

Configuración doctrinal de las adquisiciones «*a non domino*»

Una primera excepción al principio *nemo dat quod non habet* se encuentra en el artículo 1.473 del Código Civil (1), que contempla el supuesto de doble venta de un mismo bien por idéntico vendedor a diferentes compradores, hipótesis embebida en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que, además, regula la situación del adquirente cuando el derecho del otorgante se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ordenando que sea mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, y siempre que haya adquirido de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir.

Se permite así que quien ha dejado de ser dueño de un inmueble por haber transferido ya su derecho, o carece de tal cualidad por ser su título adquisitivo inexistente, nulo, anulable, simulado, resoluble, rescindible o revocable, pueda transmitir la propiedad de un bien de forma inatacable a determinados terceros especialmente protegidos por la ley (terceros hipotecarios).

La doctrina científica, a la hora de explicar este fenómeno, se ha dividido en dos grandes direcciones:

- A) Sostener que el tercero hipotecario es un verdadero adquirente del derecho inscrito.
- B) Negarle tal cualidad afirmando que únicamente se encuentra en una situación jurídica privilegiada que le excluye de la reivindicación del verdadero propietario.

(1) ROCA SASTRE considera al artículo 1.473 del Código Civil como un supuesto absorbido en los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria. *Vid.* ROCA SASTRE, R. M.^a: «Las adquisiciones a *non domino*», conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 1 de junio de 1970, en *AAMN*, t. XIX, página 308.

Ambas soluciones conducen en la generalidad de los casos a resultados semejantes, aunque no absolutamente idénticos, ya que la adquisición del derecho es definitiva, en tanto que la irreivindicabilidad es un obstáculo opuesto al ejercicio de una acción por una determinada situación que subsiste sólo mientras la misma existe y desaparece cuando ésta cesa (2).

La redacción actual de la Ley Hipotecaria no deja lugar a dudas; al decir en el artículo 34 «será mantenido en su adquisición» se está aceptando expresamente la primera de las soluciones apuntadas. A pesar de ello, NÚÑEZ LAGOS, en contra de la opinión dominante, defiende la tesis de la irreivindicabilidad. Argumenta este autor que la ley no dispone que el tercero adquiera la propiedad, sino simplemente que sea mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, lo que se consigue haciendo la adquisición irrevocable. En su opinión sólo se puede hablar de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad, por efecto de la exclusión de la acción reivindicatoria (3).

No es admisible esta posición, porque el derecho de propiedad es *erga omnes*, de forma que o se es propietario frente a todos o no se es frente a nadie (4), pudiendo ejercitarse la acción reivindicatoria de la misma manera, y si frente al tercero hipotecario no se puede ejercitar, el indicio de que uno ha perdido su cualidad de *dominus*, que ahora está en manos del otro, es claro.

Por otra parte, si este tercero es despojado del bien cuya titularidad ostenta, indudablemente podrá ejercitar las acciones pertinentes para volver a ocupar la situación que poseían, entre ellas la reivindicatoria, entonces, ¿qué será más que un propietario?

La verdad es que si alguna duda deja la expresión literal del artículo 34 acerca de si hay o no una adquisición, ésta queda resuelta si se la pone en conexión con el artículo 1.473 del Código Civil, que en su párrafo 2.º dice que la «propiedad» pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro.

Con afirmar que el tercero hipotecario es un adquirente no cesan las discrepancias doctrinales, pues, aunque la mayor parte de la doctrina afirma que realiza una adquisición *a non domino*, no faltan autores, esencialmente italianos, que a través de diversas ficciones jurídicas defienden

(2) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Reus, Madrid, 1947, pág. 403.

(3) NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad español», en *RCDI*, 1949, página 248.

(4) No considero aceptable en nuestro Derecho la teoría de la propiedad relativa elaborada por una parte de la doctrina italiana.

la cualidad de *dominus* en el enajenante, estudiando el caso típico de la doble venta.

Para ver lo artificioso de esta construcción será suficiente con exponer las tres teorías más destacadas en este sentido: las de GENTILE, MENGONI y MESSINEO. Afirma el primero de los citados autores que en tanto ninguno de los compradores haya inscrito su derecho el vendedor conserva la propiedad del inmueble enajenado, ya que, a su entender, la inscripción opera como circunstancia final que señala la extinción del derecho dominical. Desde este punto de vista, después de la inscripción llevada a cabo por cualquiera de los compradores, el enajenante no puede ser considerado propietario, y quien adquiere de él adquiere *a non domino* (5), pero antes sí, lo que implica que el tercero hipotecario es un adquirente *a domino*.

