de adquirir la propiedad*.

No negamos que la vía negativa, que se limita a otorgar una situación de privilegio al tercero haciéndolo inmune a la reivindicatoria, pudo tener apoyos históricos. Así sucedió en el área de los Derechos germánicos, en el que el adquirente, sin ser propietario, se hallaba en una situación inatacable, porque el dueño real no contaba con acción reivindicatoria para defender su dominio. Hoy las medidas de técnica jurídica son diametralmente distintas, y no se concibe un derecho de propiedad sin su actuante defensa en acción reivindicatoria. Es, por así decirlo, la otra cara de la propiedad, pues perder enjuicio la reivindicatoria es perder tu derecho de propiedad. Asimismo, si no es posible actuar con nuestra acción contra un sujeto, es porque éste ha alcanzado el dominio pleno. Aparte diré que,

(95) He querido, al hilo de este trabajo, recordar con "la bicicleta de Ewald" a un gran jurista, que fue mi amigo y a la vez profesor. cursaba yo cuarto de Licenciatura, se me hacía duro el texto del Catedrático y recurrí a mi amigo para que me aclarase conceptos. Lo hizo una tarde en casa de mis padres. Allí le propuse que me dejase grabar, para un mejor repaso, lo que me iba a explicar. Mi padre había adquirido un extraño aparato llamado "hilo magnetofónico", que en aquellos años cincuenta era raro artilugio, pues la cinta o cassette aún estaba a varios años vista. Pues bien, esa tarde grabé la entrañable explicación, me habló de EWALD y de la bicicleta... Su fina voz quedó allí recogida, la guardo como una reliquia. Ese verano un accidente se llevó a mi amigo Mariano Alonso Lamban. Dios te guarde.

(96) NÚÑEZ LAGOS: "El Registro...", *cit.*, pág. 250.

(97) NÚÑEZ LAGOS: "Variaciones", *RDN*, 1962, pág. 109.

hablar de adquirir la propiedad por vía de consecuencia, "retorciendo" los razonamientos con dialectismos intrascendentes no nos conduce a nada, pues ante la razón y ante el derecho se está o no se está en la titularidad plenamente asumida de las cosas. Todo lo demás, así como los medios para llegar a ello cae en los parámetros de la indiferencia.

El principio de la fe pública, hemos dicho hasta la saciedad, protege a ese tercer adquirente que reúna los requisitos en los supuestos de inexactitud registral —tradens titular tabular, pero no titular real— está claro que, al amparo de la aludida protección, no se estará a otro resultado que la atribución de la propiedad o derecho real enajenado. Y, volviendo a FERRI, diremos que esa adquisición no será obra del juez, no podría serlo, pero sí de una concreta relación negocial inter-partes que la ley otorga su plácet y su fuerza. Ello nos conduce a afirmar que esa fe pública registral, que cubre el tercer adquirente, le supone el reconocimiento de una consustancial manera de adquirir.

Por lo expuesto quedan resumidos ya los postulados doctrinales que buscaron su apoyo en esa llamada vía negativa, que encontró cobijo en los sistemas latinos, rechazando, si no frontalmente, sí por tortuosos senderos argumentales la adquisición "a non domino" en nuestro Derecho sustantivo.

3. VÍA DOCTRINAL POSITIVA

Una segunda vía o tesis que llamamos *positiva* es la que ahora nos va a ocupar, sus defensores parten de una especie de "principio de fe": todo tercero que registra su título con arreglo a la norma, realiza "ipso facto" una verdadera y propia adquisición que lo transformará en titular del derecho objeto del negocio jurídico en el que fue adquirente de buena fe. Eso es todo, y de aquí vamos a partir, señalando que, dentro de esta dirección, se nos presentan dos importantes brazos o posiciones de la doctrina: la de aquellos que sostienen que lo que verdaderamente se produce es una adquisición "a dominio" y los que hablan de una genuina adquisición "a non domino". Vamos a la primera:

a) *Adquisición "a domino"*

El criterio general parte del Código italiano y de su artículo 2.644, que otorga sustancial preferencia entre dos o más adquisiciones igualmente válidas, aquella que el Registro publicó primero. Y ello a pesar de que este principio es incongruente con la letra del 1.376 del mismo cuerpo legal,

