

Los terceros registrales o internos

SUMARIO: I. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE TERCERO: A) *Ideas generales*. B) *Tercero civil o externo*. C) *Tercero registral o interno*. D) *Tercer poseedor*.—II. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: LOS DESVIACIONISTAS.—III. LA AUTÉNTICA POLÉMICA SOBRE EL ARTÍCULO 32: A) *La tesis dualista de Nuñez-Lagos*: a) La inscripción. b) La buena fe. c) La gratuidad. B) *Crítica*: a) La inscripción en el tercero del artículo 32 y en el tercero del artículo 34. b) La buena fe. C) *La tesis monista de Roca Sastre*. D) *Crítica*. E) *La autonomía del tercero del artículo 32: el tercero interno o registral de la inoponibilidad*.

I. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO DE TERCERO.

A) *Ideas generales*.

Las dos personas que, normalmente, constituyen los sujetos del contrato, agotan el concepto de parte, mas no excluyen las demás personas o sujetos de Derecho, los cuales, desde este punto de vista, reciben la denominación de terceros, ya que no son ni una ni otra parte del contrato.

Este concepto absoluto del tercero, como sujeto indiferente frente al contrato o acto, no tiene, en general, relevancia jurídica (1), precisamente por su indiferencia, aunque su concepto es útil por ser indispensable para fijar el concepto del tercero relativo, quien entra en colisión, choca contra el acto de que no fue parte, al relacionarse con el objeto del mismo, pudiendo el vínculo que refleja el acto jurídico lastimar su interés.

(1) No obstante, como veremos, es interesante para determinar algunas figuras jurídicas, como el arbitrador, la distinción entre testigo y confesante tiene como apoyo la diferencia entre partes y terceros, etc.

Las notas del tercero son: una, negativa, no es parte en un determinado acto jurídico, y otra, positiva, entra en contacto con el objeto de dicho acto. De la combinación de ambos, resulta evidente la relatividad del concepto de tercero.

Si el concepto de tercero lo construimos, no sobre la causa generadora de la obligación que surge entre los contratantes, las partes, es decir, el contrato, o, como se piensa modernamente, sobre la causa que produce el vínculo jurídico, entre los sujetos del negocio o acto jurídico no negocial, sino sobre el efecto mismo del acto o del negocio, sobre el vínculo o la obligación, cuya expresión técnica es la relación jurídica, lo matizaremos mejor. La relación jurídica es definida por DE CASTRO (2): «la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico».

La causa de la relación jurídica es el acto o el negocio jurídico. Los actos jurídicos constituyen la fuente de las relaciones jurídicas. Los actos jurídicos contienen el principio que rige la relación jurídica, que organiza unitariamente la situación jurídica en que se encuentran las personas. Esta organización unitaria se hace mediante obligaciones o vínculos entre los sujetos, cuya vinculación produce la unidad relación jurídica, la cual se integra como elemento personal de la misma por partes, como partes de un todo unitario, la relación jurídica. La suma de las partes constituyen la unidad personal de la relación jurídica; los sujetos de la misma son las partes de ellas.

Además de las partes o sujetos de la relación jurídica y del principio jurídico que le da unidad, que las funde como partes de un todo, integran la estructura de la relación, el objeto constituido por la materia social a que afecta; verbigracia, la finca, la deuda, la cosa (3). El contenido delimita en cuanto al objeto y como proyección del principio jurídico que organiza unitariamente la relación, los poderes, facultades de uno de los sujetos y los correlativos deberes del otro.

Esta delimitación del lado activo de la relación jurídica

(2) *Derecho civil de España*. Parte general, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1940, 2.^a edición, pág. 556.

(3) DE CASTRO, ob. cit., págs. 558 y sigs

ca, de los poderes o facultades del sujeto activo, está en íntima conexión con el título o titularidad que la relación jurídica encierra y es definida por DE CASTRO (4): «La cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyan.»

Esto nos lleva a una interesante unidad en este punto el título como acto jurídico creador de relaciones jurídicas y como titularidad de derechos, es decir, negocio jurídico y título, son dos aspectos de la misma cosa; el dinámico y el estático, fuente de las relaciones jurídicas y delimitador de titularidades simultáneamente (5).

El sujeto activo o de derechos y pasivo o de deberes, o sea, las personas entre quienes está polarizada la relación jurídica, son las dos partes, activa una, pasiva la otra, los demás son terceros.

En el supuesto de fallecimiento de uno de los sujetos de la relación surge el heredero, que ocupa la posición jurídica de su causante, es su *alter ego*, y en este sentido es parte (art. 1.257-I del Código civil).

Si la sustitución de la posición activa de la relación jurídica hubiese sido dispuesta a favor de persona diversa del heredero, el adquirente legatario, no es parte en esa relación, sino sucesor a título singular, cuya posición jurídica se adquiere ejecutando el heredero la obligación cuasi contractual que ha contraído frente al legatario por la aceptación de la herencia. Hay dos relaciones jurídicas que tienen el mismo objeto, una, cuyo sujeto era el causante y es ahora el heredero que ha permanecido idéntica, no obstante la sucesión, y otra en que el sujeto activo será el legatario, como adquirente, en este caso, del causante-heredero.

Si uno de los sujetos de la relación no estaba legitimado activa o pasivamente para constituirla por falta de poder, de representación, el representado no es tercero, pues la relación jurídica no ha surgido, no hay vínculo, es nulo (1259), no deviene en parte por la ratificación. La ratificación la crea, la constituye.

El tercero puede convertirse en parte por la adhesión, en el

(4) Ob. cit., pág. 564.

(5) La tradición elemento constitutivo de la titularidad real sobre las cosas no delimita la titularidad, sino que opera su adquisición.

caso de que la relación ya esté constituida (art. 1.257-II), pues si no lo estuviese; verbigracia, en la oferta de contrato, no fue nunca tercero en esa relación, ya que al aceptar la oferta se creó la relación y surgió con ella el aceptante como parte.

El concepto de tercero es absoluto y negativo, quien no es parte, quien no es sujeto activo o pasivo en una relación jurídica. Este concepto, por su excesiva amplitud y rigidez carece en general de trascendencia jurídica, aunque sirve para fijar el concepto técnico y práctico de tercero. A este concepto de tercero se refieren los artículos 27 de las Leyes Hipotecarias derogadas (6).

El tercero tiene relevancia jurídica, cuando no es indiferente a la relación contemplada, cuando entra o ha entrado en contacto con el objeto de la misma, bien en todo el contenido que disciplina la relación, bien en algún aspecto de la misma.

Este contacto jurídico del tercero con el objeto de la relación jurídica encierra el aspecto relevante del tercero, el aspecto positivo, único que el Derecho puede valorar, ya que el otro le es indiferente, tan indiferente como al propio tercero, que no tiene conexión alguna con la cosa objeto de la relación jurídica.

Esta conexión pasada o nueva del tercero con el objeto de una relación jurídica determinada hace relativo el concepto de tercero, se es tercero frente a una relación jurídica y parte en otro, que tiene en todo o en parte el mismo objeto.

En materia de derechos reales, cuando la titularidad que determinan ambas relaciones son de la misma naturaleza o siendo de diversa son incompatibles no hay cuestión para fijar el tercero, verbigracia, doble venta o venta del pleno dominio y después del usufructo.

Si las titularidades son compatibles teniendo por ello objeto diverso, bien la misma finca, bien dos diversas, pueden entrar siempre en colisión, ya que todo derecho real que se extinga por destrucción del objeto, por quedar fuera del comercio jurídico, por purga en caso de ejecución, etc., se convierte, por el mecanismo de la subrogación real, en un simple crédito, y los acreedores del mismo deudor son siempre terceros entre sí, al menos en el concurso, como vamos a razonar.

(6) «Para los efectos de esta Ley se considera [rá] como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito».

En materia de derechos de crédito la figura del tercero tiene unas posibilidades tan amplias de surgir, que el contacto parece que es más bien con el sujeto que con el objeto, y ello en atención a la responsabilidad del deudor, a la proyección de la expectativa de satisfacción de los acreedores, sobre todo el activo del patrimonio del deudor, actual y futuro; de ahí que cualquier objeto del mismo pueda entrar en colisión entre dos personas que sean acreedores del mismo deudor, porque la expectativa de satisfacción de ambos tiene el mismo objeto, el patrimonio del deudor. Aún estamos en el campo de la posibilidad.

El concepto positivo y relativo del tercero, interesante para nosotros, no es el de la persona que pueda entrar en conflicto con el objeto de una relación jurídica, sino el de la persona que ya entró en conflicto, cuando dos relaciones jurídicas vigentes tengan en todo o en parte el mismo objeto y al menos los sujetos activos sean diversos. Así surge la figura del tercero relevante jurídicamente. La posibilidad de entrar en colisión con el objeto de una relación jurídica es nota esencial del tercero absoluto, que no interesa aquí. Aquí interesa el tercero relativo y positivo. El tercero absoluto cuando toma contacto en virtud de nueva relación jurídica con el objeto de otra aún vigente, deviene en tercero relativo, hace tránsito de tercero absoluto e indiferente a tercero relativo e interesado.

La figura del tercero puede surgir en virtud de una relación constituida por la misma persona; verbigracia, doble venta, o de una relación jurídica creada por un extraño; por ejemplo, falsificando un título.

El tercero es ajeno al vínculo creado por una relación jurídica, mas no al objeto de la relación, el cual es materia de otro negocio jurídico que refleja un vínculo entre sujetos activos diversos (doble venta) o activos y pasivos (adquirente del heredero aparente frente al adquirente del heredero real). Cuando el deudor cae en concurso o quiebra, el objeto de esta situación jurídica es su patrimonio y todos sus acreedores son terceros entre sí, pues entran en relación por la proyección de su expectativa de satisfacción sobre el patrimonio del deudor como objeto de reparto.

B) *El tercero civil o externo.*

Cuando dos relaciones jurídicas vigentes real o aparentemente tienen el mismo objeto y dos sujetos activos diferentes, ambos sujetos son terceros entre sí.

Nuestro Código civil se refiere en muchos artículos al tercero relativo: 4-2, 365, 405, 410, 1.163-2, 1.186, 1.218-I, 1.219, 1.227, 1.230, 1.252, 1.526-I, 1.295-II, 1.696, 1.697, 1.698, 1.865 y 1.869 que recogen el concepto y la denominación de tercero en el sentido técnico que hemos apuntado.

En otros se refiere al concepto de tercero relativo sin denominarlo expresamente; verbigracia, artículos 1.124-IV, 1.291-3.º, 1.297, 1.298, 1.473, 1.502, 1.510, 1.512, 1.521 a 1.524, 1.527 (7), 1.559-1, 1.571, 1.572, 1.717-II y 1.771.

En algunos se alude al tercero absoluto, así en los artículos 1.268, 1.598, 1.690 y 1.803-I y 2 de la Ley de arbitrajes de Derecho privado, llamándolo tercero, o sin llamarlo, artículo 1.447 (arbitrador). También son tales los árbitros (art. 12 de la Ley de arbitrajes citada).