A su vez, MENGONI asegura que la adquisición del segundo comprador que primero inscribe no pertenece propiamente a la categoría de los adquirentes *a non domino*. Sostiene este autor que si el primer *acquirens* no ha procedido a la inscripción que ocasiona el conocimiento legal de su derecho de propiedad, los sucesivos adquirentes son considerados todos en igual situación, originándose un conflicto de intereses que la ley resuelve aplicando como criterio de preferencia el principio *prior in tempore potior in iure* en relación con la inscripción (6).

Quizá la tesis más consistente sea la de MESSINEO, formulada como respuesta a aquella según la cual la transcripción del ulterior causahabiente haría de hecho retroactivamente resolutorio de la precedente adquisición no transcrita (7). Para él la falta de inscripción del primer adquirente no resuelve la adquisición, ya que no afecta a la validez del título que, conforme al principio del «consentimiento válidamente manifestado» (contrato) que se sigue en este sistema latino, es suficiente para transmitir la propiedad, siendo indudable que la segunda o ulterior enajenación la realiza quien no tiene ya la disponibilidad del derecho. No obstante, considera que la falta de inscripción, aunque no resuelve la adquisición, a tenor del artículo 2.644 del Código Civil, limita su eficacia no sólo entre las partes, sino también frente a todos los terceros.

Partiendo de esta base llega a la conclusión de que la adquisición del segundo comprador, cuando el primero no inscriba, es *a domino* y, en consecuencia, a título derivativo, porque por efecto de la inscripción

(5) GENTILE, F.: *La trascrizione immobiliare*, Casa editrice Dott. Eugene Jovene, Napoli, 1959, pág. 66.

(6) MENGONI, L.: *Gli acquisti «a non domino»*, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1968, págs. 10 a 13.

(7) O transcriba después, ya que en el sistema italiano no se conoce el llamado cierre registral.

la segunda adquisición, que por sí misma sería ineficaz, adquiriría eficacia en detrimento de la primera, restituyendo, aunque sea *a posteriori*, al enajenante la figura de *dominus* y, por lo tanto, de legitimado para disponer en orden a la segunda o ulterior enajenación (8).

Desde luego que estas teorías no son admisibles en nuestro Derecho, y sólo a duras penas, tras considerables esfuerzos dialécticos, pueden serlo en el Derecho italiano, donde se sigue un sistema hipotecario de los llamados de «prioridad registral» o «transcripción», que aplica rigurosamente el principio «primero en el tiempo mejor en el Derecho», sin tener en cuenta la buena o mala fe de los adquirentes. En él la inscripción no tiene carácter constitutivo y la propiedad se transmite a través del contrato simplemente, planteándose problemas para resolver los supuestos de doble venta, que MESSINEO solventa sometiendo los efectos de determinados negocios a la existencia de publicidad registral, incurriendo en contradicciones notables, pues primero afirma que el enajenante ha perdido la disponibilidad de su derecho y luego se la hace recuperar, ilógicamente, después de haber enajenado sin ser dueño, por el mero hecho de que el segundo comprador inscribió y el primero no, legitimándole *a posteriori* para realizar un negocio ya efectuado.

Pero en el Derecho español no cabe limitar la eficacia de un negocio por no realizarse la inscripción del derecho al que hace referencia, porque la inscripción tiene simple valor informativo, declarativo, limitándose a recoger los elementos constitutivos del derecho real, sin añadirles ningún valor especial por sí misma. Sostener, como hace GENTILE, que el enajenante conserva la propiedad en tanto uno de los adquirentes no inscriba su derecho, supondría tanto como afirmar que la inscripción es un requisito necesario en la transmisión de la propiedad sin el cual ésta no puede considerarse perfeccionada, y es indudable que la inscripción únicamente da publicidad a una situación de hecho, pero sin que la complete ni sea indispensable.

Tampoco considero que sea posible hablar de un conflicto de intereses que se resuelve aplicando como criterio de preferencia la inscripción, ya que ello supondría partir de la igualdad de los dos compradores, y si bien es cierto que si el segundo adquirente inscribe su título es el protegido por la Ley Hipotecaria, ello se debe a una serie de principios como el de la buena fe, la seguridad del tráfico jurídico, etc., que obligan a llegar a tal solución; pero cuando ninguno de los dos ha inscrito la desigualdad es manifiesta, porque habiendo *traditio* la propiedad pertenece al primer comprador.

(8) MESSINEO, F.: *Manual de Derecho civil y comercial*, t. III, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, págs. 577 a 580.