que fundamente el principio de transmisión de la propiedad por efecto del consentimiento (98). Ahora bien, expuesto el principio-base, hay fluctuaciones doctrinales. Así FUNAIOLI considera a todo titular de un derecho sujeto a los condicionantes de lo que podríamos llamar "Dominio Relativo" como etapa previa antes de la transcripción, salvando las distancias algo que, en mínimos, el año 24 ya planteó BUFNOIR en Francia. O sea: en tanto no se ha producido la entrada en el Registro y su consecuente inscripción, *todos* los sucesivos adquirentes de una *misma* finca son propietarios de ella. Y esto se plantea por nuestro autor así: la primera venta o enajenación, obviamente, produjo la pérdida del derecho en el transmitente, si bien la pérdida dominical sólo se produce frente al primer adquirente, pero no así frente al segundo, al que nuestro transmitente vuelve a enajenar, transmitiendo la propiedad al mismo, es decir, a ese segundo adquirente, y así podría ocurrir sucesivamente. Sólo se rompe la cadena cuando uno de los "accipiens", cualquiera de ellos, entra en el Registro inscribiendo y, "desnivelando" esta ficticia igualdad..., así deviene único y absoluto propietario frente a todos (99). En todo caso, la teoría de FUNAIOLI de la "Propiedad Relativa", llevada por el autor italiano a sus últimas consecuencias, pues como hemos dicho, para él, antes de la inscripción, todos los adquirentes de una misma finca son titulares reales de ella, también contagió a cierta doctrina española. El mismo Jerónimo

(98) Indica ROCA SASTRE que en los sistemas de transcripción, como regímenes inmobiliarios no evolucionados, solamente contemplan en su clara pureza la pugna entre títulos incompatibles principalmente cuando el de fecha más moderna se ha anticipado en la transcripción. En esta pugna suele servir de prototipo el caso de la doble venta por el propietario de un inmueble a favor de dos personas sucesivamente. Para la resolución de tal pugna dichos sistemas adoptan una fórmula simplista: la prioridad más absoluta. "Prior in tempore potior in iure". Esta es la solución mágica. La conciencia del legislador aquí adopta un argumento que le tranquiliza: es justo que el que fue negligente o remiso en acudir a la transcripción sufra el justo castigo de quedar inoperante su adquisición. Esta transcripción es, pues, suficiente para que aquella adquisición transcrita prevalezca, siempre, claro está, que el contrato de compraventa sea válido; no se requiere ningún otro requisito ni siquiera la buena fe. De la validez o vigor de la titularidad del vendedor el sistema para nada se preocupa, por ser un problema ajeno a todo lo que no sea la oportunidad en el logro de la transcripción, pues es lo único de que se trata.

Los sistemas de fe pública del Registro no adoptan esta visión raquítica, sino la más amplia posible. También juega en ellos la prioridad pero condicionada no sólo por la validez del negocio adquisitivo del tercero, sino por la buena fe de este tercero sobre todo, y como en ello juega prevalentemente la confianza de éste en la verdad del contenido del Registro se requiere asimismo la previa inscripción del derecho a nombre del transferente y en algunas legislaciones, además, se brinda sólo la protección a los terceros adquirentes que lo sean a título oneroso ("El problema de la relación con respecto del art. 34 LH guarda el art. 32 de la misma", *RCDI*, 1965, pág. 810).

(99) FUNAIOLI: "La cosiddetta proprietà relativa", en *Studi per Cicu*, Milán, 1951, pág. 377.

GONZÁLEZ aceptaba, por lo menos la existencia de un propietario material poseedor, sin título inscrito y, un propietario formal único, legitimado para transmitir la finca. DE LA RICA consideró que mientras el derecho real no se inscribe no queda constituido con la eficacia "erga omnes" que le es característica.

En mi opinión, la construcción de FUNAIOLI está a falta de fundamento jurídico serio, pues no es ni concebible ni creíble que quien dispone de su derecho lo esté al mismo tiempo conservando, aunque sea frente a otras personas posteriores adquirentes. Disponer supone para mí perder, "vaciar" patrimonialmente en beneficio de otro; la propiedad es derecho exclusivo (por lo menos hasta hoy, y salvando los embates del derecho administrativo) y su eficacia actuante afecta a todos. No creo que se necesite mayor comentario.