En otros se refiere al tercero absoluto, dándole ese nombre o sin denominarlo expresamente, mas no surge el tercero relativo o propio, porque se extingue la relación jurídica en el momento en que actúa el tercero, faltando la duplicidad de relaciones vigentes aparente o realmente y convirtiéndose el tercero absoluto en parte; verbigracia, artículos 1.158, 1.159, 1.203-2.º y 3.º, 1.205, 1.206, 1.209, 1.210-1.º y 2.º

Por último, nuestro Código civil usa la palabra tercero para denominar equivocadamente a quién es parte, así en el artículo 641, ya que el tercero tiene una titularidad preventiva o aplazada surgida en la constitución de esta donación modal o reversional, en el artículo 1.822-I, por la cual la relación jurídica de fianza es accesoria de la obligación contraída en la relación principal y el fiador es parte en relación al deudor, que el Código llama tercero. El artículo 1.887 llama tercero al sujeto de una obligación cuasi contractual, o sea, una de las partes.

(7) El deudor es tercero mientras no quede vinculado en virtud de la notificación, en cuyo caso se extingue su obligación para con el primero acreedor (art. 1.527 en relación con el 1.112).

El artículo 1.857, apartado último, aunque no usa la palabra tercero, sino la frase «las terceras personas extrañas a la obligación principal», en rigor la figura del tercero o no surge si la hipoteca, la prenda o la anticresis (art. 1.886) se constituyen simultáneamente con la obligación principal o se desvanece en el momento que el acreedor acepta la hipoteca, prenda o anticresis.

Tercero civil o externo es un concepto relativo recíproco, frente a otro tercero no inscrito, mas frente al tercero registral no hay reciprocidad.

El tercero extrarregistral, externo o civil, es el sujeto activo de una relación jurídica que tiene en todo o en parte el mismo objeto que otra relación jurídica anterior de la que no es sujeto activo. El sujeto activo de esta última es también tercero civil respecto de aquél, suponiendo que ninguno haya inscrito o anotado el título que les confiere su respectiva relación jurídica.

El tercero civil es siempre un adquirente de un derecho real o de crédito y puede serlo *a domino*, que es lo normal o *a non domino*; verbigracia, del simulado adquirente, ya que se opera una legitimación extraordinaria, y si hay buena fe en el adquirente, hay una adquisición *ex lege* en el caso de doble venta en que no juegue el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (8).

Lo normal, lo frecuente, la regla es que el tercero civil, si no adquiere *a domino*, no adquiere, por imperio del aforismo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, el cual sólo puede derogar la Ley, ya que los modos de adquirir son taxativos en nuestro primer Cuerpo legal, conforme al artículo 609, que presupone la preexistencia del derecho en el activo del patrimonio del disponente (art. 609-II, y con excepción de la Ley) en las adquisiciones derivativas.

Respecto de las adquisiciones originarias en materia de ocupación no hay problema, pues la cosa ha de ser *nullius*; si no lo

(8) El artículo 1.218-1 debe entenderse por el hecho que motiva su otorgamiento, no la declaración preceptiva o negocial, porque entonces surtiría el documento respecto a los terceros, los mismos efectos que en cuanto a las partes, sino los hechos que podrían perfeccionar el negocio jurídico, mas no la perfección o el vínculo negocial mismo. Ahora bien, conforme al artículo 1.230 la contradecларación documentada privadamente no surte efecto respecto a tercero, luego la prueba de la simulación no la perjudica y el tercero de buena fe adquiere *ex lege* (véase nuestro trabajo *Formalismo jurídico y documento notarial*, «R. D. N.», abril-junio 1962, págs. 143 y sigs.).

es no puede adquirirse, no es susceptible de ocupación, ya que el artículo 610 exige que la cosa carezca de dueño.

En materia de usucapión, sea ordinaria o extraordinaria, se adquiere a *non domino*, pero el derecho del dueño se extingue en el instante mismo que consume el usucapiente su derecho, artículos 1.962 y 1.963, de ahí que se trate de una adquisición independiente del derecho del dueño, a quien nada se le expolia. El dueño del bien y el usucapiente son los sujetos de la relación jurídica derivada el acto jurídico no negocial, que es la usucapión. En este sentido el artículo 36, párrafo antepenúltimo, de la Ley Hipotecaria.

Los créditos se constituyen sin limitación alguna, ya que el deudor no tiene límite en el aumento de su pasivo. El problema del tercero se plantea cuando el acreedor cede su crédito a dos sujetos diversos íntegramente o en cuotas o cantidades incompatibles. Rige también el aforismo *nemo dat quod non habet*, mas por la vía normativa del artículo 1.526, que fija la prioridad no por la fecha del contrato de cesión, sino por la del documento público donde se otorgó o conforme al artículo 1.227, si se hizo en documento privado. Y también cuando el deudor cae en concurso o quiebra o dos o más acreedores pretenden hacer efectivo su crédito sobre un mismo bien embargado por ellos.

Tercero civil o externo es el sujeto activo de una relación jurídica frente al sujeto activo de otra que le es incompatible o perjudicial (9).

C) Tercero registral o interno.

No es el tercero civil que ha registrado su título adquisitivo. El inmatriculante no es tercero interno. La gestación del tercero registral empieza con la inmatriculación y nace con la inscripción del título creado por el inmatriculante. Este, el inmatriculante,

(9) A este tercero relativo por esencia o concepto se refieren los artículos ya citados 4-II, 365, 405, 410, 1.163-2, 1.186, 1.218-I, 1.219, 1.227, 1.230, 1.252, 1.526-I, 1.295-II, 1.696 a 1.698, 1.865 y 1.869, dándole el nombre de tercero y los artículos 1.124-IV, 1.291-3.º, 1.297, 1.298, 1.473, 1.502, 1.510, 1.512, 1.521 a 1.524, 1.527, 1.559-I, 1.571, 1.572, 1.717-II y 1.771, entre otros, que no le dan este nombre, mas conservan su concepto.

es un tercero civil y titular registral, es el sujeto activo de una relación jurídica civil y de un asiento registral.

El tercero interno es siempre un tercero civil o externo, más el tercero civil no es siempre un tercero registral, bien porque no haya inscrito, bien porque haya o no inmatriculado.

El tercero registral es el sujeto activo de una relación jurídica reflejada íntegramente en el Registro de la Propiedad frente al sujeto activo de otra relación jurídica que tiene en todo o en parte el mismo objeto, esté reflejada o no en el mismo Registro.

La figura del tercero surge por la intersección en el mismo objeto de dos relaciones jurídicas. Los terceros entre sí son partes de dos relaciones jurídicas que tienen total o parcialmente el mismo objeto, son los dos titulares reales o aparentes de un mismo derecho.

La relación jurídica que determina el titular registral ha de reflejarse íntegramente en el Registro. La cualidad de tercero, como concepto relativo, la fijará la relación jurídica que choque con la anterior. El tercero interno deriva su posición jurídica de una relación registral, no de una relación civil. El tercero registral es el sujeto activo de una relación jurídica registral frente al sujeto activo de otra que tiene el mismo objeto que la corta.

Que para la fijación del concepto absoluto de tercero registral es decisiva la relación jurídica reflejada en el Registro y que por esto el inmatriculante no es tercero, resulta evidente del artículo 34 y claro del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil.

El artículo 34 exige dos inscripciones, la del transferente y la del adquirente: «El tercero que... adquiera... algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo..., una vez que haya inscrito su derecho.....»

El artículo 32: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero». En el mismo sentido el artículo 606 del Código civil, si bien agrega los títulos anotados. El tercero designado en la última palabra de ambos artículos es el tercero registral, a quien no perjudican los títulos que no estén debidamente inscritos. Mas el título de este tercero, ¿ha de estar debidamente inscrito o no? Si está indebidamente

inscrito estamos en el supuesto de los títulos que no estén debidamente inscritos y, por tanto, fuera del supuesto de hecho del artículo 32 y de la figura del tercero que protege. Si el título de dicho tercero ha de estar debidamente inscrito, la inscripción del transferente ha de tener relevancia, entre otros requisitos, para calificar si está debidamente inscrito el título del adquirente, tercero del artículo 32. De ahí que no pueda determinarse sin la previa inscripción del título del transferente, si el del adquirente o tercero está debidamente inscrito.

El título de dominio o de otro derecho real del tercero ha de estar debidamente inscrito; ahora bien, no podemos afirmar que en el supuesto de inmatriculante en virtud de expediente de dominio o de certificación de dominio su título esté debida o indebidamente inscrito, ya que no se inscribe el mismo título adquisitivo del dominio e incluso puede llegar a no mencionarse siquiera el título en sentido material o modo de adquisición del dominio (artículo 303, párrafo penúltimo, del Reglamento Hipotecario).

Es claro que el inmatriculante no es tercero registral, aunque pueda serlo civil, por que el tercero interno en su concepto absoluto lo predetermina su posición de sujeto activo de una relación jurídica reflejada en el Registro de la Propiedad en todos sus elementos, incluido el sujeto transmitente, y en su concepto relativo o propio otra relación jurídica registrada o no que le es incompatible o perjudicial.

Tercero interno o registral es el sujeto activo de una relación jurídica reflejada íntegramente en el Registro de la Propiedad frente al sujeto activo de otra que le es incompatible o perjudicial.

A este tercero se refieren los artículos 11, 13, 15-IV, 29, 31, 32, 34, 36, 37, 38-II, 40, apartado último, 69, 76, 129, 131, 134, 142, 144, 208, 313, etc., de la Ley Hipotecaria. Discutiéndose en la doctrina si esta figura jurídica es o no unitaria, lo que constituye el objeto del presente trabajo. También se refieren a él algunos artículos del Código civil: 606, 1.124-IV, 1.949, de la Ley de Propiedad Horizontal, artículo 5.º, párrafo penúltimo, etc.

D) *Tercer poseedor.*

Es una denominación que comprende tanto al tercero civil o externo como al tercero registral o interno. No es un poseedor, sino titular del dominio u otro derecho real. Tiene su proyección en el ámbito de los derechos reales, fundamentalmente inmobiliarios.

Al tercer poseedor como tercero civil aluden los artículos 112, 114, 115, 120, 121, 126, 127, 146, 157, etc., de la Ley Hipotecaria, y como tercero interno o registral los artículos 131-7.^a y 15.^a y 134. Le denominan así expresamente estos dos últimos artículos y el 126 y 127.

Que se trata de terceros civiles en los casos de los artículos 115 y 121 es cosa clara y por remisión o relación con los artículos 114, 146 y 157 el primero y 120 el segundo, ya que el artículo 115 dice: «si la finca hipotecada no perteneciera al deudor...», y el 121 habla de «las fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder...», confirma mi criterio, con relación a los artículos 120 y 121 de la Ley, el 221 de su Reglamento, que usa la frase tercer poseedor.

Los artículos 126 y 127 usan la frase tercer poseedor, sin aludir como los artículos 131-7.^a y 15.^a en la regla 5.^a y el 134 en el mismo artículo a la inscripción del título. No debe olvidarse que los primeros se refieren a un juicio ejecutivo ordinario ajeno en su construcción al Registro de la Propiedad, mientras que los artículos 131 y 134 regulan un proceso ejecutivo fundado en el Registro, el procedimiento judicial sumario, de ahí que la inscripción sea inexcusable en éste y no se haya atrevido a imponerla el legislador hipotecario frente al tercer poseedor en un juicio ejecutivo ordinario.

El 112, y lo mismo su complementario, el 113, se refieren al tercer poseedor con la denominación de dueño, sin referirse para nada a la inscripción de su título.