Estas teorías, además, tienen el inconveniente de negar la existencia de las adquisiciones *a non domino*, ocupándose del tema de forma parcial, estudiando la doble venta y olvidando los supuestos en los que habiendo un solo comprador el título del transmitente es anulado o resuelto.

El tercero hipotecario será adquirente *a non domino*, como se ve con los siguientes ejemplos:

I. Imaginemos que Primus, titular registral, vende un predio de su propiedad a Secundus, y que, posteriormente, vuelve a venderlo a un tercero, Tercius, quien de buena fe compra el bien, inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad.

Siguiéndose en nuestro sistema la teoría del título y el modo, resulta incuestionable que reuniendo la primera compraventa los requisitos de consentimiento, objeto y causa, sin vicio alguno que le haga devenir ineficaz, y produciéndose la *traditio* a manos del comprador (Secundus), éste habrá adquirido la propiedad del bien, con la correlativa pérdida del derecho de Primus.

Si posteriormente Primus enajena nuevamente el bien a Tercius, reuniendo las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, éste devendrá en auténtico titular del bien, habiendo adquirido, sin lugar a dudas, de quien no era propietario del mismo.

II. De forma semejante, si Ticius simula vender un inmueble a Caius, no llevando a cabo en realidad ningún negocio (simulación absoluta), y éste para dar una imagen de mayor veracidad inscribe el bien a su nombre, vendiéndoselo posteriormente a Sempronius, que reúne los requisitos que le hacen merecedor de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque recaiga una sentencia judicial firme declarando la inexistencia del negocio simulado, el que adquirió de Caius será el propietario del bien a todos los efectos.

No es difícil reconocer que la adquisición es *a non domino*, ya que el transmitente en ningún momento fue dueño realmente del bien enajenado.

Señala DE CASTRO que la adquisición del tercero confiando en la realidad de la apariencia no se puede calificar propiamente de hecha *a non domino*, puesto que transmite quien está *in loco domini* por manifestada voluntad del mismo dueño (9), y ello es cierto, porque si Caius pudo llevar a cabo la enajenación de la cosa objeto del contrato simu-

(9) DE CASTRO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pág. 363.

lado y de la cual no es dueño, se debe precisamente a que se encuentra ficticiamente en el *status* de *dominus* por expresa voluntad del propietario, que, persiguiendo un fin de engaño a terceras personas, finge haber traspasado la propiedad de la cosa, desprendiéndose en la mayoría de los casos de su posesión y, aunque de un modo aparente, de los demás derechos inherentes al dominio. Ahora bien, el falso adquirente que transmite, aunque lo haga *in loco domini*, en ningún momento ha sido propietario, por lo que quien de él adquiere lo hace *a non domino* (10).

En estas hipótesis hay una evidente contradicción entre el Registro y la realidad, ya que, por no ser propietarios, ni Primus (en la segunda venta) ni Caius tienen facultad dispositiva para transmitir el bien cuestionado y, en cambio, los que de ellos adquieren son mantenidos en su adquisición por la legislación hipotecaria. Ello es lógico, pues siendo lo normal hoy día que el tráfico jurídico de los bienes tenga un reflejo en el Registro de la Propiedad, se debe de proteger a los que reuniendo determinados requisitos hayan confiado en la exactitud de sus asientos. Si no se prestara esta especial protección al tercero hipotecario «sobrarían la institución del Registro y la Ley Hipotecaria» (11), quebrando la seguridad del tráfico jurídico al quedar desprotegidos los terceros de buena fe.

La solución adoptada en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, entonces, no es arbitraria ni mucho menos, máxime habiéndose llegado a ella tras la Ley de Reforma de 1944, momento en el que la doctrina ya había discutido a menudo sobre el tema, siendo numerosos los fallos jurisprudenciales existentes al respecto, y estando ya completamente consolidada la regulación del Registro en el Derecho alemán, inspirador de nuestra legislación hipotecaria en lo que se refiere a las consecuencias del principio de fe pública registral (12).

En virtud de la fe pública registral se sustituye en el tráfico jurídico inmobiliario de buena fe la facultad material de disposición por el contenido del Registro, aunque éste no corresponda a la verdadera realidad jurídica. Ello supone liberar a la inscripción de todo vínculo causal y dotarla de sustantividad y autonomía, haciéndola valer, cualquiera que

(10) La protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria alcanza al tercero adquirente también cuando el título del otorgante se resuelve por otras causas: de inexistencia, como el error obstativo; de nulidad, por ilicitud o por contravenir una prohibición legal; de anulabilidad, tales como un defecto de capacidad o un vicio de la voluntad, o cuando sea resoluble, rescindible o revocable.