Pero la Escuela italiana no rompe totalmente con la anterior tesis, y ciertos autores, como COVIELLO, traspolan propiedad relativa por ineficacia relativa del acto no transcrito. Autores del peso jurídico de FERRI y MAIORCA consideran que, cuando se produce la transcripción de aquel que va primero al Registro, se da una especie de hecho retroactivamente resolutorio de la primera o anterior adquisición no transcrita. MAIORCA, en el supuesto clásico de doble venta, considera que las diversas enajenaciones del tradens "entrañan un derecho resoluble que se hace irrevocable por la inscripción propia y, se desvanece por la ajena" (100). Jugamos con eficacias provisionales de aquello que no ha sido aún transcrito, y que coexiste, o cohabita, con otra disposición tan provisional como la anterior. Cada uno de ambos hechos tiene relevancia jurídica como elemento constitutivo de un supuesto de hecho todavía incompleto. Cuando se produce la inscripción entra en acción la protección registral de la ley, la apariencia y así la adquisición, sin contrincante alguno, será "a domino". La transcripción del segundo resuelve el derecho del primero y lo retrotrae al disponente, dueño inicial.

Parecidos son los criterios operativos de FERRI, que sostenía que "la enajenación no transcrita deviene inválida al instante de la transcripción del segundo adquirente y, en consecuencia, la propiedad revierte al enajenante del cual pasa en el mismo instante a aquél" (101). GENTILE también sostiene que la adquisición del titular protegido registralmente es "a domino", pues según este autor, "realizada una primera venta, y mientras su inscripción no tenga lugar, no se ha perfeccionado todavía la separación de la propiedad de la cosa vendida de la persona del vendedor y, por ello,

(100) MAIORCA: "Della trascriziones", en *Comentario D'Amelio-Finzi. Tutela dei diritti*, 1943, pág. 139.

(101) FERRI: "Trascrizione...", *cit.*, pág. 19.

éste continúa siendo propietario de la misma, aunque de un modo temporal y condicionado, por hallarse legitimado para disponer del inmueble vendido. Por esta razón, en tanto el primer comprador no inscriba su adquisición, el referido vendedor podrá enajenar el mismo inmueble a un segundo comprador, aunque potencial y condicionalmente, y así, por consiguiente, a un tercero, cuarto o quinto sucesivos adquirentes, todos los cuales serán también propietarios únicamente potenciales o "sub-conditione" y tan sólo el de esta serie de adquirentes que *antes* inscriba su título se transformará en propietario puro o actual" (102). CARIOTA-FERRARA, en parecidos términos, pero en opuesta idea a la crítica propiedad relativa, considera que, mientras que no se produzca la transcripción por alguno de los adquirentes, el tradens vendedor conserva su poder de disposición respecto de la cosa vendida (103). MENGONI igualmente defiende que, si es el segundo adquirente el que ha transcrito antes su acto adquisitivo, será adquirente "a domino", pues no cree el autor que el 2.644 del Código italiano pueda servir de base para justificar adquisición "a non domino" en sentido técnico y con protección legal (104).

MESSINEO parte de consideraciones muy similares a las de MENGONI, en orden a que el 2.644 del Código Civil italiano resta eficacia no al título en sí, sino a la transcripción posterior de derechos nacidos del título y, en consecuencia, considera que la falta de transcripción no resuelve en buena lógica la adquisición, pero sí limita su eficacia, pues el título "no tiene efecto". Estima el ilustre autor que debe rechazarse el concepto de *resolución* y sostener, en cambio, el de *ineficacia relativa*. La adquisición del segundo o ulterior causahabiente nace, cuando el primero no transcribe, o transcribe después de él, y es una clara adquisición "a domino" y además, a título derivativo, ya que determinándose la sobrevenida ineficacia de la adquisición del primer causahabiente el segundo adquiere "a domino". Prueba es que el derecho pasa al accipiens con todos sus pros y sus contra, vicios y beneficios. Señala, por último, que "aun no pudiéndose operar con el concepto de resolución y manteniendo firme el concepto de ineficacia, la adquisición del segundo causahabiente se convierte en adquisición 'a domino' precisamente porque la misma es, ante todo, adquisición válida y además porque el enajenante está, en virtud de la transcripción, legitimado *a posteriori* para enajenar al segundo causahabiente, y el poder de disponer del enajenante renace respecto de la segunda enajenación" (105).