Queda, pues, claro que la frase tercer poseedor es equivocada y ambivalente en nuestra Ley Hipotecaria, que se usa con un sentido predominante de tercer adquirente civil, sin que sea necesario para la protección que inscriba su título convirtiéndose en tercero

registral, ya que no obtiene mayor protección por ello, aunque, si inscribe, continúa siendo a los efectos de los artículos citados tercer poseedor, y tiene idéntico tratamiento que el tercero civil. Pero la Ley Hipotecaria, en los artículos 131, reglas 7.^a y 15.^a, en relación 5.^a, y 134 denominan tercer poseedor a quien es tercero interno o registral.

Esta ambigua figura del tercer poseedor puede el legislador evitarla fundiéndola en el troquel del tercero interno o registral, lo que es cuestión de política legislativa y al final de este trabajo expondremos las razones en que apoyamos esta conversión, pues antes es preciso dilucidar si en nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros diversos o uno solo, cuya polémica pasamos a estudiar, polarizándola en los dos juristas, que la han capitaneado, no sin antes hacer una previa referencia a quienes han pretendido ver en el artículo 32 una inscripción constitutiva, afin en los efectos al tercero latino o de los regimenes de transcripción.

II. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA: LOS DESVIACIONISTAS.

El artículo 32 es interpretado como la consagración legal de la inscripción constitutiva en nuestro Derecho positivo, no en funciones de la fe pública registral, como el aspecto negativo de la misma, o sea, de la integridad del Registro de la Propiedad ni tampoco como un tipo distinto del tercero del artículo 34. Esta interpretación aproxima nuestro sistema a los regimenes de transcripción y nuestro tercero al tercero latino.

GÓMEZ GÓMEZ (10) exige para la protección frente a todos del derecho real, no sólo el contrato y la tradición, sino además la inscripción, según se desprende de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. Con la inscripción nace el derecho real a la vida jurídica. La inscripción no suple a la tradición, sino que la complementa.

(10) ¿Inscripción declarativa o constitutiva?, «R. C. D. I.», diciembre de 1949, páginas 790 y sigs.

Posteriormente (11) insiste en su pensamiento y pone el ejemplo de la doble venta con inscripción del segundo comprador, como el primero no inscribió, no nació su derecho real por inobservancia del principio de publicidad con inscripción constitutiva, no teniendo acción para perjudicar al que inscribió antes.

Esta tesis, aunque aparentemente valora la tradición como un requisito constitutivo de los derechos reales, realmente niega la tradición. La tradición es, según unánime concepción de la doctrina, efectividad; por la tradición el derecho se hace efectivo. Ahora bien, al exigir el autor citado el complemento de la inscripción, estamos frente a una tradición no efectiva que necesita el complemento de la inscripción, sin el cual es ineficaz, es posibilidad, no efectividad; es potencia, no es acto (12).

Cuando el segundo comprador inscribe antes que el primero, éste no puede perjudicar a aquél, deduciendo el principio de publicidad con inscripción constitutiva. Es decir, que la inscripción es un modo de adquirir silenciado en el artículo 609, o sea, que no perjudicar a tercero significa adquisición de los derechos reales por el tercero. Obsérvese que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria impide esta interpretación, precepto que falta en nuestro Código civil.

Recientemente impugnando la tesis monista de ROCA SASTRE, de la que nos ocupamos ampliamente más tarde, insiste en la inscripción constitutiva, aunque la cuestión la lleve al terreno del derecho constituyente, de una reforma legislativa. Preconiza un retorno «al pristino sentido del Código civil y de la Ley Hipote-

(11) GÓMEZ GÓMEZ, *Ambito de aplicación de la llamada fe pública registral*, «R. C. D. I.», julio-agosto de 1952, págs. 565 y sigs.

(12) No vamos a exponer aquí el sentido de la tradición en nuestro Código civil, incompatible con la idea de efectividad necesitada de complemento y acorde en rigor con la efectividad realizadora de una posibilidad que extingue las demás. Puede verse GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*. Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil Ministerio de Justicia, Sección de publicaciones, Madrid, 1948, tomo I, págs. 334 a 358, especialmente págs. 351 y sigs. URSICINO ALVAREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, págs. 129 y sigs. NÚÑEZ-LAGOS, *Causa de la «traditio» y causa de la «obligatio»*, «R. C. D. I.», mayo-junio de 1961, páginas 580 a 607, que contienen un exhaustivo estudio histórico de la cuestión y una tácita, elegante y elevada crítica, cargada de intención contra la inscripción constitutiva.

caria» (13). El Código civil fija los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, no incluyendo entre tales, con muy buen criterio, acorde con nuestra tradición jurídica, la inscripción. En cuanto a la Ley Hipotecaria afirma (ob. cit., pág. 380) ciertamente que el artículo 34 es una excepción al 33; y también (ob. cit., págs. 385 y sigs.) que el artículo 32 «se encuentra destinado a regular los casos normales y biológicamente sanos de la vida del tráfico jurídico inmobiliario» y el 34 nos lleva «al terreno de la patología jurídica»: Los actos nulos, inválidos, carentes de firmeza. También estamos de acuerdo en que en el supuesto de hecho del artículo 32 dispone el verdadero dueño, hay adquisición *a domino* y en el del artículo 34 dispone un titular registral, que no es dueño o que lo es limitadamente, que hay adquisición *a non domino*, pero no por la inscripción, sino por la Ley (art. 609 del Código civil), siendo la inscripción del adquirente uno de los cuatro requisitos que la Ley exige, que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige, para que la adquisición derivativa y *a non domino* se cause, más se causa por ministerio de la Ley, que es uno de los supuestos de hecho del artículo 609.

Ahora bien, pretender una inscripción constitutiva es equiparar compraventa, negocio obligacional, a compraventa y tradición, negocio dispositivo, en la versión de nuestro artículo 609 del Código civil, es argumentar de espaldas no sólo a nuestras Leyes, sino a la conciencia jurídica de nuestro pueblo, es instaurar un sistema jurídica y éticamente inferior al vigente. La tradición, en esencia, implica que el derecho real ha de estar necesariamente en el patrimonio del disponente, la inscripción constitutiva, que el derecho real ha de estar necesariamente en un folio del Registro a nombre del disponente. La opción entre ambos sistemas no es dudosa. La inscripción no es y no debe ser un modo de adquirir, ni aún un requisito de los modos de adquirir, la inscripción cumple su misión de medio adecuado para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y se impone como una carga, una beneficiosa carga para el propietario del inmueble o para el titular de otros derechos reales inmobiliarios. El problema de los modos de adquirir está resuelto en el artículo 609 de nuestro Código

(13) En torno a la polémica, CARRETERO-ROCA, «R. C. D. I.», marzo-abril 1966, págs. 390 y sigs.

civil, y mientras no se desprestigie, se condene, se critique este artículo, y la tradición como presupuesto de la adquisición de los derechos reales, no hay que hablar de inscripción constitutiva, ni de la inscripción como requisito de las adquisiciones reales.

Los regímenes de transcripción veneran el llamado tercero latino, que imparte la bendición de la inoponibilidad. En ellos los actos registrales no registrados no perjudican a tercero. La inscripción del tercero no es un modo de adquirir el dominio o los demás derechos reales, sino un medio defensivo a disposición del tercero, que paraliza las acciones, incluso del verdadero dueño, su mecánica defensiva es la *negatio actionis*, el tercero no es dueño, pero está inmunizado frente al verdadero dueño por la inscripción. Estos sistemas llevan implícita una propiedad relativa, lo que significa una amputación de uno de los caracteres esenciales de los derechos reales, la absolutividad, un desprecio a los modos de adquirir los derechos reales y una falta de ética, al prescindir de la buena fe, ésta excepcionalmente, tiene la virtud de convertir una objetiva expoliación en una subjetiva adquisición jurídica.

Los sistemas germánicos convierten la inscripción en un requisito del acto de disposición, el acuerdo real, más la inscripción, provoca el cambio jurídico real. Es una técnica jurídica superior a los sistemas de transcripción, ya que injerta el elemento ético de la buena fe en el adquirente, evita esas propiedades relativas y valora adecuadamente los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales, aunque la sustitución de la tradición por la inscripción y la desconexión del negocio causal del acuerdo real (sistema alemán) nos disguste por razones prácticas y éticas, respectivamente.

El sistema hipotecario español nada tiene que ver con los anteriores. La inscripción no es modo de adquirir ni de convalidar o sanar negocios jurídicos, salvo si el adquirente es un tercero del artículo 34, que la Ley (art. 609 del Código civil) sanciona con una adquisición *ex lege*, uno de cuyos requisitos es la inscripción. En nuestro sistema la inscripción es una carga impuesta por el legislador en aras a la seguridad del comercio jurídico inmobiliario. Quien cumple esa carga y por el Registro sabe que su transferente está legitimado, es decir, el adquirente que inscribe como adquirente derivativo de un titular registral, según lo publica, lo pre-

gona el Registro de la Propiedad, es un tercero. Este tercero interno o registral adquiere inexorablemente por ministerio de la Ley, si reúne los demás requisitos del artículo 34 (onerosidad y buena fe). La Ley, el artículo 609 del Código civil le confiere un título que aniquila a los demás que se le opongan, que le sean incompatibles, que le perjudiquen, aunque sean válidos. Si le falta la onerosidad, la buena fe o ambos requisitos, tenemos el tercero del artículo 32, que es impotente para aniquilar un título válido que le sea incompatible, pero adquiere una posición preeminente o prevalente frente a un título válido que se oponga al suyo o le perjudique. Nuestro tercero del artículo 32 es impotente para aniquilar un título válido, por eso no puede luchar con éxito frente a otro título que cause un derecho real incompatible con el suyo, mas sí puede alcanzar una posición preeminente o preferente, un mejor rango, frente a un título válido que no sea incompatible con el suyo. El tercero del artículo 32, este peculiar tercero de nuestro derecho hipotecario, vence en un conflicto entre derechos de posible coexistencia, donde el conflicto lo compone el Derecho, la Ley, mediante un sistema de preferencia, de prioridad, de rango. Sin este tercero los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria no tienen sentido frente al 17 de la misma Ley. La fecha de la inscripción en honor a este tercero mata la fecha del documento, mas no el negocio jurídico documentado; mientras que el vigor del tercero del artículo 34 es tal, que la inscripción destruye también el negocio jurídico documentado en su aspecto real al imponer la pérdida del derecho real válidamente adquirido, subsistiendo sólo el negocio jurídico en su aspecto obligacional como base de un saneamiento por evicción, de una acción personal (art. 37, apartado último).

Esta dualidad de terceros, de la prioridad y excluyente, constituye la medula de la polémica sostenida entre NÚÑEZ-LAGOS y ROCA SASTRE, de la que nos ocupamos un poco más adelante, reiterando aquí, que el inmatriculante no es un tercero registral, como hemos demostrado. Por eso la invocación que del apartado a) del artículo 40 hace GÓMEZ GÓMEZ (ob. últ. cit., pág. 387) en cuanto referida al inmatriculante [que, como veremos, no agota el supuesto de hecho, ya que en el apartado a) del artículo 40 cabe el

tercero del artículo 32, tercero interno o registral] está fuera de discusión.

VILLARES PICO (14) sostiene que el artículo 32 consagra el principio de prioridad material. La inscripción es un modo de adquirir, que se antepone en nuestro sistema a la tradición. De la remisión que los artículos 606, 608, 1.473 y 1.537 del Código civil hacen a la Ley Hipotecaria respecto de los bienes inmuebles, deduce que la venta de inmuebles se rige en primer lugar por la Ley Hipotecaria y como supletorio rige el Código civil. Entiende que el título de dominio referido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria es el contrato de compraventa, aunque afirma después que la compraventa es un negocio obligacional. Lo que se inscribe es la compraventa (negocio obligacional), que es el título de dominio, según el artículo 32, lo que para VILLARES PICO es lo mismo, y siendo lo mismo compraventa que título de dominio, resulta inscripción constitutiva y preclusión.