(11) DE LA RICA, R.: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Aguilar, Madrid, 1945, pág. 92.

(12) ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho hipotecario*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979, páginas 306 a 310. Opinión no compartida por NÚÑEZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad...», *loc. cit.*, págs. 244 a 248, que sostiene que nuestro sistema inmobiliario registral lo es «de publicidad» y no de «fe pública del Registro».

sea la suerte civil del título en ella reflejado, como la única y total verdad, reputando, por una incontrovertible ficción jurídica, que el Registro es exacto (13).

Es indispensable para que dicho principio opere que el adquirente reúna los siguientes requisitos:

- a) Adquirir de quien en el Registro aparece con facultades para transmitir.
- b) Buena fe en el adquirente.
- c) Onerosidad de la transmisión.
- d) Inscripción en el Registro de la adquisición (14).

Dándose todas estas condiciones la propiedad del tercero será inatacable, habiendo discutido la doctrina si su adquisición debe de ser considerada originaria, derivativa o mixta (15).

En rigor, afirmar que la adquisición del tercero hipotecario es originaria hace pesar toda la fuerza transmisiva en la ley, ignorando la existencia tanto del enajenante como del propietario real del bien transmitido. Sostener que es derivativa implica el carácter negocial de la adquisición, pero debe de salvar el grave obstáculo de la carencia de facultades dispositivas en el *tradens*. Claro que los autores al formular sus teorías entremezclan los diferentes elementos, defendiendo, por ejemplo, la existencia de una «adquisición legal derivativa».

SANZ FERNÁNDEZ cree que en estas hipótesis hay una adquisición originaria y otra derivativa. Distingue en toda enajenación dos aspectos: uno, la transmisión del derecho, que se opera según las reglas del Derecho civil, y otro, la apariencia jurídica registral, que se produce por vía de consecuencia de aquélla, pero registralmente. Cuando el Registro es inexacto y el titular inscrito no es tal, la transmisión —dice— no se lleva a cabo con arreglo al Derecho civil, a diferencia de lo que ocurre con la apariencia, pues respecto a ella basta la intención de las partes dirigida a obtener la transmisión para que surta efectos.

(13) Definición del principio de fe pública registral tomada de COSSÍO Y CORRAL, A.: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1956, páginas 201 y 202.

(14) La exigencia de estos requisitos es hoy un mandato legal, si bien antes de ser exigidos expresamente ya la doctrina y la jurisprudencia habían apuntado su necesidad. Vid. MORELL Y TERRY, J.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo II, Reus, Madrid, 1917, págs. 619 y 620.

(15) NÚÑEZ LAGOS, defensor de la teoría de la irreivindicabilidad, sostiene que el tercero del artículo 34 no es un adquirente, sino un sucesor o causahabiente tabular a título singular, al que se protege contra las acciones de nulidad o resolución dirigidas contra su causante o transmitente (NÚÑEZ LAGOS, R.: «Fe pública especial», en *RDN* (1958), 2, pág. 29).

Estima, por lo tanto, que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica que se opera en virtud del título inscrito, y una adquisición originaria del derecho mismo que tiene lugar por obra de la ley (16), produciéndose correlativamente la extinción del derecho del dueño, que entiende sometido a una especie de condición resolutoria: la disposición por el titular registral no propietario, de modo que el verdadero dueño, a pesar de no tener limitación alguna en el disfrute de su derecho, está amenazado con la pérdida del mismo por el acto dispositivo que el titular realice (17).

Realmente lo que interesa es determinar si la adquisición de la propiedad, unitariamente considerada, procede del dueño no inscrito, del titular registral o de la ley. Por otra parte, sostener que el derecho del dueño no inscrito está afecto a una condición resolutoria entraña más de una dificultad. ¿Quién impone esa condición?, ¿dónde se encuentra recogida?; la práctica de semejantes condiciones, ¿no pondría en otros casos en peligro la seguridad del tráfico jurídico?

Lo que es innegable es que falta uno de los términos esenciales en la ecuación necesaria para la transmisión de la propiedad: la preexistencia del derecho en el patrimonio del enajenante que le faculte para disponer, y esta es la dificultad que las tesis en torno a la adquisición *a non domino* deben de salvar.