A estas opiniones podríamos agregar otras como la de CARNELUTTI O

(102) GENTILE: *La trascrizione immobiliare*, Nápoles, 1959, pág. 6.

(103) CARIOTA-FERRARA: *II negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, pág. 92.

(104) MENGONI: "L'acquisto...", *cit.*, pág. 131.

(105) MESSINEO: *Derecho civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1954, trad. Sentís Melendo, pág. 577.

la de GIORGIANNI, pero la verdad es que todas, con muy ligeras variaciones "de gusto" o con sutilezas dialécticas, que a veces esconden construcciones dogmáticas inseguras, todas, repito, se esfuerzan en demostrar que la adquisición producida tiene el carácter de "a domino".

Opinión crítica

Pasemos ahora a manifestar brevemente nuestra opinión a las aludidas tesis de los autores y, como creemos, carecen de cierta defensa sustantiva no sólo en el Derecho italiano, sino, inclusive, a su aplicabilidad en el área de Derechos latinos. Sabemos bien que en España la propiedad y demás derechos sobre bienes se adquiere y transmite por efecto combinado del consentimiento legítimamente manifestado y la tradición. Ello supone que toda modificación real opera en la dialéctica contractual de las partes o por expresa manifestación legal, pero a ninguno se nos ocurre pensar que la inscripción del acto de adquisición tenga eficacia dispositiva, lo cual supone negar rotundamente la teoría que pretende configurar la transcripción como modo de adquirir el dominio, ni aquellos que defienden la extraña vía de la propiedad relativa, pues no dudamos en afirmar que toda disposición de nuestra propiedad en vía enajenatoria es perfecta y completa, provocando de manera plena el traspaso dominical y haciéndolo efectivo "erga omnes", pues cae en los dominios de lo absurdo pensar que un sujeto "puede ser y no ser" a la vez propietario de un bien o cosa.

Para mayor y mejor abundamiento refutatorio en orden a los anteriores criterios, disintimos de la argumentación que nos da MESSINEO en su obra ya citada. Adivinamos un constransentido cuando sostiene, con razón, que la primera enajenación priva al tradens del poder de disposición, pero pasa a asegurarnos luego que, realizada por ese primer disponente una segunda enajenación, que ingresa en el Registro, este segundo adquirente adquiere eficazmente "a domino", pues del disponente "original", aunque transmitió, no lo hizo del todo, "recuperó" titularidad, para operar otra vez y así sucesivamente. Tenemos claro que todo poder de disposición es privativo y a la vez exclusivo del propietario de la cosa, y corresponderá al titular del derecho subjetivo, de tal forma que sólo él puede disponer del mismo. Nuestro disponente "original", una vez realizada la primera enajenación se "vacía" de poder, pues lo transmitió al primer accipiens, careciendo ya obviamente de ese poder, opino, irrecuperable por esos difíciles vericuetos, pues ya no es titular del derecho que pretende transmitir por segunda o tercera vez. Así, cae por su peso, que el segundo adquirente protegido por el Registro lo sea "a domino", y defender que aquella enajenación primera no transcrita restituye al disponente original la "in-

vestidura" de dominus, volviéndolo a legitimar para sucesivas enajenaciones, lo cual no deja de ser un difícil ejercicio de malabarismo sin base sustancial. Pero lo que sí está claro es que la segunda enajenación producida por alguien (titular original) que ya no es titular del derecho enajenado, producirá mas bien una adquisición "a non domino" en vez de "a dómimo", como se pretendió.

Intentemos ahora, con el material que se nos ha dado, construir positivamente un criterio. Obviamente estamos jugando con el supuesto típico de la doble venta (aunque no sólo se aplique a este supuesto). No nos merece el beneficio de la duda el que, cuando un vendedor realiza una segunda venta de algo que ya vendió antes, ya no es propietario de ese inmueble por ejemplo, pues se desprendió de su titularidad en esa primera enajenación. El Registro, ahora en este momento, para nada tiene que ver, pues se inscriba o no el acto dispositivo, su titular quedó definitivamente despojado del "dominium". Igualmente, en el decir de CRISTÓBAL MONTES, la ausencia de titularidad en el tradens tiene lugar cuando su título es inexistente o nulo en forma absoluta y cuando el mismo ha sido anulado, resuelto, rescindido, revocado o de cualquier otra forma devenido ineficaz para el momento de verificarse la transmisión o gravamen de la finca (106). Ahora bien: partiendo de que el titular registral de ese derecho no es un titular real, "verus dominus", sino mero titular tabular o formal. Pero, precisamente por todo aquello que nos justificó la doctrina de la apariencia, es aquí, en este momento, por concretas razones de seguridad del llamado tráfico jurídico inmobiliario, donde se pone en marcha toda la mecánica registral y los condicionantes y "amparo" del artículo 34 LH. La apariencia legitimadora todo lo cubrirá, más diría, lo justificará, no importa ahora que actúe en positivo o en negativo, por vía del 34 o del 32 LH. La ley *quiere* que el tercero (segundo adquirente: tercero registral) bajo ciertas condiciones, adquiera de forma perfecta e irrevocable. La protección registral es sanatoria, es "curativa". El titular aparente, a la luz de todos, se encuentra totalmente legitimado en sus actuaciones en el campo del tráfico jurídico. La transcripción registral ha servido para transformar una imposibilidad jurídica en un posible jurídico pleno y realizable. En palabras de J. GONZÁLEZ, "si la legitimación no equivale a facultad de disponer, la suple, empero, en el comercio produciendo la validez del acto dispositivo del no titular con cargo al verdadero titular y a favor del adquirente de buena fe" (107). O, como ha dicho ROCA SASTRE, "hay que sentar de una vez que la facultad de disponer es privativa del 'verus

(106) CRISTÓBAL MONTES: "La adquisición...", *cit.*, pág. 607.

(107) GONZÁLEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, I, Madrid, 1948, pág. 26.

dominus', pero la legitimación registral sitúa al titular según el Registro en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado" (108).

Infine, para nosotros el adquirente protegido por la publicidad registral, el tercero hipotecario, es un adquirente "a non domino". Tal no admite duda.

b) *Adquisición "a non domino"*

Un amplio sector doctrinal, y en el que también participan autores italianos, así como españoles y, desde luego, alemanes, al abordar la cuestión que nos ocupa se inclinan por estimar que la consabida adquisición del tercero registral es y será siempre "a non domino", pues la ley, arropada por la apariencia y la legitimación, suplirá el defecto de titularidad de aquel enajenante irregular, titular tabular.

La mecánica justificatoria de este modo de adquirir debe arrancar de la voluntad legal legitimadora sobre el titular transferente, la protección a la confianza, a la apariencia, que otorga poder legal para transmitir a un "enajenante incompleto" jurídicamente considerado. Cabe también que la legitimación sea actuante asimismo sobre ciertos terceros, para disponer sobre el patrimonio ajeno. Supuesto de representación en el que no vamos a entrar. La legitimación aparente que a nosotros importa supondrá siempre capacitar, dotando de eficacia jurídica al acto del enajenante para que en su actuación aparezca investido de poder bastante.

Pero nos preguntamos ¿qué supone y en qué consiste la legitimación del titular aparente que posibilita la disposición práctica del derecho ajeno? GIERKE dice simplemente que se trata de un poder dispositivo, de orden formal, pero de verdadera fuerza real. VON THUR resume la legitimación del titular tabular en su posibilidad material de disponer en la realidad, criterio al que se suma MENGONI, si bien matiza y considera esta posibilidad como de orden jurídico. LADARIA cree que no estamos ante una legitimación aparente, sino ante una situación de legitimación por vía extraordinaria, pues nuestro titular aparente posee un verdadero poder jurídico que le permite obrar con eficacia. Más lejos se sitúa RAVA, que considera que aunque el negocio jurídico tenga eficacia real en el Derecho italiano, necesitará para justificar la legitimación dispositiva la tradición adicionada a la transcripción, y ésta será la verdadera causa eficiente del traspaso de la legitimación subjetiva, pues al lado de la circulación jurídica de los bienes existe una distinta circulación de las legitimaciones.

(108) ROCA SASTRE: "El problema de la relación con respecto del artículo 34 LH guarda el 32 de la misma", *RCDI*, 1965, pág. 809.

Cierra LACRUZ el círculo a estas teorías, a veces más bien simples criterios doctrinales, señalando que las críticas se han venido a centrar fundamentalmente sobre la real o supuesta legitimación del enajenante. Toda legitimación supone una autorización, bien voluntaria o bien legal, para realizar actos de disposición, pasada esta frontera la disposición de un derecho ajeno es acto ilícito. Sin duda, partiendo de un criterio netamente tabular, aquel titular registral es el único legitimado para provocar, mediante la inscripción, modificaciones librarías en la situación jurídica de la finca. Pero considera LACRUZ que "en el sistema español de inscripción generalmente declarativa y en el cual la inexactitud del registro no es algo patológico, sino un fenómeno normal que se produce al menos unos minutos o unas horas tras cada enajenación, el hecho de que cada titular registral, con independencia de si materialmente ostenta o no el derecho que la inscripción le atribuye, sea el único que puede promover, por vía ordinaria, los cambios registrales, no arguye ninguna autorización para disponer que no puede derivar de la regla meramente formal de tracto sucesivo (que sólo cuida de formar una genealogía de titulares libraríos, sin interesarse por la pertenencia material del derecho) ni menos del artículo 38, que limita su papel a presumir la exactitud del asiento ayudando al titular en la prueba de su derecho, y no le faculta para enajenarlo (por lo demás, esa llamada "legitimación" existe igualmente en los Derechos francés e italiano, donde el concedido del Registro no se presume exacto). Sería precisa una disposición expresa de la ley para que el titular registral pudiera ser considerado como legitimado para disponer, incluso fraudulentamente, de la cosa que no es suya y esta disposición no existe, ni verosímilmente puede existir" (109).

Efectivamente, creemos con LACRUZ, en esa necesidad de disposición legal expresa para que el titular registral pueda ser considerado como legitimado para disponer. Pero conviene entender que una cosa es que no se formule inmediatamente la legitimación del titular aparente y otra que la misma resulte por vía indirecta, o como efecto reflejo de la protección registral. Así se pronuncia CRISTÓBAL MONTES, pues considera que desconocer esto es ir contra la realidad de los hechos. El que confiado en el Registro adquiere de buena fe, su adquisición será eficaz y será mantenido en ella. Es decir: adquiere con efectividad plena el derecho que se trate, sin consideración concreta a si éste pertenecía al tradens o a otro sujeto, y sin consideración a buena o mala fe actuante de ese transferente. Lógico es pensar que esto debilita la posición en el mundo jurídico del tradens, pero por ello no se le puede "despachar" de la relación. A nosotros lo que verdaderamente nos importará y será determinante es la protección del

(109) LACRUZ: "Lecciones...", *cit.*, pág. 293.

tercero de buena fe materializada por la norma, y siempre que nuestro tercero hubiera realizado un negocio jurídico dentro de los parámetros impuestos por la ley que motivará sin duda esa adquisición en situación de "a non domino", sustentada por una legitimación dispositiva —auténtica legitimación—, pues por ello el "non dominus" podrá operar con poder jurídico suficiente para concretar eficacia sobre su acto.

PUGLIATTI, y por su efecto ROCA SASTRE en nuestra doctrina, considera (el primero) que el acto dispositivo del "non dominus" debe ser considerado como simple elemento de hecho que, juntamente con otros elementos de hecho, constituye un supuesto de hecho complejo que, como todo, es el verdadero y único hecho adquisitivo del derecho (algo que ya los alemanes habían formulado y dicho con su doctrina sobre el *Tatbestand* en su aplicación por la doctrina del Derecho privado). De ahí que ROCA diagnostique que la adquisición "a non domino" es un modo de adquirir la propiedad "ex causa nova", es decir, diferente del modo de adquirir por negocio jurídico. En esta singular y, casi diríamos, extraña forma adquisitiva hay algo de excepcional que supone para la ley la adopción de razones o medios de tipo *expropriatorio* que nos proyectan lejos de la recta disciplina del Derecho civil. Adquirir "a non domino" es, en sí y por sí, más "grave" que adquirir mediante la usucapión, pues ésta "cuenta" con todos los sujetos, desgrana el tiempo y casi "te avisa"; en la forma "a non domino" no pasa igual, se opera "ex lege" automáticamente, justificando la salvaguarda del tráfico; en la adquisición "a domino" la ley requiere que el enajenante sea el titular del derecho con una operativa de legitimación normal, mientras que en la adquisición "a non domino", con la concurrencia de ciertas condiciones sabidas, la ley completa el supuesto de hecho, reconociendo al titular aparente la posibilidad de disponer eficazmente del derecho de otro, en este caso, con la operativa legitimación por vía extraordinaria o aparente.

Opinión crítica

Entrando ya en la recta final, decir que hay que sentar de una vez que la "facultad de disponer" es privativa del *verus dominus*, pero la legitimación registral sitúa al titular, según el Registro, en la posibilidad de producirse como si fuera dueño o titular verdadero del derecho registrado, pues el artículo 38.1 LH lo presume tal "*iuris tantum*" a todos los efectos legales. Por otra parte, no cabe duda que entre la facultad de disponer o legitimación ordinaria que atribuimos al titular real y la autorización para disponer, o legitimación extraordinaria que por ley se reconoce al titular aparente, hay una total equivalencia, ya que ambas conducen a igual

resultado: la adquisición del derecho por parte del accipiens. La ley suplirá, subsanará o convalidará la falta de poder de disposición en aquel titular tabular. Por ello, creemos que, a la definitiva, la distinción entre adquisición formal y material es puramente inoperante en la realidad cotidiana.

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Supremo *no* tiene declarado expresamente que el artículo 34 LH pueda entrañar una adquisición "a non domino", pero sí lo hace implícitamente, pues si bien generalmente emplea el concepto de protección que el artículo 34 brinda al tercero hipotecario, no obstante reconoce que este tercero efectúa realmente una *adquisición de derecho inscrito*. Así, por ejemplo, la Sentencia de 5 de febrero de 1962 habla de que el tercero hipotecario efectúa la *adquisición del dominio inscrito* por ministerio de la ley en virtud del artículo 34 LH, *combinada* con la buena fe del adquirente, de que el Registro y sus asientos se estiman *exactos e íntegros* en beneficio del tercero que esta norma protege, aunque la realidad jurídica extrarregistral sea otra y en pugna con la tabular, y cuya adquisición *se mantiene incondicionalmente*. En igual sentido se manifiesta otra Sentencia de 8 de febrero del mismo año 1962.

Creo haber fundamentado mi criterio a lo largo de estas páginas. Mi pretensión ha sido simple, pero no por ello poco importante. La publicidad, en un juicio de valor, ocupa un alto escaño en el campo del Derecho civil. La fe pública, apoyada por la apariencia y la consecuente legitimación del acto, crean un "ius novum" de gran trascendencia en el mundo actual que nos toca vivir, muy especialmente en el campo inmobiliario. El actor principal de la obra será un sujeto muy singular: el tercero hipotecario; el campo de acción, el "decorado", un singular modo de adquirir, creado con materiales jurídicos nuevos y que no todos dan por buenos. Al final: el mundo de las consecuencias jurídicas, largos y tortuosos senderos para alcanzar iguales cimas. Simplemente se trató de caminos diferentes. El Derecho hipotecario reafirma su realidad absolutamente necesaria en el tráfico económico, sus parámetros son concluyentes y opino que, son efectivos, a la vez que ordenados, en eso consistirá todo. Más allá, el derecho es la razón y la consecuencia.

Luis MARTÍN-BALLESTEROS HERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
de la Universidad de Zaragoza