El propio VILLARES PICO rectifica estas ideas años más tarde en estos términos (15): Limita el artículo 32 a una presunción de pertenencia destruíble por una mala fe en el adquirente o una inexactitud en el derecho del transferente, salvo si la falta de derecho en el que otorga deriva de haber enajenado antes, ya que en todo caso rige categóricamente el artículo 1.473 del Código civil.

Que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria encierre una presunción de titularidad y tengamos que limitar el 38 a esa misma presunción a favor del inmatriculante, es una espléndida afirmación con una avara demostración. El artículo 32 habla de perjudicar, no de presumir. El artículo 34 se refiere a la inexactitud registral en el asiento del transferente, el 32 de no perjudicar a tercero, mas presuponiendo que su asiento es exacto, ya que si no estaría indebidamente inscrito y si los títulos de dominio u otros derechos reales que no estén debidamente inscritos no le perjudican, el del tercero del artículo 32 no quedará inmune, si está indebidamente inscrito. El artículo 1.473 dice: «... la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Regis-

(14) Los principios hipotecarios en la Ley de 1861. Conferencia pronunciada el 29 de marzo de 1952 en el Centro de Estudios Hipotecarios. Recensión de CÁNOVAS COURTÍÑO, «R. C. D. I.», junio de 1952, págs. 466 a 477.

(15) Recordemos este Centenario. «R. C. D. I.», septiembre-octubre de 1961, páginas 934 y sigs.

tro». Se refiere al adquirente de la propiedad, y si el vendedor no era dueño, no puede transmitir la propiedad al adquirente. Este no puede inscribirla, y si inscribe, no adquiere, a menos que juegue el artículo 34. El artículo 609 del Código civil no permite improvisar los modos de adquirir, aun en casos excepcionales, él provee para esas excepciones mediante la Ley.

Recientemente ha insistido en sus ideas interpretando así el artículo 32: este precepto considera «propietario al que resulte como tal por la última inscripción y que los títulos de dominio y demás derechos reales no inscritos no perjudican al que resulta dueño por la última inscripción, que es el tercero hipotecario (16)... Este que cumple con el requisito de la inscripción es el tercero a que alude el artículo 23 (32). Como puede observarse, la preferencia que confiere el artículo 1.473 a la compraventa inscrita no es más que la resultante de la evolución de la base 52 (se refiere a la del proyecto de LUZURIAGA), reformada desde la inscripción constitutiva respecto a todos hasta la inscripción constitutiva sólo respecto a tercero», que es para el autor el del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el de los artículos 606 y 1.473 del Código civil. Más adelante afirma que el inmatriculante es un tercero del artículo 32, lo mismo que el que inscribe en virtud de un expediente de tracto interrumpido, etc. (ob. últ. cit., págs. 372 y sigs.).

Que el propietario sea el último que inscribe, es concebir la inscripción como un modo de adquirir el dominio; esto, además, resulta anómalo, con el hecho de exigir el artículo 34 tantos requisitos y contradictorio con el artículo 33. Esa evolucionada inscripción constitutiva respecto de tercero lleva a éste a ser parte, a menos que haya expoliación. parte, si inscribe, adquiriendo del verdadero dueño y tercero (expoliador), si adquiere *a non domino*. En cuanto a su afirmación que el inmatriculante es tercero registral, ya la hemos rechazado. Respecto al titular registral, en virtud de un expediente de tracto sucesivo interrumpido, tampoco es tercero, del artículo 34 evidente y del 32 claro, pues su título ha de estar debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad y la interrupción del tracto impide calificar la inscripción del ti-

(16) La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis monista o dualista del tercero hipotecario perjudica a la eficacia de la inscripción. «R. C. D. I.», marzo-abril de 1966, págs. 368 y sigs.

tulo por los asientos del Registro y, lo que es peor aún, el título aisladamente, ya que no lo es el expediente, y muchas veces se carece de él (art. 201-2.ª, apartado último de la Ley Hipotecaria y 285 en relación con el 274-2.º y 275 del Reglamento Hipotecario).

HERMIDA LINARES (17) cree que «las adquisiciones *a non domino* están comprendidas en la amplia redacción de los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria... El perjuicio que un título puede causar a otro es impedirle la adquisición del derecho real por el principio romano de *prior tempore potior iure*, y precisamente es lo que impiden esos artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria». El artículo 1.473 del Código civil hace una aplicación práctica de ese principio de publicidad al caso de la doble venta, decidiendo que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. La adquisición inscrita vence a la no inscrita.

Nosotros creemos que el Derecho romano resolvió el conflicto planteado entre el verdadero dueño y el adquirente *a non domino* mediante el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. El aforismo *prior tempore potior iure* no resolvía ninguna cuestión de adquisición *a non domino*; este aforismo no impide ni consagra la adquisición de ningún derecho real, su campo es el de la prelación o preferencia de derechos reales de posible coexistencia sobre una misma finca o derecho o la graduación de créditos.

La propiedad inscrita vence a lo no inscrito y la propiedad no inscrita vence a lo inscrito, mediante la rectificación del Registro, que no tiene otro tope que el tercero del artículo 34, mas éste por ministerio de la Ley (18) es el *verus dominus*, aunque haya adquirido *a non domino*.

A esta corriente interpretativa de la inscripción como supletoria de la tradición puede aducirse, como ha hecho NÚÑEZ-LA-GOS (19), el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, con estas palabras: «El Registro de la Propiedad español es tan cabalmente un regis-

(17) *El Derecho inmobiliario español*, «R. C. D. I.», números de septiembre y octubre de 1951, págs. 723 y sigs.

(18) El artículo 609 dice: «La propiedad y los demás derechos reales sobre bienes se adquieren... por la Ley.»

(19) *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, I E. Reus, Madrid, 1953, pág. 102

tro de títulos, que la inscripción en vez de ser modo, como soñaron alguna noche de verano ciertos hipotecaristas, se ha proclamado paladinamente en título en el artículo 35».

III. LA AUTÉNTICA POLEMICA SOBRE EL ARTÍCULO 32.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria ha originado una interesante discusión en torno a la dualidad o unidad del tercero en nuestro sistema hipotecario, sobre la autonomía o independencia del tercero referido en el artículo 32 respecto al tercero del artículo 34.

La tesis dualista de Núñez-Lagos.—La paz entre la doctrina y el tercero dictada por ROCA SASTRE, más que paz fue una tregua, rota por NÚÑEZ-LAGOS, cuando revo'lviendo en los papeles del Archivo de Comisión General de Codificación encontró un legajo relativo a la discusión de la Ley de hipotecas, mediante el cual demostró que cuando ya estaba redactada la parte fundamental de la Ley, ésta no contenía el artículo 34 ni tampoco el 33, siendo eje del sistema el artículo 13, que pasó a la Ley con el número 23 y es el equivalente al 32 de la vigente (20).

La conclusión era evidente, si la parte fundamental de la Ley había sido redactada (por CÁRDENAS), teniendo como centro de irradiación el tercero del artículo 23 (hoy 32), y sin modificación fundamental, se habían introducido los artículos 33 y 34, el tercero referido en este último artículo habría de tener un alcance muy limitado. El eje del sistema era el artículo 23, que consagraba el tercero interno de la prioridad (21). La excepción era el artículo 33, que negaba al Registro de la Propiedad las virtudes del río Jordán, que respetaba el aforismo *nemo plus iuris transferre potest in alium quam ipse habet*. Y la excepción de la excepción,

(20) *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, I. D. Reus, Madrid, 1950, págs. 13 y sigs. Esta idea ya la apunta en *El Registro de la Propiedad español*, «R. C. D. I», publicado en los números de marzo y abril de 1949, páginas 240 y sigs.

(21) Algunos hablan del tercero latino, del tercero de los regímenes de transcripción, mas su concepto es diverso, por exigencias del artículo 34 de nuestra Ley Hipotecaria, del tercero que consagran las legislaciones de tipo latino, verbigracia, la francesa y la italiana.

o sea, la excepción al artículo 33 era el artículo 34, que introducía el bautismo purificador mediante el tercero germánico, el tercero de la fe pública, el tercero interno excluyente o de dominio (22). Con este extraordinario fundamento ha surgido la tesis dualista del tercero de nuestra Ley Hipotecaria en la doctrina, que ha tenido y tiene muchos ecos (23), aunque de diferente sonido.

NÚÑEZ-LAGOS (24) ha distinguido el titular registral, del tercero del artículo 32 y del tercero del artículo 34. El inmatriculante es titular registral, pero no es tercero, el adquirente de un titular registral, que no sea su heredero, es tercero del artículo 32, y si reúne los requisitos de onerosidad y buena fe, es el tercero del artículo 34, salvo casos de suspensión; verbigracia, artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria.

a) La inscripción. Ha centrado las diferencias entre ambos terceros, en que para el del artículo 32 la inscripción previa es elemento accidental, en el sentido de no apoyarse para nada en el asiento precedente, de no derivarse de él; mientras que para el tercero del artículo 34 es elemento esencial (25).

b) La buena fe. Es otra nota distintiva de ambos tercero en la que más insiste NÚÑEZ-LAGOS (26). Parte del estudio comparativo de la *usucapio* y la *traditio*, que han realizado los glosadores, que llevó consigo una equiparación de ambas en el Derecho común, y, además, otra consecuencia: la del requisito de la buena fe. Mas donde faltaba la *traditio*, como en la hipoteca, no era necesaria la buena fe y lo mismo ocurría donde faltaba la *usucapio*, como en aquellos derechos reales no susceptibles de usucapción ordinaria; verbigracia, la servidumbre y demás derechos reales

(22) NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude*, cit., pág. 31. *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, cit., págs. 5 y sigs., y *Variaciones en la significación y alcance de Ley Hipotecaria*, «R. D. N.», julio-diciembre de 1962, página 112.

(23) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, *Momento en que es exigida la buena fe pública registral y otros problemas*, «A. D. C.», julio-septiembre de 1949, págs. 1.240 y sigs. BALLARÍN, *El Registro de la Propiedad español*, «A. D. C.», abril-junio de 1949, páginas 681 y sigs. LACRUZ BERDEJO, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, págs. 232 y sigs. CARRETERO, *Retornos al Código civil*, «R. C. D. I.», enero de 1965, págs. 75 y sigs.

(24) *Tercero y fraude*, cit., págs. 33 y sigs.

(25) *Tercero y fraude*, cit., págs. 43 y sigs.

(26) *Tercero y fraude*, cit., págs. 51 y sigs., y *El Registro de la Propiedad*, cit., págs. 252 y sigs.

contenidos y amparados en la acción confesoria, que no se adquieren por prescripción adquisitiva ordinaria—única que exige buena fe—, sino solamente por la extraordinaria con el único requisito del plazo. En España la buena fe ha de tener el ámbito que le asigna tradicionalmente tal concepción clásica y aplica NÚÑEZ-LAGOS por analogía histórico-conceptual el artículo 1.950 del Código civil a la *traditio*, que se base en dos ejes: 1. Creencia que la adquisición se hace *a vero domino*. 2. Facultad de disponer del *dominus*.

c) La gratuidad. El artículo 34 excluye de su supuesto de hecho no sólo al adquirente de mala fe, sino también al adquirente a título lucrativo, al exigir que «hubiesen contratado por título oneroso», desde la Ley de 17 de julio de 1877. Esta Ley no ha modificado, resalta NÚÑEZ-LAGOS (27) el artículo 23 (hoy 32), del cual es un calco el primitivo artículo 36 de la Ley Hipotecaria. «Las acciones rescisorias y revocatorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en esta Ley», y el artículo 37, número 2.º, disponía: «Se exceptúa de la regla contenido en el artículo anterior: 2.º Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, en los casos siguientes: Cuando la segunda enajenación (28) haya sido hecha por título gratuito». Luego no perjudi-

(27) *Tercero y fraude...*, cit., págs. 50 y sigs., y *El Registro*, cit., pág. 251.

(28) No debe olvidarse que en aquella época prevalecía el criterio de ver en el donatario del deudor fraudulento parte y no tercero, creencia que subsistió hasta la reforma del 1944, contra la cual se pronunció GONZÁLEZ PALOMINO, inspirador, aunque no redactor, del artículo 37 de 1944 (véase SANZ FERNÁNDEZ. *Comentario a la nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, I. E. Reus, 1945, págs. 370 y siguientes, donde se contiene la nota de GONZÁLEZ PALOMINO, relativa a este punto).

La doctrina ha mantenido una larga polémica sobre el carácter de parte o tercero del primer adquirente o mejor del adquirente del deudor fraudulento. La cuestión está hoy superada. Una exposición de la polémica puede verse en GIMÉNEZ-ARNAU Y GRAN (*La acción pauliana y la Ley Hipotecaria*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 2 de marzo de 1949 y publicada en el tomo VII de sus *Anales*, págs. 220 y sigs.). La discusión no era bizantina y aclaró la cuestión. Hay un contrato entre acreedor y deudor, un segundo contrato entre deudor y adquirente oneroso o lucrativo de él. En el primer contrato el adquirente no es parte, es tercero, y en caso de fraude tampoco es parte en el contrato. Este segundo contrato como tal no afecta al fraude, es en cuanto título traslativo del dominio o de otro derecho real seguido de la tradición, cuando provoca como efecto típico la disminución del activo del deudor, produciéndose el *eventus damni*, elemento objetivo del fraude, que si concurre con los demás requisitos y el deudor es insolvente, la complicidad fraudulenta del adquirente o la mera adquisición lucrativa origina un acto ilícito

caban al donatario en los casos que no hubiese habido fraude, por que el donatario es el tercero del artículo 32, no el del artículo 34.

«La fe pública del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dice NÚÑEZ-LAGOS (29), no niega la existencia a derechos reales que gravan la finca, y tampoco los excluye. De la existencia se encarga el Derecho civil y de la exclusión o postergación los artículos 13 y 32 de la Ley. El artículo 34 no comprende los derechos subjetivos de carácter real y únicamente se refiere a derechos potestativos... de impugnación—nulidad o resolución—que afectan al dominio o a los derechos reales como objeto de la enajenación o gravamen, esto es, objeto de una sucesión intratabulas o emanación de un derecho matriz antecedente».

en cuanto perjudica la expectativa de satisfacción del acreedor, surgiendo una obligación extracontractual a cargo del adquirente y en favor del acreedor. Esta obligación, que en Derecho romano era *ex delicto*, es en el moderno extracontractual y su nacimiento explica que en la acción pauliana el adquirente fraudulento, a pesar de ser tercero en el contrato entre deudor y acreedor, queda legitimado pasivamente, frente a este último, siendo por ello aparente la excepción al principio de relatividad del contrato proclamado en los artículos 1091 y 1.257-I del Código civil. El adquirente del deudor es tercero respecto al acreedor, si el acto de enajenación fue fraudulento, sigue siendo tercero, más responsable frente al acreedor del daño que le irrogó, y esta responsabilidad deriva del acto ilícito (que no es el contrato, el contrato entre el deudor y el adquirente es válido y eficaz, si fuese nulo o ineficaz no se produciría el desplazamiento patrimonial, ni la disminución del activo del deudor, el *eventus damni*, y no podría haber fraude de acreedores por falta del elemento objetivo), que es posterior al contrato, ya que es efecto del mismo (la disminución del activo del deudor), y este acto ilícito provoca una obligación extracontractual que tiene como sujeto activo al acreedor y como sujeto pasivo al adquirente del deudor. El fraude no corrompe la cualidad de tercero del adquirente del deudor, pero le vincula frente al acreedor del mismo deudor, no hace al adquirente del deudor parte en el contrato de crédito, ni puede hacerlo, mas como autor de un acto ilícito surge en él la cualidad de sujeto pasivo de una obligación extracontractual de la que es sujeto activo el acreedor, obligación que es consecuencia de la ejecución del contrato, de la disminución del activo del deudor. Los momentos de los tres actos jurídicos son distintos, lógicamente, aunque pueden no ser sucesivos y cierran un círculo al vincular extracontractualmente al adquirente del deudor y al acreedor:

Acreedor y deudor (vínculo primero surgido del contrato), deudor y su adquirente (vínculo segundo nacido de un contrato traslativo del dominio o de otros derechos reales) y ejecución de este contrato (acto ilícito que daña la garantía del acreedor) y origina una responsabilidad extracontractual en el adquirente del deudor y en favor del acreedor.

(29) *El Registro de la Propiedad*, cit., pág. 247.

B) *Crítica.*

El argumento histórico aducido por NÚÑEZ-LAGOS para fundamentar la dualidad de terceros en la Ley Hipotecaria de 1861, es evidente e irrefutable. Su valor respecto a la Ley Hipotecaria vigente es de una solidez monolítica que aplasta todas las demás interpretaciones históricas.

El argumento sistemático derivado de la articulación de los artículos 32 (antes 23), 33 y 34 de la Ley es pilar inamovible de una interpretación sistemática excluyente.

La interpretación literal o gramatical de los artículos 32, que habla de tercero y 34 que habla de adquirente, no contradice la tesis de NÚÑEZ-LAGOS.

La interpretación lógica de los artículos 32 y 34, que se refieren respectivamente al perjuicio del tercero y a la adquisición del tercero, coincide sin duda con la tesis de NÚÑEZ-LAGOS.

La articulación del principio de prioridad formal o registral no se agota en el artículo 34, sino en los artículos 32 y 34. El principio de prioridad tiene dos diversas manifestaciones en nuestra Ley Hipotecaria: una, de cierre registral en el artículo 17; otra, de prioridad en los artículos 24 y 25, con sendas proyecciones sustantivas; una, de aniquilamiento del derecho no inscrito, de adquisición del Derecho registrado (art. 34); otra, de perjuicio del derecho no registrado o retrasado, de preferencia del derecho inscrito o inscrito antes (art. 32).

Los intereses tutelados en los artículos 32 y 34 son diversos, el fin que ambas normas persiguen es distinto. La inscripción es ptestativa en nuestro Derecho, tutelándose en el primero la carga de la inscripción, y en el segundo algo más, la confianza en la exactitud registral, requisito de la cual es la carga de la inscripción. A esto nos lleva una interpretación teleológica.

Aceptada en lo esencial, en lo fundamental, la posición de NÚÑEZ-LAGOS, vamos a matizar nuestro punto de vista respecto a ella:

a) La inscripción en el tercero del artículo 32 y en el del artículo 34.

El sentido de esta contraposición hay que centrarlo en la di-

versa protección de uno y otro tercero. Al tercero de la prioridad, la inscripción no le sana ningún vicio de su titularidad, purificación que recibe la inscripción del tercero germánico, desconectando los vicios del título de su transferente, de la titularidad del tercero del artículo 34.

Esta desconexión entre la titularidad del transferente, que no la tiene civilmente, que no es verdadero dueño, que está viciada o tarada por una causa de resolución real y la adquisición del tercero, tiene como fundamento la apariencia legitimadora derivada del Registro de la Propiedad, la cual se conecta a la titularidad del tercero que inscribe, provocando una adquisición *a non domino*. Ciertamente, que la inscripción no es un modo de adquirir el dominio, como afirma NÚÑEZ-LAGOS (30), mas para el artículo 609 lo es la Ley, y la adquisición *a non domino* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es una adquisición *ex lege*, que tiene su supuesto en el artículo 609 del Código civil. La Ley sana el vicio de falta de legitimación activa de que adolece el negocio jurídico traslativo, cuyo negocio es uno de los elementos integrantes del supuesto de hecho del artículo 34, y por ello la adquisición se realiza única y exclusivamente por la Ley (31).

b) La buena fe. La apariencia registral se desvanece ante la mala fe del tercero, del *accipiens*. No hay razón para la protección registral de quien conoce la realidad. Si el tercero del artículo 32 es diverso del tercero del artículo 34, la buena fe la exige la Ley Hipotecaria para éste expresamente, no para aquél. El tercero del artículo 32 no necesita buena fe, porque su inscripción no usurpa nada a nadie, ha adquirido *a domino*, sólo tiene que creer en la verdad, en la realidad jurídica de la legitimación de su transferente para crearle el título. En el tercero del artículo 32 no hay apariencia de titularidad, hay realidad, y,

(30) *Acción y excepción...*, cit., pág. 7. Por otra parte, NÚÑEZ-LAGOS (*El Registro de la Propiedad*, cit., págs. 248 y sigs.) no niega rotundamente que se trate de una adquisición *a non domino*, aunque dice que ésta es consecuencia de la irrevindicabilidad frente al adquirente del verdadero dueño, ya que aquél es mantenido en su adquisición según reza el artículo 34. Para nosotros hay adquisición *ex lege*, lo que evita una propiedad relativa.

(31) LACRUZ BERDEJO, ob. ult. cit., págs. 299 y sigs, sostiene que hay una cooperación entre negocio jurídico y la Ley, siendo el negocio la causa de la adquisición. Nosotros creemos que el título oneroso referido en el artículo 34, como supuesto de hecho reconocido por el propio LACRUZ, es el negocio mismo.

por tanto, no hay nada que sanar, que convalecer y sólo tutelar la diligencia, el cumplimiento de la carga de la inscripción que la Ley le impone.

Esta, nuestra interpretación, tiene también su apoyo en la frase «debidamente inscritos» del artículo 606 del Código civil, que la introdujo, y respeta el 32 de la Ley Hipotecaria vigente. Si el título está indebidamente inscrito, estamos al margen del artículo 32, y ese tercero puede ser perjudicado por el título no inscrito, o, mejor, que no está debidamente inscrito.

La cuestión de la buena fe no puede plantearse en nuestro Derecho positivo respecto a la hipoteca, porque la inscripción es el último requisito exigido para su nacimiento; sin inscripción no hay hipoteca, aunque la inscripción no sea constitutiva, es un requisito de su constitución, como la escritura pública. Si no hay inscripción, no hay derecho real de hipoteca y no hay dominio gravado, sino pleno. No hay posibilidad para la buena o la mala fe.

Cosa diversa acontece respecto de aquellas servidumbres y otros derechos reales a que se refiere NÚÑEZ-LAGOS, los cuales nacen sin la inscripción y no son susceptibles de usucapión ordinaria (art. 1.959); respecto de los cuales, si el adquirente de la finca las conoce, creemos que subsisten, porque su supuesto de hecho es del artículo 34 y no del 32, y faltando la buena fe no puede jugar el artículo 34. Si el transferente tiene su dominio gravado con una servidumbre conocida por el adquirente, ésta subsiste, ya que la derogación del principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* se infringe, tanto si transmite el pleno dominio quien lo tiene gravado como si transmite el dominio quien no lo tiene; solamente el artículo 34 puede sanar en ambos casos el vicio de titularidad, no el 32.

Para nosotros, el supuesto de hecho del artículo 34 no solamente es la adquisición de quien no es dueño, de quien no tiene el derecho *quam ipse non habet*, sino también de quien, siendo dueño, tiene gravado su derecho. La frase *quam ipse habet* se refiere, tanto al aspecto cualitativo del derecho como al cuantitativo, no transmite lo que tiene, quien traspasa como pleno un dominio gravado. La doctrina está de acuerdo en que, si el dueño de una finca gravada con una servidumbre no inscrita constituye otra sobre la misma finca incompatible, inscribiéndola el dueño del

predio dominante, su adquisición sólo prevalecía al amparo del artículo 34, y esta misma doctrina aplicamos al supuesto de enajenación como pleno de un dominio gravado. En ambos casos hay idéntica expoliación.

En síntesis, para nosotros, y de acuerdo con la tesis de NÚÑEZ-LAGOS, la buena fe y la onerosidad de la adquisición tienen un ámbito coincidente con el tercero del artículo 34, pero nada tienen que ver con el tercero del artículo 32, si es que se trata de dos terceros distintos. Nuestra divergencia con NÚÑEZ-LAGOS reside, única y exclusivamente, en que entendemos más amplio el supuesto de hecho del artículo 34-1.º

C) *La tesis monista de Roca Sastre.*

La tesis monista del tercero, en nuestra Ley Hipotecaria, ha sido defendida recientemente por ROCA SASTRE en una magistral monografía: «El problema de la relación que, respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, guarda el artículo 32 de la misma» (32).

En ella, después de recoger los argumentos de la tesis dualista (33), impugna la misma con los siguientes razonamientos, que sintetizamos a continuación: El artículo 32, lo mismo que los artículos 13, 15, 69, 76, 144 y, sobre todo, el 40, son desenvolvimiento del artículo 34, 1, rigen en función de aquél. El tercero del artículo 34 «será mantenido en su adquisición cuando haya inexactitud del Registro». Examina los supuestos inexactitud registral, y apoyándose en los artículos 31, y especialmente en el último párrafo del 40, destaca que la inexactitud registral no perjudica al tercero protegido por el artículo 34, no siendo protegido el del artículo 32, a menos que reúna los requisitos del tercero del artículo 34, lo que prueba que no tiene existencia autónoma, que no hay tal tercero. La función del artículo 32, como la de los artículos 13, 15, 69, 76 y 144, no es otra que constituir uno de los aspectos en los que actúa dicha fe pública sentada en el artículo 34, 1. El artículo 32 tiene como supuesto de hecho un caso de inexactitud registral (34).

(32) «R. C. D. I.», julio-agosto de 1965, págs. 781 a 829.

(33) Ob. últ. cit., págs. 782 a 790.

(34) Ob. últ. cit., págs. 791 y sigs.

El artículo 37, en cuanto decreta que no perjudica a tercero las acciones que actúan *in personam* y *ex nunc*, como las rescisorias, no hay inexactitud registral, por razón de la misma naturaleza de la rescisión que actúa *inter partes* (35).

Pregunta, ¿el artículo 36, 1, sólo es aplicable al tercero del artículo 34, 1, y no al del 32?, respondiendo que la contestación afirmativa sería absurda, pues supondría un tratamiento indiferenciado inadmisibles. La Ley, cuanto se refiere al tercero, lo hace pensando en el del artículo 34, y en los casos que no invoca dicho artículo o sus requisitos de onerosidad y buena fe, es para evitar una falta de elegancia normativa (36).

Afirma, certeramente, que, en el supuesto de la doble venta e inscripción del segundo comprador, hay adquisición *a non domino* e inexactitud registral, la cual sólo se mantiene frente al adquirente del artículo 34 y no respecto al del 32, que, literal y aisladamente interpretado, parece una norma propia de los sistemas de transcripción, pensada para el caso particular de la doble venta, que tanto les preocupa. Criticando seguidamente la tesis de CARRETERO, que pretende jerarquizar o graduar los diversos tipos de adquisición *a non domino*, según que el dueño expoliado sea de aboengo o de días o meses, que la expoliación sea causada por falsedad del título o por doble venta. Aduciendo ROCA SASTRE, que estas diferencias no tienen consistencia o entidad para un tratamiento diferenciado (37). El conflicto de intereses que compone el Derecho privado es idéntico en todos los casos de adquisición *a non domino*, donde hay una incompatibilidad entre ambos derechos.

Hace un profundo estudio de los sistemas de transcripción, especialmente del italiano, a los que justamente califica de sistemas no evolucionados, primitivos, inferiores al plasmado en nuestra Ley Hipotecaria, hacia el cual inexorablemente tienden. Se fundan en el principio *prior tempore potior iure*, protegiendo al más diligente, con independencia absoluta de su buena o mala fe, salvo que ésta sea de grado fraudulento, desconsiderando el carácter oneroso o gratuito de su adquisición (38).

(35) Ob. últ. cit., págs. 796 y sigs.

(36) Ob. últ. cit., pág. 800.

(37) Ob. últ. cit., págs. 804 y sigs.

(38) Ob. últ. cit., págs. 809 y sigs.

D) *Crítica.*

Que la onerosidad, y, sobre todo, la buena fe, sean requisitos indispensables para adquirir por ministerio de la Ley *a non domino* y supongan un progreso respecto a los regímenes de transcripción, que les son indiferentes ambos requisitos, es indiscutible. Prescindir de la buena fe del *accipiens*, en un acto del que resulta expoliado el verdadero dueño, pugna con nuestra conciencia jurídica. Equiparar al comprador y al donatario en ese mismo caso es valorar igual el daño y el lucro o beneficio. Esta cuestión no tiene discusión, y en ella están de acuerdo, en lo fundamental, ROCA SASTRE y NÚÑEZ-LAGOS (39). La divergencia entre ambos juristas reside en esto: Para NÚÑEZ-LAGOS, hay adquisiciones *a domino* de quien es a la vez titular registral, que pueden entrar en conflicto con otro adquirente *a domino* del mismo titular registral, y cuando el segundo de estos adquirentes, que no sea a título oneroso o siéndolo conozca el gravamen anterior, inscribe antes que el primero, su inscripción le convierte en tercero interno de la prioridad, en tercero del artículo 32. Este tercero merece para NÚÑEZ-LAGOS un tratamiento distinto del mero titular registral, por inmatriculación, y no puede ser incluido en el supuesto de hecho del artículo 34, porque le falta la onerosidad o la buena fe; su protección no consagra una expoliación, sino que premia la diligencia exigida por la Ley en forma de carga, llamada inscripción o anotación, confiriendo preferencia a la fecha de la inscripción sobre la fecha del documento constitutivo del primer gravamen.

Para ROCA SASTRE, el artículo 32 es un supuesto de hecho de inexactitud registral, embebido en el artículo 34, no teniendo autonomía alguna el tercero, referido en el primero de estos preceptos.

Veamos un ejemplo: Antes de la vigencia de nuestro Código civil, la inscripción no era requisito constitutivo de la hipoteca.

(39) Que éste es el pensamiento de NÚÑEZ-LAGOS, en materia de adquisiciones *a non domino* se ve leyendo su monografía. La integridad de la fe pública en los Registros de la Propiedad, «R. D. N.», enero-marzo de 1966, páginas 7 a 52, y especialmente 42 y sigs.

El artículo 146 decía: «Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero, se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro, que se establece por esta Ley (40). Si el segundo acreedor hipotecario, conociendo la hipoteca anterior a favor de otro acreedor inscribía antes. ¿Quién era preferente? El artículo 916 del Código de Comercio determina la preferencia entre los acreedores hipotecarios, «por orden de fechas de la inscripción de sus títulos», lo que es algo más que una interpretación auténtica.

Al disponer nuestro Código civil la inscripción como uno de los elementos esenciales de la hipoteca, la cuestión de la buena o mala fe no puede plantearse, porque el primer acreedor es un mero acreedor personal, y mientras no inscribe, no hay hipoteca, y no habiendo hipoteca, no puede haber mala fe.

Si se vende la finca sin inscribirse la hipoteca antes del Código civil, al adquirente le perjudicaba la hipoteca, si no era tercero del artículo 34. Después del Código civil no hay hipoteca y no necesita de la protección del artículo 34, no hay inexactitud registral.

Al imponer el Código civil la inscripción como requisito de validez de la hipoteca, arrancó al artículo 23 (hoy 32) de la Ley Hipotecaria, una de sus tercetos, el tercero que, siendo segundo acreedor-hipotecario, inscribe antes que el primero, y lo arrancó precisamente, porque el fijar en la inscripción el nacimiento de la hipoteca, no la constitución de la hipoteca, el primer acreedor, que descuida la inscripción, es, hasta que inscribe, un mero acreedor personal y no hay hasta tanto derecho real de hipoteca.

Esta importante modificación del artículo 1.875 ha oscurecido el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, al arrebatárle el personaje que, con inusitada frecuencia, plantearía la dualidad de los artículos 32 y 34. La doble hipoteca de una misma finca planteaba un problema diametralmente diverso de la doble venta.

(40) El artículo 1.875 del Código civil «...es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». Véase en igual sentido el artículo 145 y 159 de la Ley Hipotecaria vigente. En las hipotecas legales el artículo 159 exige desde un principio la inscripción.

El conflicto entre acreedores hipotecarios se graduaba por las fechas de sus inscripciones, no había adquisición *a non domino*, eran derechos de posible concurrencia. El conflicto entre compradores de una misma finca no admite graduación, sino aniquilamiento o nulidad de una de las compras.

El argumento decisivo de ROCA SASTRE, para negar la dualidad de terceros, es el apartado último del artículo 40. «En ningún caso, la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.» El asiento registral, que no refleja exactamente la realidad jurídica extrarregistral, puede rectificarse; mas su rectificación no perjudica nunca al tercero protegido por el artículo 34, cuyo asiento en este aspecto sigue intocado.

Que la rectificación del registro no perjudique nunca al tercero del artículo 34-I, no es lo mismo que la rectificación del registro perjudique siempre al titular registral, que no sea el tercero del artículo 34, 1.

Que la rectificación del registro, en ningún caso, perjudicará al tercero del artículo 34, 1, es distinto que la rectificación del registro perjudicará siempre al titular registral, sea el inmatriculante o su heredero o sea otro titular registral excluido del supuesto de hecho del artículo 34, 1.

El artículo 40, apartado último, se limita a paralizar la rectificación frente al tercero del artículo 34, 1, siempre, en honor a la ficción jurídica de la exactitud de su asiento que, precisamente, por ser una ficción jurídica, estamos ante una auténtica inexactitud, que por ministerio de la Ley deviene en exacta; pero el artículo 40, apartado último, no paraliza la rectificación frente al tercero del artículo 32, porque su asiento es exacto, es auténtico, nada hay que rectificar en él, refleja como la imagen en el espejo la realidad jurídica extrarregistral.

Si el artículo 40, apartado último, excluyese al tercero del artículo 32, el artículo 25, que proclama el principio *prior tempore potior iure*, no tendría sentido alguno. El principio de prioridad, regulado en el artículo 17, cierra el registro única y exclusivamente para los títulos incompatibles, de igual o anterior fecha (y también, en su caso, los posteriores), que transmitan o graven

el dominio de un inmueble o derecho, inscrito o anotado en virtud de otro título traslativo o declarativo; mas si los títulos son compatibles, no hay cierre registral, sino preferencia, atendiendo a las fechas de las respectivas inscripciones o anotaciones y no de los títulos. Si se fijase la preferencia por los títulos, se afirmaría que es mejor la publicidad de la escritura notarial que la del Registro de la Propiedad.

Fijada la preferencia por el orden de fechas de las respectivas inscripciones, y si fueren de igual fecha por la hora de presentación en el Registro (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), debemos dar más beligerancia a una tenue mala fe, que nada usurpa, que nada expolia, pues lo que tiene lo recibe de quien puede y observa a una diligencia, ejecutando la carga que la Ley impone, la carga de la inscripción, o a una confianza que es auténtica negligencia. Para nosotros, la solución no es dudosa, la inscripción es potestativa, y la persona con título de fecha posterior, que conozca el documento anterior, podrá pensar que le hizo una jugada al acreedor o que éste no quiso cumplir el sacrificio que la carga exige para conferir el beneficio inherente a ella, lo que nos parece más sano y el pensamiento de la Ley, pues los títulos compatibles están excluidos del supuesto de hecho del artículo 34, 1, porque el acto que contienen nada tiene que sanar; la titularidad que confieren es sana, no necesita convalidación, y la buena fe se exige para sanar, convalidar o regenerar una titularidad registral, ya que está incluida en el artículo 34, 2, no en el 32. La función del artículo 34, 1, es sanar la falta de legitimación del transferente, por carecer de ella o estar limitada (v. gr., por una condición resolutoria); mas en los casos de títulos relativos a derechos que puedan coexistir sobre la misma finca o derecho real, que no son incompatibles entre sí, que no tienen vicio, que están inscritos (no inmatriculados) en el Registro de la Propiedad, al menos uno, que, por derivar de relaciones jurídicas diversas, no son partes, sino terceros: uno, interno, y externo, otro, o internos ambos. ¿Qué función juega por estos personajes el artículo 34, 1? Ninguna. Esto indica que el tercero del artículo 32 es diverso del tercero del artículo 34, 1.

Que el artículo 40, en su último párrafo, consagra, única y exclusivamente, la inmunidad del tercero del artículo 34 frente a

cualquier rectificación del Registro (41), no puede deducirse que sea un certificado de defunción del tercero del artículo 32, expedido el 30 de diciembre de 1944. El tercero de la prioridad no lucha a vida o muerte con otro u otros terceros, sino para ascender, mejorar, obtener un grado superior, una posición inatacable, inoponible. El tercero del artículo 32 es un tercero de jerarquía, de inoponibilidad, y el tercero del artículo 34 es un tercero exclusivo y excluyente. Este solo puede salvarse o perecer, aquél puede ascender o descender (42) o sin aniquilar el derecho del contrario no permitir que se ataque el suyo.

(41) Hay una excepción, al menos, la provocada por una doble inmatriculación, cuando en transmisiones sucesivas han surgido respecto de la misma finca dos terceros del artículo 34. Cuestión diversa es la planteada por GARCÍA-MONGE Y MARTÍN (*El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación*, «R. de Derecho Privado», octubre de 1965, págs. 873 y sigs.), relativa a un conflicto de doble inmatriculación entre el verdadero dueño que es titular registral inmatriculante, no tercero, y el tercero registral adquirente de inmatriculante posterior que no era dueño. Distinguiendo el autor dos diversas invocaciones del registro en el artículo 34, registro folio la que hace determinar las facultades del transmitente, que resultan de su asiento de inscripción y Registro de la Propiedad en toda su amplitud, la que hace en su última palabra el primer párrafo del artículo 34, refiriéndose a las causas de nulidad o resolución del derecho del transferente. Apoyándose en que el asiento de quien inmatriculó siendo verdadero dueño tiene su expresión en el Registro y debe ser tratado con independencia de que haya dado o no origen a terceros esta inmatriculación, dice que la cuestión debe resolverse por Derecho civil (afirma que lo mismo se logra ajustándose a los principios hipotecarios). Estamos de acuerdo con la deficiencia de nuestro sistema registral, causada por nuestro Catastro, y que una interpretación literal del artículo 34 sería favorable al autor, mas la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, fin primordial del Registro, se vería turbada con esa interpretación a la cual se opone además de la teleológica la lógica, sistemática e histórica. Por otra parte, no hay que olvidar que si llevamos el problema al Código civil, para nosotros el tercero del artículo 34 es un adquirente *a non domino*, comprendido en el artículo 609, o sea, un adquirente *ex lege*. Hipotecariamente la doble inmatriculación con conflicto entre terceros e inmatriculante no es una excepción al artículo 34, rige el principio contenido en dicho artículo en beneficio del tercer adquirente del segundo inmatriculante, se trata de una inexactitud registral (no de causa de nulidad o resolución, causada por la doble inmatriculación, que la Ley Hipotecaria resuelve dejando incólume al asiento del tercero protegido por el artículo 34) (art. 40, apartado último). El tercero es el dios del comercio jurídico inmobiliario, que se venera en los templos del Registro de la Propiedad.

(42) NÚÑEZ-LAGOS (*Tercero y fraude*, cit., págs. 28 y sigs.) ha construido sus dos terceros externos, el de dominio y el de mejor derecho, partiendo del litigio que constituye el objeto de los juicios de tercería, la tercería de dominio y la tercería de mejor derecho, respectivamente. Esta se basa en una preferencia derivada de la Ley (privilegio) o en un derecho real (hipoteca). En aquélla chocan dos derechos reales incompatibles sobre el mismo objeto. La proyección registral de ambos terceros, terceros internos, origina el del artículo 32 y el del 34.

En síntesis, la negación del tercero del artículo 32 deja sin posible actuación la preferencia o prioridad registral consagrada en los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, cuyo supuesto de hecho es extraño al del artículo 17, dictado para títulos incompatibles que pretendan registrarse y al supuesto de hecho de este último artículo se refiere el 34, 1, mientras que al de los artículos 24 y 25 se refiere el artículo 32.

Que la rectificación de un asiento, en aras al principio de exactitud registral proclamado en el artículo 34, 1, no pueda nunca perjudicar al tercero protegido por dicho artículo, no puede deducirse que la extensión de un nuevo asiento perjudique siempre al tercero del artículo 32, cuyo asiento no se rectifica, porque tal tercero no existe. Será preciso demostrar que tal tercero no existe, y por ello no cabe perjudicarlo.

Los conflictos que plantea el tercero de la prioridad o de la inoponibilidad no provocan la rectificación del asiento de dicho tercero, este asiento no está equivocado; hay omisión de un asiento, porque no se ha inscrito o anotado un título relativo a un derecho del cual puede registrar y civilmente disponer el titular registral y para cuya disposición ulterior a favor del tercero del artículo 32 estaba legitimado.

El supuesto de hecho del artículo 40-a-1.º, que coincide con el de los artículos 24 y 25, no está comprendido en la letra del último párrafo del artículo 40.

El problema de la existencia del tercero de la prioridad no puede plantearse sobre la base de supuestos de hecho que sanen una titularidad inexistente, nula, anulable, resoluble, revocable o rescindible (43) del titular registral que transmite, para estos supuestos de adquisición *a non domino* está el artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria.

E) *La autonomía del tercero del artículo 32.*

Nosotros aceptamos la tesis de ROCA SASTRE, en cuanto exige en el tercero registral para adquirir *a non domino* los requisitos

(43) Nos referimos a supuestos de resolución por condiciones resolutorias expresas no inscritas, revocaciones por incumplimiento de cargas del donatario no inscritas, titularidades rescindibles por fraude de acreedores.

habilitantes de la buena fe y de la onerosidad, es decir, que solamente el tercero incurso en el supuesto de hecho del artículo 34, puede paralizar la rectificación de una inexactitud registral, por la cual desaparezca, disminuya o se desvirtúe la titularidad del transferente.

Mas de esto no concluimos que no exista más tercero que el del artículo 34, ni más inexactitud registral que aquella, que, afectando a la titularidad del transferente, repercute directamente en la titularidad del adquirente. En otros términos, que hay inexactitudes registrales, respecto a las cuales la rectificación del Registro no afecta al asiento del tercero, porque éste ha adquirido *a domino*, como el supuesto de hecho del artículo 40-a-1.º, que no están comprendidas en el apartado último del citado artículo 40.

La cuestión de la unidad o dualidad del tercero en nuestra Ley Hipotecaria hay que enfocarla desde el punto de vista de la causa y no del efecto, de la amplitud del supuesto de hecho del artículo 34, en el sentido de absorber el del artículo 32 o no.

El problema hay que plantearlo así: ¿Los supuestos de adquisición *a domino* están comprendidos en el artículo 34. 1º? ¿Señala este artículo unas preferencias en caso de adquisición del verdadero dueño real y registral, cuando vengan en conflicto dos derechos reales constituidos sobre una finca? ¿Proscribe este artículo la inoponibilidad?

Un ejemplo: A, dueño de un solar hipotecado, lo grava por medio de su apoderado B, por el lindero Este, con una servidumbre de vistas de tres metros en favor del edificio contiguo, recibiendo de su dueño C un precio de 100.000 pesetas. B, dueño del edificio contiguo, con el solar de A, por el lindero Oeste, adquiere posteriormente, y antes de abrirse ventana alguna a favor del edificio de C, otra servidumbre de vistas sobre dicho lindero, otorgándose la escritura entre A y B, por el precio de 100.000 pesetas. B inscribe antes que C. El acreedor hipotecario ejecuta la hipoteca, y después de pagados el crédito, intereses, costas y gastos, quedaron 100.000 pesetas. A no tiene más bienes ni deudas: ¿Quién cobra, B o C? Si cobra preferente C, tiene razón ROCA SASTRE. Si B preferentemente, estamos frente a un tercero del artículo 32, ya que su conocimiento de la inexactitud registral como apode-

rado de A le excluye del supuesto de hecho del artículo 34, 1 y 2, y tiene razón NÚÑEZ-LAGOS.

Es indudable que una comparación de los artículos de las Leyes de 1861, 1909, y la vigente se observa en esta última una clara tendencia a orientar la protección hacia el tercero del artículo 34, 1, evitando las dudas que podrían suscitar las Leyes anteriores, no sólo exigiendo los requisitos de la onerosidad desde el año 1877, y la buena fe, explícitamente desde el año 1944, incrustados en el artículo 34, 1, sino también invocando expresamente al tercero del artículo 34, 1, en artículos que las Leyes anteriores sólo mencionaban al tercero (44) o nombrándole en el artículo por vez primera (45). Sin embargo, hay muchos artículos que invocan simplemente al tercero, sin concretarlo en el del artículo 34, tales como el 11 (46), 13, 28, 37, 38-2, 69, 76, 129, 131, 5.^a, 134, 142, 144, 208 y 313, no sólo en la Ley Hipotecaria, sino también fuera de ella; v. gr. Artículo 5.^o, párrafo penúltimo, de la Ley de Propiedad Horizontal; artículos 606, 1.124-IV, 1.949, del Código civil.

Estos artículos, en cuanto justifican una adquisición *a non*

(44) Así el artículo 31 exhibe claramente la tendencia de la vigente Ley y el 35 de las anteriores en relación con el 36 de la vigente.

(45) Artículo 15-4 y 40, apartado último, que no tienen precedente que no pueden fundar una interpretación histórica, aunque justifican la tendencia.

(46) En el aplazamiento del pago del precio inscrito, nuestras Leyes hipotecarias anteriores (a) equiparaban la facultad de resolución del vendedor derivada de la naturaleza de las obligaciones recíprocas, como es la compraventa, al supuesto de que las partes elevasen a condición resolutoria expresa el impago del precio aplazado. En el primer caso, como la facultad de resolución era inherente al contrato, no afectaba a los terceros, salvo fraude. En el segundo sí. El artículo 1.504 del Código civil apuntó la diferencia, pero no le dio tratamiento diferenciado, porque era extraño al fin de dicho artículo. El artículo 1.124 del que es una especialidad y en un aspecto ajeno al que estudiamos el 1.504, decreta la oponibilidad del impago del precio a determinados terceros. Si esta oponibilidad al tercero está pensada para el fraude, es superfluo el último párrafo del artículo 1.124 y tiene razón NÚÑEZ-LAGOS. b) Si admitimos una mala fe en el segundo comprador o en el donatario del primero, que no sea fraudulenta, la inscripción hace inatacable la posición de estos dos últimos frente al primer vendedor.

a) Artículo 38-3.^a de la Ley Hipotecaria de 1861 y 38-2.^o de la Ley Hipotecaria de 1909

b) Fe pública especial, «R. D. N.», abril-junio de 1958, págs. 59 y sigs., donde afirma, que aunque esté debidamente inscrito conforme al artículo 10 de la Ley Hipotecaria resulta ineficaz por la naturaleza de la relación jurídica (contrato) y no perjudica a tercero esté o no inscrito el aplazamiento del precio. Ya antes se refirió al artículo 11 en el Registro de la Propiedad cit., págs. 231 y sigs. y 237.

domino, no es dudoso para nosotros que se refieren al tercero del artículo 34, 1. Así no son dudosos, como expresivos de esta tendencia, los artículos 28, 76, 144 y 208, porque sancionan adquisiciones, que serían *a non domino*, si el legitimado activamente, según el Registro, no fuese el verdadero dueño o titular o tuviese limitada su titularidad.

Respecto del artículo 13 (47), hay que distinguir el doble gravamen compatible otorgado por el dueño real y registral, cuyo adquirente es un tercero que adquiere *a domino* y, por tanto, nada tiene que sanar en su título adquisitivo el artículo 34, 1; del doble gravamen incompatible o de la transmisión por el titular del pleno dominio, cuando, en realidad, lo había gravado previamente con una servidumbre u otro derecho real no inscrito aún, en cuyos supuestos hay adquisición *a non domino* y juega el aforismo *nemo plus iuris in aliud transferre potest, quam ipse habet* y, por tanto, transmite sólo el dominio gravado, o juega el artículo 34, 1, y hay adquisición *a non domino* por ministerio de la Ley (48).

El artículo 37, silenciado por Roca SASTRE, en el sentido que le invocamos ahora, denomina tercero a un adquirente a título lucrativo: «Las acciones rescisorias de enajenaciones hecha en fraude de acreedores, las cuales perjudicarían a tercero: 1.º Cuando hubiese adquirido por título gratuito.» Luego el donatario, y para nosotros el legatario, son terceros sin protección cuando hay fraude de acreedores, y con ella, aunque no la del artículo 34, 1 y 3, cuando no hay fraude.

¿Qué supuestos pueden ser éstos? Para nosotros, entre otros, el del artículo 69. Este se refiere al tercero del artículo 32. Contemplemos el supuesto de que el acreedor refaccionario, después de terminadas las obras, pretenda anotar su crédito; mas la casa fue donada e inscrita la donación, siendo solvente el donante. No debemos admitir que, al amparo de ser privilegiado el crédito refaccionario, haya que negar el carácter de tercero del artículo 32 al donatario. Hay una inexactitud registral y una negligencia del acreedor refaccionario, y no hay razón para componer el conflicto

(47) Véase NÚÑEZ-LAGOS, *El Registro*, cit., págs. 221 y sigs., y 228 y sigs. En un sentido diverso del que aquí se expone y que ya aludimos a él al estudiar la buena fe.

(48) El artículo 13 de las Leyes anteriores no mencionaba al tercero.

de intereses en perjuicio del donatario, cuando el acreedor refaccionario, con alguna molestia mayor, judicial o no, puede cobrar su crédito, si el donante se opone, por cualquier causa, o está en otro lugar, donde tiene sus bienes.

Este supuesto abre nuevas posibilidades al tercero; no se trata de una graduación de derechos ni de un aniquilamiento del derecho del acreedor refaccionario, éste conserva su derecho inmutado, aunque ha perdido la preferencia sobre la finca objeto de las obras, el tercero no mejora su posición con relación al acreedor refaccionario, sino que el derecho de éste es inoponible al titular inscrito. Esto tiene su razón en que el tercero del artículo 32 está excluido, única y exclusivamente, de las adquisiciones *a non domino*; mas no agota su misión, resolviendo los conflictos a base de una jerarquía, sino de la inoponibilidad, respecto a la cual la graduación es su expresión relativa.

Para concluir, diremos que nuestra Ley Hipotecaria se orientó acertadamente hacia el tercero de los sistemas germánicos, pero sin agotar en su figura la protección registral del tercero. El tercero del artículo 34, 1, agota su misión en las adquisiciones *a non domino*; el tercero del artículo 32 no puede convalidar una adquisición *a non domino*, lo impide el artículo 33; mas si hacer inoponible a quien inscribe frente a quien no lo hace o conferir una prioridad a quien cumple con la carga de la inscripción o anotación con relación a quien descuida esta misma carga.

Entre ambos terceros no hay ninguna incongruencia que rompa la unidad de nuestro sistema hipotecario, pueden coexistir en la Ley sin violencias de ninguna especie. Cada uno de ellos tiene su campo propio de actuación, las adquisiciones *a non domino*, el del artículo 34, y las adquisiciones *a domino*, que después entran en colisión, el del artículo 32.

La finalidad jurídica del artículo 34 se agota, salvando o sanando la falta de legitimación activa del precedente titular registral, causada por su titularidad inexistente, invalida o tarada, y en beneficio, única y exclusivamente, del adquirente que inscribe, el cual «será mantenido en su adquisición» (49). Cuando el nego-

(49) La frase es de una técnica jurídica impecable: el verbo ser es usado en futuro, nada dice del pasado, del titular registral que transfiere: respeta la adquisición, no por el negocio traslativo, sino por incidir en el supuesto de hecho del artículo 34.

cio jurídico, es decir, el título del tercero registral no está viciado en su legitimación activa, no podemos incluirlo en el artículo 34, porque estamos al margen de su supuesto de hecho y frente a un tercero distinto, el tercero de la inoponibilidad, el tercero del artículo 32.

La protección registral del adquirente *a non domino* se decide en el artículo 34. La tutela registral del adquirente *a domino* en el artículo 32.

El tercero del artículo 32 es una figura jurídica útil e idónea, para componer unos conflictos de intereses, como los que hemos enumerado, y otros más que la realidad, en su perenne fluir, presenta y presentará.

E) *El tercero interno o registral de la inoponibilidad.*

La inoponibilidad es un concepto más amplio que el de prioridad, aunque en nuestra legislación hipotecaria más restringido que en los sistemas de transcripción, por exigencias del artículo 34, que quedaría inoperante en caso de aplicar el principio de inoponibilidad a adquirentes *a domino* y *a non domino*.

El principio de inoponibilidad aplicado al tercero registral expresa: que los títulos relativos a derechos reales inmobiliarios debidamente inscritos no pueden ser perjudicados por los registrados con posterioridad o no registrados.

Es el sentido jurídico del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil, «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos (o anotados) en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

El perjuicio al tercero puede causarse adquiriendo un grado superior el título que se inscribe después, si se atiende a la fecha del documento y no de la inscripción, lo que resultaría claro en materia de hipotecas, si la inscripción no fuese el último de los elementos o requisitos constitutivos del derecho real; mas no es difícil proyectar estas mismas consecuencias a los demás derechos reales limitados, que concurren sobre una misma finca, si el valor de ésta en caso de ejecución hipotecaria, destrucción con o sin

seguro, etc., no alcanza para cubrir el valor de todos ellos, en cuyos supuestos, al convertirse en derechos de crédito por el mecanismo de la subrogación real, la cuestión debe resolverse por vía de preferencias, medio idóneo y legal para solucionar los conflictos entre créditos.

Si los títulos antes expresados no registrados o registrados con posterioridad no perjudican al tercero inscrito, aunque sean de fecha anterior al de éste, estamos frente a una prioridad derivada única y exclusivamente del Registro en favor del tercero registral, el tercero interno de la prioridad.

En el campo de los derechos reales es difícil que se plantee este conflicto directamente. Solamente se nos ocurre una posibilidad, que nos limitamos a apuntar, sin pronunciarnos sobre el problema, nos referimos a la anticresis, siempre que se admita que la adquisición de los frutos por el acreedor es efecto natural y no esencial de esta figura jurídica, y en consecuencia sea derogable por pacto entre las partes.

Indirectamente, es decir, en los supuestos de purga de los derechos reales en cosa ajena, por ejecución, el conflicto es una realidad, aunque se plantee entre los derechos de crédito por la subrogación real.

No se agota la figura del tercero interno en la prioridad, sino que la tutela registral del mismo se extiende a supuestos donde no se discute un rango, sino un perjuicio a derecho inscrito. El ejemplo que hemos puesto del artículo 69 es una de las manifestaciones de esta tutela.

Sin entrar a analizar los preceptos de la Ley Hipotecaria que hemos citado referentes al tercero, muchos de los cuales han quedado examinados, nos interesa resaltar aquí las razones para exigir la cualidad de tercero interno en algunos supuestos en que la Ley Hipotecaria alude al tercero tanto civil como registral, al tercer poseedor, y de los que antes hemos dado noticia.

Se trata de los supuestos de hecho de los artículos 112, 114, 115, 120, 121, 126, 127, 147, 157, etc. En todos ellos, en nuestra opinión, se tutela con exceso al tercer adquirente de los bienes hipotecados, cuyo exceso redundaría en perjuicio del acreedor hipotecario y sobre todo del cesionario del crédito hipotecario. Este exceso y correlativo perjuicio no compone equilibradamente el con-

ficto de intereses. Contemplemos estos dos casos: El acreedor puede descuidar el cobro de los intereses confiando en la ampliación de la hipoteca, que a pesar de examinar periódicamente el Registro y de retrasar la ejecución confiando en la ampliación, no puede hacerla porque un tercero civil adquirió la propiedad de la finca hipotecada o la finca, cuya diferencia de valor con el crédito que garantizaba era mayor, fue vendida, y confiando en poder repetir por la diferencia, dejó de ejecutar la hipoteca de la otra finca por razón de intereses. El tercer adquirente del crédito confía en la repetición por la diferencia sobre una de las fincas o en ampliar la hipoteca y no puede, a pesar de que examinó el Registro antes de la cesión del crédito, porque las fincas han pasado a poder de un tercer poseedor.

La conversión del tercer poseedor en tercero interno nos parece una tendencia saludable, un quehacer de la política legislativa, una cuestión de *legé ferenda* a cristalizar en Ley.

ALFREDO GARCÍA-BERNARDO LANDETA.

Notario.