Generalmente se admite que la facultad de disponer sea sustituida por otro elemento, que si bien no es equivalente viene a suplirla: la legitimación, originada por el hecho de aparecer el enajenante en el Registro como titular del derecho transmitido, reemplazando la inscripción a la misma propiedad, produciendo la validez del acto dispositivo del no titular, con cargo al verdadero titular y a favor del adquirente de buena fe (18). Tesis criticada por LACRUZ BERDEJO y SANCHO, para quienes toda legitimación supone una autorización voluntaria o legal para disponer que en las hipótesis del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no existe (19). Consideran que la ley aporta el equivalente jurídico de la inexistente legitimación o facultad de disponer expropiando de su dere-

(16) SANZ FERNÁNDEZ, A.: *Instituciones de Derecho...*, op. cit., págs. 405 y 406.

(17) *Ibidem*, pág. 407, que recoge la idea de NÚÑEZ LAGOS expuesta en su trabajo «Realidad y Registro», en *RGLJ*, 1945.

(18) Vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.: *Principios hipotecarios*, Imp. Sáez Hermanos, Madrid, 1931, págs. 143, 144 y 158; *Idem* en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Sección de Publicaciones, Madrid, 1948, pág. 26; ROCA SASTRE, R. M.: *Derecho...*, op. cit., pág. 564, nota 2.

(19) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, pág. 256.

cho al titular registral que no lo hizo constar en el Registro, y haciendo eficaz el negocio transmisivo válido, en virtud de la inscripción (20).

Pero la cuestión sigue en pie. Sea la facultad dispositiva sustituida por una legitimación derivada de la inscripción, o por una expropiación del verdadero dueño, ¿la adquisición del tercero será originaria o derivativa?

ROCA SASTRE estima que según los casos la adquisición *a non domino* puede ser derivativa u originaria, aunque en el del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no puede ser sino derivativa, ya que la protección de esta norma sólo alcanza al adquirente a título oneroso, o lo que es lo mismo, por negocio jurídico, lo que implica que su adquisición ha de ser derivativa y no originaria, por más que el factor más decisivo en estas adquisiciones sea la ley (21).

Llegan a una conclusión análoga LACRUZ BERDEJO y SANCHO, para quienes, a pesar de la intervención de la ley, la adquisición es derivativa. Sostienen que aunque la transmisión no proviene del propietario lo que se recibe es su mismo derecho a través de la expropiación que la ley hace al titular real, atribuyendo la finca o derecho, de modo directo, al nuevo dueño, afirmando a la vez que si la adquisición tiene lugar *ex negotio*, el derecho deriva *ex lege*, debiendo de hablarse de cooperación entre él y la ley (22).

Se ponen de manifiesto de esta forma las opiniones subjetivas de una significativa parte de la doctrina, que presentan más analogías de las que en principio parece, ya que en todas ellas se hace destacar la importancia tanto del negocio como de la ley en la transmisión de la propiedad, si bien discrepan a la hora de conceder preponderancia al uno sobre la otra o viceversa.

En este peculiar modo de adquirir la propiedad, no recogido en el Código Civil, aunque no por ello menos real, son dos los factores que por igual intervienen en la adjudicación de la propiedad:

1. El negocio jurídico de transmisión, intrínsecamente válido.
2. Las circunstancias del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Decir que la transmisión se produce por el negocio, supliendo la preexistencia del derecho la legitimación que concede la existencia de una titularidad aparente en el enajenante por aparecer inscrito en el Registro, no es una verdad completa. Se estaría desconociendo la trascen-

(20) *Ibidem*, pág. 258.

(21) ROCA SASTRE, R. M.^a: *Derecho...*, op. cit., págs. 591, 619 y 773.

(22) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho inmobiliario...*, op. cit., página 258.

dencia del resto de los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre todo el de la buena fe, olvidando que precisamente ésta es el dato esencial a tener en cuenta a la hora de proteger la seguridad del tráfico jurídico, finalidad primordial del principio de fe pública registral.

Por el contrario, considerar que la adquisición *a non domino* es legal olvidaría que es requisito fundamental la validez del negocio, sin el cual no se produce la adquisición de la propiedad.

No se puede decir que la adquisición es originaria ni que es derivativa sin faltar a la verdad, porque civilmente la adquisición no es derivativa, puesto que el anterior titular no es el transmitente y, en cambio, conforme a la legislación hipotecaria habría adquirido del titular registral, por más que el Registro fuera inexacto.

Todo ello nos demuestra que la adquisición *a non domino* presenta una serie de características muy particulares, y ¿por qué encuadrar lo peculiar en una determinada categoría jurídica, con el riesgo de incurrir en errores? Considero más exacto poner de relieve su naturaleza especial, calificándola de adquisición *sui generis*.

MARÍA CÁRCABA FERNÁNDEZ

Doctora en Derecho
Profesora de la Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo