

EL TERCERO HIPOTECARIO Y LA ANOTACION DE EMBARGO

Arturo MERINO GUTIÉRREZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MONISMO O DUALISMO EN LA CONCEPCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO.—III. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—IV. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y LA FE PÚBLICA REGISTRAL.

I. INTRODUCCIÓN

Un título como el empleado sin duda provocará que las espadas se pongan en alto. Es el tercero hipotecario un personaje tan entrañable como difícil. Ni se deja aprehender fácilmente, ni ofrece siempre el mismo rostro. Tiene diversas residencias legales para algunos, pero otros opinan que nunca ha cambiado de domicilio. Su árbol genealógico no es fácil de dibujar, ni está muy claro de qué región de la vieja Europa proviene. Pero no por eso solamente digo que las espadas se alzarán: algunos pensarán que si el tercero hipotecario es el agua, la anotación preventiva de embargo es aceite.

La anotación preventiva de embargo revela vigorosamente la interrelación de las distintas ramas jurídicas. Es materia técnica que en muchas ocasiones exige el empleo preciso de normas y principios residentes en distintas disciplinas del Derecho, que ha suscitado no pocas controversias en los foros de debate y en los Tribunales, bastante literatura jurídica y, quizás como consecuencia de estas razones o de otras que ahora se me escapan, posee cierta leyenda de materia oscura. Por tal motivo, no se me ocurre mejor manera de principiar estas líneas que, habiendo ponderado las muchas dificultades que encontraré en mi camino, solicitar del

lector comprensión por si en algún momento tales obstáculos consiguen imponerse a mi empeño de lograr una exposición clara y fácil de seguir.

A modo de declaración de intenciones, considero obligado hacer varias puntualizaciones antes de abordar la materia objeto de este breve artículo.

En primer lugar, la discusión doctrinal planteada sobre los efectos de la anotación preventiva de embargo suele centrarse sobre estos puntos: uno, la preferencia y prelación que recibe el crédito anotado frente a otros, privilegiados o comunes, anteriores o posteriores¹; dos, el valor como carga de la anotación preventiva de embargo en los distintos procedimientos en los que se ejerciten acciones reales o personales que produzcan como resultado la venta de un inmueble para la satisfacción de algún crédito²; y tres,

¹ Existe una doctrina jurisprudencial claramente inclinada a interpretar la pugna o antinomia entre el artículo 1.923, párrafo 4.º, del Código civil, y el artículo 1.927, párrafo 2.º, del mismo texto legal, en favor del primero de ellos, de tal suerte que se ha declarado reiteradamente que la anotación preventiva sólo otorga preferencia y prelación frente a los créditos que sean posteriores a la anotación, pero nunca frente a los anteriores, respecto de los cuales tal preferencia no tiene ninguna virtualidad. Esta tesis tiene como más destacado contradictor a García García, cuya minuciosa interpretación de las relaciones entre ambos preceptos pone en serios apuros aquella dirección, al menos desde un plano puramente intelectual y sin que haya logrado adhesiones unánimes, ni siquiera mayoritarias, y proporciona argumentos nada desdeñables en favor de su tesis. Consiste ésta, en esencia, en considerar que puesto que el artículo 1.923 del Código civil es un precepto destinado a determinar los créditos que gozan de preferencia mientras que el artículo 1.927 del mismo Código es el que se ocupa propiamente de fijar la prelación entre los créditos preferentes, en la pugna debe salir victorioso este último artículo, que para determinar la prelación entre los créditos hipotecarios, los anotados preventivamente de embargo y los refaccionarios anotados o inscritos acude simplemente al criterio de la fecha del asiento registral (que es la fecha y hora del asiento de presentación por aplicación de los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria). Como consecuencia de todo ello, el crédito anotado preventivamente de embargo se satisface antes que los créditos que no tienen la cualidad de privilegiados o la tienen respecto de los demás bienes muebles o inmuebles (artículo 1.924 del Código civil), esto es, respecto del remanente una vez apartados los bienes muebles o inmuebles sobre los cuales tienen preferencias determinadamente algunos créditos (artículos 1.922 y 1.923 del Código civil). Y, tratándose de créditos que gozan de preferencia sobre el precio de determinados bienes inmuebles, primero se satisfacen los de los núms. 1.º y 2.º del artículo 1.923, después los de los núms. 3.º y 4.º, cuya preferencia se determinará exclusivamente por la fecha de los asientos, y finalmente los del núm. 5.º del mismo precepto legal. Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988, pp. 258 y ss.

² Es especialmente interesante la fijación clara de la operatividad de la anotación preventiva de embargo en su condición de carga, esto es, como se comporta en el supuesto en el que como consecuencia de un procedimiento en el que se haya

la situación que la anotación preventiva que nos ocupa depara para el anotante en relación con las enajenaciones que el deudor embargado realice de la finca anotada, antes o después del embargo o de la publicación registral de éste. De estas tres interesantes materias, es esta última la que va a ocupar atención.

En segundo lugar, como posteriormente se comprobará, no se ha tratado de hacer un análisis ni pormenorizado ni tan siquiera somero de todas las cuestiones que cabe plantearse en esta sede, ni tampoco una exposición de todas y cada una de las posturas doctrinales existentes al respecto, sino simplemente, y con la humildad suficiente para reconocerlo, de tratar de proporcionar algunas ideas nuevas o de reflexionar sobre otras que no han recibido la atención que quizás merecían.

En tercer lugar, conviene trazar una distinción perceptible entre varios supuestos:

1.º Hipótesis en que los bienes embargados nunca fueron propiedad del deudor embargado, o su adquisición había quebrado por resolución, revocación, rescisión, etc.

2.º Supuesto en el que al verificarse la traba de los bienes éstos ya no pertenecen al deudor contra el que se dirige el procedimiento judicial, que si bien fue dueño de ellos había dejado ya de serlo.

3.º Caso en que sí le pertenecen en tal momento pero no en el instante de presentarse en el Registro de la Propiedad el mandamiento del Juzgado ordenando la anotación del embargo, aun constando los bienes inscritos a nombre de tal deudor³.

producido la enajenación judicial de un bien inmueble a instancias del actor haya que decretarse por el Juzgado la cancelación de asientos anteriores o posteriores al que reflejaba el derecho de aquél. El centro del debate está en dilucidar si lo anterior y lo preferente siempre coinciden o caben asientos anteriores no preferentes y asientos posteriores preferentes. Para no desviarnos del tema que aquí se examina, nos remitiremos a dos interesantes y exhaustivos trabajos: CANALS BRAGE, F., «Carga real y preferencia crediticia en las ejecuciones inmobiliarias. Comentario a las RR. de la D.G.R.N., de 27 de julio, 29 de abril y 22 de noviembre de 1988» R.C.D.I., 1990, mayo-junio (598), pp. 1.195 a 1.225; e IPIENS LLORCA, A., «Anotaciones de embargo e hipotecas», A.A.M.N., 1974, pp. 23 a 65.

³ Es el caso de las RR. de la D.G.R.N. de 6 de septiembre de 1988 (Rep. Ar. 6999) y de 12 de junio de 1989 (Rep. Ar. 4804). Cf. también en AMORÓS GUARDIOLA, M., y MADERO JARABO, E., *Jurisprudencia registral*, 11 (1986-1990), pp. 751 y ss. y 927 y ss. En ambos supuestos, se había trabado el embargo antes de su venta por el deudor en escritura pública, y anotado el embargo también antes de la inscripción de la venta, declaró el Centro Directivo inscribible la venta judicial alcanzada en el procedimiento en que se acordó el embargo. Después de aclarar que la anotación preventiva no es constitutiva del embargo, en lo que parece haber acuerdo doctrinal, las resoluciones citadas declararon en sus Fundamentos de Derechos números 6 y 8 que:

«6. Ciertamente en nuestro sistema el acreedor que obtenga anotación preventiva de embargo goza de preferencia frente a los créditos o actos dispositivos pos-

Por último, considero adecuado verificar un breve repaso del concepto del tercero protegido por nuestro sistema hipotecario ⁴.

teriores a la fecha misma en que la anotación preventiva del embargo se produce según resulta de los artículos 44 y 1.923 del Código civil y confirmó reiterada jurisprudencia. Pero ello naturalmente no quiere decir que los créditos o los actos dispositivos anteriores a la anotación misma hayan de ser preferentes siempre al crédito en cuyo favor se practicó el embargo o al embargo mismo todavía no anotado. Para decidir estas otras colisiones de derechos ha de estarse entonces a las demás normas de nuestro Ordenamiento. La colisión entre los créditos anteriores a la anotación se decidirá por las demás normas sobre concurrencia y prelación de créditos. La colisión entre embargo no anotado y el acto dispositivo sobre el bien embargado se decidirá puesto que afecta al campo de los derechos reales según el principio "prior tempore potior iure" a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria. Es decir producido el embargo aunque no esté anotado el dueño del bien sólo puede transmitirlo en la medida en que es suyo: o sea con la carga del embargo; a salvo el caso de que el que hubiere adquirido el bien con posterioridad al embargo reuniera los requisitos para gozar del amparo de la legislación hipotecaria (lo que aquí no ocurre porque la anotación del embargo es anterior a la inscripción de la adquisición del bien.)

«8. En conclusión puesto que la venta posterior al embargo no puede quedar protegida ni por el principio de prioridad ni por la fe pública registral (al estar ya anotado el embargo al tiempo de la inscripción de la venta) no cabe en el presente caso que deje de ser inscrito por la sola razón invocada por el Registrador el auto de adjudicación siempre que en cuanto a la cancelación del asiento relativo a la venta intermedia se cumpla lo establecido en los artículos 131.17 y 133 de la Ley Hipotecaria y 175.2.º y 233 del Reglamento Hipotecario.»

Ambas resoluciones hacen una curiosa aplicación del principio de prioridad: es cierto que tratándose de situaciones no inscritas, habrá que atender a la fecha de los respectivos actos; pero una vez que se publican, dicha regla cede en favor de la aplicación del principio de prioridad registral. La doctrina del Centro *Directivo* no busca otra cosa que la justicia del caso concreto, pero no todos se han mostrado conformes con las declaraciones contenidas en estas resoluciones. Es verdad que se llega al mismo resultado que se tratará de defender en este trabajo, pero no se analiza la relación de la anotación de embargo con el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

⁴ La abundante literatura inspirada en la figura del tercero hipotecario se revela en algunos títulos cuya evocación, debo confesarlo, siempre consigue arrancarme una sonrisa («algo más sobre el tercero», «otra vez el concepto de tercero», «todavía sobre el concepto de tercero»). Pero en fin, dejando a un lado cualquier inclinación humorística, merece todo respeto y admiración el afán con el que la doctrina ha debatido, reflexionado y, con ello, enriquecido el estudio de este tema. Algunas veces, es cierto, tan dispares opiniones han sembrado una pequeña confusión, pero las más debe decirse que han tornado las sombras en luces y, «por el mismo precio», ha quedado patente el fino genio de muchos de nuestros más brillantes autores.

Sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar los siguientes trabajos, por orden cronológico: ALONSO FERNÁNDEZ, J., «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», R.C.D.I., 1945, pp. 305 y ss. DUALDE, J., «Todavía sobre el concepto de tercero», R.D.P., 1947, p. 349. VILLARES PICÓ, M., «La posesión y el Registro», R.C.D.I., 1947, pp. 437 y ss. DEL HOYO, F., «Otra vez el concepto de tercero», R.C.D.I., 1.949, pp. 563 y ss. NÚÑEZ LAGOS, R., «El Registro de la Propiedad español», R.C.D.I., 1949, pp. 346 y ss. BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., «Vida jurídica. Comentario a la conferencia de Núñez Lagos, El Registro de la Propiedad español», A.D.C., 1949, pp. 681 y ss. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Sentencias anotadas. Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros

problemas. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1949», A.D.C., 1949, pp. 1.340 y ss. VILLARES PICÓ, M., «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», R.C.D.I., 1949, pp. 1 y ss. GÓMEZ GÓMEZ, M., «¿Inscripción declarativa o constitutiva?», R.C.D.I., 1949, pp. 787 y ss. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad», R.G.L.J., 1950, pp. 563 a 625.- HERMIDA LINARES, M., «El Derecho inmobiliario español, los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad», R.C.D.I., 1951, pp. 641 y ss. y 721 y ss. GÓMEZ GÓMEZ, M., «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», R.C.D.I., 1952, pp. 558 y ss. NÚÑEZ LAGOS, R., «Fe pública especial», R.D.N., 1958, p. 29. VILLARES PICÓ, M., «La Ley hipotecaria de 1861(en pro de su reforma en su centenario)», R.C.D.I., 1960, pp. 145 y ss. y «Recordemos en este centenario del régimen hipotecario al verdadero fundador del mismo», R.C.D.I., 1961, pp. 910 y ss. ROCA SASTRE, R. M., «Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861», R.C.D.I., 1962, pp. 585 a 604. NÚÑEZ LAGOS, R., «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», conferencia publicada en R.D.N., 1962, p. 112. DE LA RICA Y ARENAL, R., «Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario», discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pp. 75 y ss. CARRETERO GARCÍA, T. «Retornos al Código civil. II. Retorno al artículo 606», R.C.D.I., 1965, pp. 75 a 138. ROCA SASTRE, R. M., «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», R.C.D.I., 1965, pp. 781 a 829. VILLARES PICÓ, M., «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero perjudica la eficacia de la inscripción», R.C.D.I., 1966, pp. 363 a 378. GÓMEZ GÓMEZ, M., «En torno a la polémica Carretero-Roca», 1966, R.C.D.I., pp. 379 a 395. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», R.C.D.I., 1967, pp. 379 a 395. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., «Los terceros registrales o internos», R.C.D.I., 1968, pp. 1.493 y ss. HERMIDA LINARES, M., «Problemas fundamentales de Derecho Hipotecario», R.C.D.I., 1969, pp. 1.172 a 1.224. DE LA RICA MARITORENA, R., «Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria», R.C.D.I., 1970, p. 703. GARCÍA HERGUEDAS, M. P. y GARCÍA ARANDA, C., «El tercero civil, el tercero hipotecario y sus protecciones en nuestro Derecho», R.C.D.I., 1975, pp. 591 y ss., y 1978, pp. 1.105 y ss.

Dentro de las obras generales, y entre otras no menos importantes, pueden consultarse las siguientes, citadas también por orden cronológico: SANZ FERNÁNDEZ, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, tomo I, pp. 368 y ss. y 414 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Zaragoza, 1957, pp. 232 y ss.- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho hipotecario*, 7.^a ed., Barcelona, 1979, tomo I, pp. 529 y ss. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 1982, 595 y ss. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1983, volumen 11, pp. 373 y ss. y 390 y ss. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, 2.^a ed., Barcelona, 1984, pp. 161 y ss. ÁLVAREZ CAPEPOCHIPI, J. A., *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp. 133 y ss. DE COSSÍO Y CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1986, pp. 217 y ss. GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1988, pp. 583 y ss. MORENO-LUQUE, C.; DE LEÓN ARCE, A.; MERINO GUTIÉRREZ, A. y otros, *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1988, Guías «La Ley». CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, 1989, tomo I, pp. 311 y ss. y 335 y ss.

II. MONISMO O DUALISMO EN LA CONCEPCIÓN DEL TERCERO HIPOTECARIO ⁵

Tan debatida cuestión como ésta tiene una importancia crucial en esta exposición. Es mi juicio, que ya adelanto, que el anotante preventivamente de embargo no puede quedar protegido por la fe pública registral por las razones que se tratarán de defender, mientras que sí es posible entender que es un tercero protegido por la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito. Presuponiendo que los bienes continúan inscritos a nombre del deudor embargado, recordemos los posibles conflictos de intereses que pueden plantearse ⁶: a) puede suceder que cuando la autoridad judicial verifica la traba de los bienes del deudor pertenezcan a éste y que sin embargo no sea dueño de ellos al acometerse su constancia en los libros registrales; b) puede acontecer, por contra, que el sujeto pasivo de la medida judicial no fuera propietario de los bienes cuando el juzgador la adopta por haberlos transmitido, y c) cabe también que nunca hubiera sido dueño de ellos, por no llegar a adquirirlos o por haber quedado sin efecto su acto adquisitivo. Todavía en este último ejemplo podría ocurrir que la ineficacia del acto adquisitivo tuviera lugar con anterioridad o con posterioridad a la traba judicial. Si relacionamos tales posibilidades con la idea primaria de que la fe pública registral subsana la falta de derecho preexistente en quien figura como titular registral sin serlo, y que tal virtud no es propia de los sistemas de inopo-

⁵ En realidad, la figura del tercero protegido por nuestro sistema inmobiliario registral no sólo ha dividido a la doctrina en partidarios de lo que se ha venido en llamar tesis monista y dualista, según se estime que sólo hay un tercero protegido —el que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria— o son dos, cuya tutela emanaría para uno del mentado artículo 34 y para otro del artículo 32, que exige, como veremos, menos requisitos para salvaguardar el derecho del tercero, sino que el problema se ha planteado entre monismo y pluralismo, toda vez que otros preceptos de la ley, principalmente los artículos 28, 31, 36, 40, 69 y 76, han suscitado dudas en la determinación de quién es el tercero al que se refieren y protegen. No obstante, para los efectos que aquí interesan el dilema lo circunscribiré a la pugna entre la unidad o dualidad en la concepción del tercero, no sólo porque bastaría para lo que se intenta, sino porque opino que es el auténtico debate, la opción por una u otra configuración institucional de nuestro sistema, toda vez que el resto de las normas citadas pueden reconducirse sin mayores problemas a los supuestos típicos y no parecen decisivos para dilucidar el esquema protector instaurado o seguido por nuestra legislación hipotecaria.

⁶ En el caso de que los bienes embargados, sean o no propiedad del deudor contra el cual se dirige el procedimiento judicial, consten inscritos a favor de persona distinta de éste (salvo que el procedimiento judicial se haya dirigido contra una persona en concepto de heredera del que aparece en el Registro de la Propiedad como titular registral), no cabe la anotación del embargo en éste, por impedirlo el principio de tracto sucesivo, y, a la inversa, puede el titular tabular ejercitar la llamada tercería registral del párrafo 3.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria .

nibilidad, es palmaria la relación entre la cuestión del tercero y la anotación preventiva de embargo.

El principio de legitimación tiene su importante campo de actuación; a todos los efectos legales se presume que lo declarado por el Registro es exacto y que los derechos inscritos pertenecen a su titular registral. Tal presunción despliega su potencia tanto en el proceso como fuera de él, pero no debe ni puede olvidarse su limitación: es una presunción *iuris tantum*, que por tanto admite prueba en contra y que, por ello, deja de ser eficaz en el momento en que se demuestra que Registro y realidad jurídica no concuerdan⁷. Deja, pues, de interesar tal presunción en cuanto cede ante la demostración en contrario debeladora de la eficacia legitimadora. Por ello, los remedios contra la quiebra de la titularidad real en el embargado sólo pueden venir a través de la fe pública o de la inoponibilidad. En mi opinión, la sentencia de 12 de febrero de 1988 no distingue nitidamente ambos aspectos⁸.

⁷ Dice el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en su primer párrafo, que *«A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos.»*

⁸ Cf. Repertorio Aranzadi, número 942. En la parte más interesante, declaró el Alto Tribunal que:

«... El Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular con lo que la presunción iuris tantum alcanza a todos los supuestos hipotecarios gozando asimismo el titular registral de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba...»

Es discutido si el principio de legitimación alcanza a todos los asientos: la literalidad del artículo 38 apunta sólo a los derechos reales y al asiento de inscripción; el artículo 1.3 de la Ley es el que permitiría extender la presunción de exactitud y todas las consecuencias derivadas de la misma a los distintos asientos, en función claro está de la naturaleza y peculiaridades de cada situación registrada.

En el supuesto de la resolución aludida, se alegaba que aunque el bien embargado constaba inscrito a nombre del deudor, ello era producto de un negocio simulado, pues en realidad él no era dueño del mismo. El Tribunal Supremo terminó manifestando que:

«... y admitiéndose que el Banco de Fomento con base en esa exactitud registral anotó en abril de mil novecientos ochenta y uno el embargo practicado sobre una finca cuya titularidad aparecía y sigue apareciendo inscrita a favor del ejecutado hay que declarar existente y en vigor tal anotación preventiva pues como la misma parte recurrente reconoce los actos dispositivos que realice el fiduciario aparente titular dominical serán plenamente eficaces en favor del tercero de buena fe por título oneroso que haya inscrito su adquisición en virtud de la responsabilidad del fiduciante al haber creado e incluso al haber admitido aunque sea fruto de su agobiante situación dicha simulación opinión perfectamente aplicable a la anotación del embargo preventivo que aquí se discute...»

Parece, pues, considerar al anotante preventivamente de embargo tercero protegido por el artículo 34 de la Ley, por la fe pública. Conclusión que como se verá no comparto: la extensión del principio de fe pública y del principio de legitimación

Se han dibujado con singular acierto, por algunos de nuestros autores, las líneas que separan los sistemas de transcripción, conocidos también como sistemas latinos, de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, de los sistemas de fe pública registral, de raigambre germánica, de protección de la apariencia. Lo que ocurre es que mientras algunos opinan (Lacruz, Carretero) que son distintos sistemas protectores porque acuden a modos operativos diversos, otros (Roca Sastre) consideran que son dos fases de una evolución que siempre termina por imponerse.

Para Roca Sastre⁹ los sistemas de fe pública registral, o de desenvolvimiento técnico como él los denomina, suponen un estadio avanzado de la publicidad registral, ya que los sistemas de transcripción, con evidente primitivismo, se quedan en lo superficial, resolviendo el problema de necesidad de tutela del tráfico conforme a la máxima *prior tempore, potior iure*, con lo cual no se protege al ganador en la carrera de lograr el acceso registral de la inconsistencia de los títulos —ya de sus causahabientes, ya de él mismo—, mientras que los sistemas de abolengo germánico otorgan remedios contundentes que ponen al inscribiente que reúna los requisitos exigidos a resguardo de la decadencia de los títulos de sus predecesores en la registración¹⁰. En todo caso, insiste este autor, muestra evidente de las limitaciones de este sistema de transcripción y de su natural acercamiento a grados superiores de perfeccionamiento —los de raíz germánica— son determinadas normas¹¹ que establecen supuestos, como dice Roca

no es la misma, pues su fundamento no obedece a las mismas razones. Todo lo que puede considerarse exacto, a tenor del principio de legitimación, no quiere decir que se mantenga en favor del tercero que resulte protegido por la fe pública. El caso más relevante es el de los datos físicos: la doctrina hoy mayoritariamente admite que están protegidos por la presunción de exactitud registral, pero es evidente que la fe pública no puede alterar la realidad de las cosas ni imponer, en beneficio del tercero protegido, los datos registrales a la realidad.

⁹ Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, op. cit., 1979, pp. 565 y 566.

¹⁰ Así, los sistemas de transcripción servirían para solucionar los problemas de la doble venta, decidiendo la disputa en favor del que primero inscribiese, pero, por contra, no protegerían, ni podrían, de los posibles vicios que rodeasen la adquisición del que vendió dos veces. Un ejemplo lo aclara: A adquirió una finca por medio de un negocio que después es declarado nulo. Vendió la finca a B primero y después a C. C inscribe primero, con lo cual queda a salvo de toda reclamación de B, pero no se libra de las acciones que traten de derribar el título adquisitivo de A, que determinarán la ineficacia última de su adquisición. No sucedería esto en un sistema de desenvolvimiento técnico: C en ningún caso, si reúne las condiciones para ser tercero protegido (buena fe, adquisición onerosa o también gratuita, según los casos, etcétera), quedaría afectado por la inconsistencia del título de su transmitente. Si en el Registro constaba que A era dueño de la finca y que la podía enajenar, C quedará incólume frente a las acciones dirigidas a invalidar el título de A.

¹¹ Son citados como tal por ROCA SASTRE (Cf. *Derecho...*, op. cit., p. 559) el artículo 30 de la reformadora Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955 y los números 6 y 7 del artículo 2.652 del Código civil italiano. Conforme

Sastre ¹², «denominados por la doctrina como supuestos de eficacia sanante de la publicidad registral», una especie de protección del titular según la transcripción, respecto de la endeblez de la titularidad de su transferente, si bien no sólo por la fuerza de la transcripción, sino con ayuda del tiempo y de la buena fe del tercer adquirente, con otras circunstancias.

La otra tendencia no jerarquiza la relación entre ambos sistemas protectores sino que los distingue en función del mecanismo del que se valen para lograr sus fines. Así, siguiendo las ideas apuntadas por Lacruz ¹³, podría decirse que los sistemas de transcripción se sirven de un medio indirecto cual es la afirmación y mantenimiento de un hecho negativo: no se ha verificado tal o cual acto sobre una determinada finca. De esta forma, se asegura al tercero que no se ha contratado sobre un inmueble y, si tal cosa no fuera cierta, se le tranquiliza con la certeza de que el acto existente no inscrito para él es como si no hubiera tenido lugar. Esto, justo es decirlo, tiene en países como Francia e Italia, que siguen el sistema de transcripción, una evidente importancia, toda vez que siguen el sistema de transmisión de derechos «solo consenso»: el contrato provoca la mutación jurídico-real, con independencia de la situación posesoria, y la simple inoponibilidad del contrato no registrado y, por hipótesis, oculto y no conocido, debe bastar para proporcionar una estimable tranquilidad y seguridad al adquirente. Pero no puede perderse de vista un dato definitivo; tal afirmación de inexistencia de contratación sobre fincas despliega su virtualidad cuando el titular registral disponente fue dueño de la finca, pues el Registro no garantiza que el dueño proclamado por los libros hipotecarios sea o haya sido verdadero dueño ¹⁴. Faltando tal presupuesto, el entramado protector quiebra

al primero, la resolución, revocación, anulación o rescisión de un derecho objeto de mutación o constitución de algún acto transcribible, cuando produzcan efecto retroactivo, no son oponibles a los causahabientes a título singular del titular del derecho aniquilado, a menos que la cláusula en virtud de la cual se haya operado tal resolución, etc., conste anteriormente publicada o si la causa radica en la ley. Con arreglo al segundo, en casos parecidos se deja al titular de la transcripción lograda a salvo, si bien no operante de inmediato, sino con efecto retroactivo al terminar los plazos que varían entre cinco y diez años, y con la concurrencia de determinadas circunstancias, como son la buena fe y la no transcripción precedentes de la correspondiente demanda judicial.

¹² Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho...*, op. cit., p. 559.

¹³ Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho Inmobiliario...*, 1984, op. cit. pp. 16 a 18 y 164 y ss.

¹⁴ Indudablemente, la discusión, como después veremos, se localiza en si hay alguna diferencia entre el que nunca fue dueño por no haber llegado a adquirir o por haberse resuelto, anulado, revocado, rescindido, etc., el título que provocó —en los sistemas de transmisión por consentimiento— o coadyuvó y concurrió —en los sistemas de título y modo— a la adquisición, y el que habiendo sido dueño dejó

y el tercero inscribiente queda indefenso. Frente a este tipo tutelar, el principio de fe pública registral parte de la afirmación y mantenimiento de un hecho positivo: la persona que en el Registro figura como titular de un derecho efectivamente lo es y, si tal afirmación no fuera cierta, para el tercero las consecuencias serán las mismas que si lo fuera, no afectándole tal falta de concordancia.

La implantación de uno u otro sistema protector en cada ordenamiento concreto ha sido discutida, y también aquí podríamos recurrir a las dos tendencias más significativas. Los distintos sistemas inmobiliarios registrales han sido adscritos, con una simplificación cuya única función sólo puede ser la meramente clasificadora, al sistema de inoponibilidad (francés e italiano, por poner únicamente dos ejemplos) o al de protección de la apariencia (alemán, suizo), pero la complejidad del dispositivo hipotecario en cada nación exige muchas matizaciones, que con acierto —pero con divergente criterio— expusieron Carretero García y el mismo Roca Sastre.

Carretero García indagó en la búsqueda tanto del tercero latino en los sistemas germánicos como del tercero germánico en los de influencia latina. A este segundo ya nos hemos referido antes ¹⁵. Existen en las legislaciones que siguen el sistema de transcripción, por tanto, normas que tratan de proteger al que se adelantó en la inscripción de ciertos vicios sufridos por los títulos de sus causahabientes próximos o remotos. Esta aparente paradoja es valorada, como digo, de distinta forma: para Roca Sastre supone el inicio de la evolución de un primitivo sistema de transcripción hacia uno más perfeccionado de desenvolvimiento técnico; para Carretero, la prueba de que en otras naciones se da la mixtura de sistemas protectores que él sostiene que se da en la nuestra. Apoya este autor tal idea con el reverso complementario, esto es, la existencia de tercero latino en el B.G.B. alemán ¹⁶. La mayor aproximación que ve del sistema alemán al de matiz latino es el llamado acuerdo formal vinculante del párrafo 2.º del artículo 873 del B.G.B. ¹⁷.

de serlo por haber enajenado anteriormente la finca, es decir, la hipótesis que tiene como paradigma la doble venta.

¹⁵ Ver nota a pie de página número 11.

¹⁶ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit., p. 111.

¹⁷ El sistema inmobiliario alemán maravilló en otro tiempo por su perfección técnica y su complejidad casi artística, pero hoy, sin perjuicio de reconocer sus muchos aspectos positivos, algunos consideran que es barroco, artificioso e innecesariamente rebuscado. En el proceso a través del cual se producen mutaciones jurídico-reales de carácter derivativo cabe aislar los siguientes momentos: 1.º Negocio obligacional. 2.º Acuerdo real. 3.º Consentimiento formal. 4.º Solicitud de inscripción. 5.º Inscripción.

A poco que se observe esta secuencia, la diferenciación entre negocio obligacional y acuerdo real chocará a los ojos de nuestro ordenamiento jurídico. En general se afirma que el negocio obligacional va dirigido a crear simples obligaciones entre las partes, mientras que el acuerdo real es el mismo fundamento de la mutación jurídico-real. El *primer apartado del párrafo 873 del B.G.B.* dice que «para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho y la inscripción de éste en el Registro, en tanto la Ley no prescriba otra cosa». Por tanto, el binomio acuerdo real-inscripción operan el cambio real.

Otra característica fundamental es que el acuerdo real, el convenio del transferente y el adquirente de transferir y adquirir, es abstracto. No quiere ello decir, ni mucho menos, que no tenga una causa que justifique que una persona transmite su propiedad a otra, que la adquiere, o constituye en favor de ésta un derecho limitado en cosa ajena; en el orden natural de las cosas está que si tal resultado llega a ocurrir será porque una persona ha vendido o donado a otra o permutado con ella, por poner tres ejemplos. Lo que sucede es que la ausencia de este fundamento de la modificación jurídico-real no influirá en el efecto buscado y logrado, como tampoco lo harán los vicios o defectos que afectarán al negocio obligacional.

Por regla general, pues, puede afirmarse que la inscripción tiene en Alemania carácter constitutivo (no parece necesario entrar aquí en la diferenciación que algunos mantuvieron entre las legislaciones germánicas antiguas —inscripción sustantiva o constitutiva en sentido estricto— y las modernas legislaciones alemana y suiza —inscripción constitutiva—). Existen, como recuerda el mismo párrafo 873 del B.G.B., excepciones a esta regla que PAU PEDRÓN señala (cf. «Panorama del sistema inmobiliario alemán», R.C.D.I., 1982, 951 y ss., esp. pp. 981 y 982.): a) Los actos estatales, como adjudicación en juicio ejecutivo o expropiación. b) Los actos producidos por ministerio de la ley, como la sucesión hereditaria, si bien GARCÍA GARCÍA (cf. *Derecho Inmobiliario...*, op. cit., p. 383) matiza, pues así es en la transmisión hereditaria propiamente dicha, pero no en la eficacia de la partición, que sigue la regla general. c) Otros determinados y especiales, como la disposición de cuota en el caudal relicto por el coheredero, refiriéndose Wolff a la transmisión de derecho de garantía por cédula, que basta la simple entrega.

Fijémosnos ahora en el proceso que lleva a la inscripción. La *Ordenanza Inmobiliaria (G.B.O.)* alemana de 24 de marzo de 1897, reformada el 5 de agosto de 1935, dispone en su *párrafo 19* que «se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho quedará perjudicado por la misma»; y en su *párrafo 20* que «en caso de transmisión de una finca y en caso de constitución, modificación del contenido o transmisión de un derecho de superficie, sólo puede efectuarse la inscripción cuando se haya manifestado el necesario acuerdo real entre el titular y la otra parte».

Lo rebuscado del sistema alemán se revela en el mecanismo para proceder a la inscripción. Lo lógico, como señala LACRUZ (cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHEO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit., pp. 28 y 29), sería que lo que se hiciera constar en el Registro fuera «que Secundus pasa a ser propietario de la finca por habérsela transmitido Primus, sin decir nada más (...). Pues bien, en lugar de ello, lo que se hace constar en el Registro, en principio, es el consentimiento del afectado por la inscripción (que puede ser sustituido por la condena a prestarlo) para que se practique el nuevo asiento...».

Se trata del llamado consentimiento formal, que a diferencia del acuerdo real no va dirigido a la otra parte ni es el propio fundamento del cambio real, sino que va dirigido al encargado del Registro y es simple presupuesto para verificar la inscripción. Así, para practicar una inscripción el Encargado del Registro simplemente debe comprobar la existencia del consentimiento formal, no la del acuerdo real ni mucho menos la del negocio obligacional. Bien es verdad que la excepción a esta

Otro punto importante que analizan estos últimos autores es la relación de la inscripción constitutiva con la regla de la inoponibilidad. Carretero¹⁸ señala que ambas posibilidades vienen a cumplir una misma función, por lo que una excluye la otra. Así, la inoponibilidad de lo no inscrito sería la norma adoptada por los sistemas que no llegan a dar el último paso, es decir, a establecer el carácter constitutivo de la inscripción. De ello se sigue, según este autor, que la norma del artículo 32 de nuestra Ley Hipotecaria es de clara naturaleza latina, encuentra perfecto acomodo en la estructuración protectora de los sistemas de transcripción y, a la inversa, su establecimiento en un sistema germánico se vería repelido como un imán lo es por otro. No llega a la misma conclusión Roca Sastre. Por un lado, destaca, como ya

regla general es sumamente importante, pues se precisará manifestar el acuerdo real para la práctica de las inscripciones relativas a la transmisión del dominio o la constitución, modificación y transmisión del derecho de superficie. En estos casos, PAU PEDRÓN (cf. «Panorama...», loc. cit., p. 978) cita la opinión de Richter, Bengel y Simmerding, partidarios de entender que el acuerdo real sustituye entonces al consentimiento formal. GARCÍA GARCÍA (cf. *Derecho inmobiliario...*, op. cit., p. 387), por contra, se inclina por la necesidad de ambos —consentimiento formal y acuerdo real—. Hay otros supuestos en que la inscripción se practica sin necesidad de consentimiento formal.

En su magnífico trabajo, PAU PEDRÓN (cf., loc. cit., pp. 974 a 978) marca las diferencias entre el consentimiento formal y la solicitud de inscripción, por un lado, y el acuerdo real, por otro. Aunque en la práctica suelen ir unidos consentimiento formal y solicitud de inscripción, conceptualmente son distintos, como también los diferencian las personas legitimadas para verificar uno y otra y los requisitos formales de aquél y ésta. El consentimiento formal es una declaración unilateral y el acuerdo real un contrato (aunque esto último es discutido); aquél es la base de la inscripción, éste el fundamento de la mutación jurídica; aquél va dirigido al Registrador y éste a la otra parte; aquél debe ser puro, éste puede ser condicional o a plazo; aquél debe constar en documento público o autenticado (parágrafo 29 de la G.B.O.), mientras que ya vimos que el acuerdo real no requiere forma determinada.

Ahora bien, dice el apartado segundo del parágrafo 873 del B.C.B. que «antes de la inscripción están vinculadas las partes por el acuerdo solamente cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente, o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro» Como señala CARRETERO (cf. loc. cit. pp. 114 y 115), en estos casos, Endeman, Fuch y Oberneck son de la opinión de que se produce una simple vinculación personal; Ennecerus-Wolff, mantienen que no surge una simple obligación pero tampoco se llega a limitar el derecho de disposición, sino que se provoca una imposibilidad de revocación unilateral, de tal suerte que la revocación sería no sólo ilícita sino ineficaz, y sólo produciría plenos efectos la lograda por medio de un nuevo acuerdo [opinión más recientemente compartida por Fritz Baur y Lent-Schwab, como recoge GARCÍA GARCÍA (cf. op. cit., p. 387); y Koffka y Simon siguen la tesis que Carretero estima más lógica, que es entender que la vinculación se traduce en una limitación del derecho de disposición, es decir, sus efectos son reales. Concluye Carretero que tal vinculación, en definitiva, supone una transmisión inter partes pero ineficaz frente a terceros.

¹⁸ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., loc. cit.

vimos¹⁹, que la eficacia constitutiva de la inscripción no está omnipresente en todas las transmisiones que tienen lugar en el Derecho alemán; por otro, que el perfeccionamiento evolutivo de los sistemas de transcripción conllevará, como así sucedió en nuestro Derecho, que las normas que estructuralmente establecían disposiciones análogas a las de nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria²⁰ tendrán un nuevo acomodo y deberán ser interpretadas de otra manera, como debe serlo en nuestro sistema, en el momento en que alcancen el desenvolvimiento técnico al que están irremediablemente llamados. Concluye Roca Sastre que en tales sistemas, las normas que un día fueron puramente de inoponibilidad se convertirán, como hay que entender en nuestro país, en el complemento negativo de los preceptos que sancionan el principio de fe pública registral de forma positiva, determinando que para el tercero hipotecario se considerará, sin posible prueba en contrario, que el Registro es exacto (lo que publica) e íntegro (no existirá para él lo no publicado).

Núñez Lagos²¹ en 1949 encendió la llama de la discusión sobre la autonomía que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (antiguo artículo 23). Cabría destacar igualmente los importantes argumentos estructurales aportados por Lacruz en 1957²², los no menos interesantes que Carretero²³ añadió en 1965 desde el punto de vista de Derecho comparado, la contribución con apoyos de tipo histórico-legislativo que realizó Gómez Gómez²⁴ el año siguiente

¹⁹ Ver nota a pie de página número 17.

²⁰ Cita el artículo 30.1 de la Ley francesa de publicidad fundiaria de 4 de enero de 1955, el artículo 2.644.1 del Código civil italiano, el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria belga de 16 de diciembre de 1851, modificado por la de 8 de julio de 1924, y el artículo 7.º, 1, del Código del Registro predial de Portugal de 8 de octubre de 1959 (al que hoy ha sucedido el artículo 5.º del vigente Código del Registro Predial promulgado por el Decreto-ley número 224/1984, de 6 de julio, no recogido por Roca por razón del tiempo de su publicación). Considero suficiente, sin embargo, transcribir el texto de los dos primeros.

El tenor del precepto francés, tal como lo recoge Roca, es el siguiente: «*Los actos y decisiones judiciales sujetos a publicidad son si no han sido publicados inoponibles a terceros que sobre el mismo inmueble hayan adquirido del mismo autor derechos concurrentes en virtud de actos o decisiones sujetas a la misma obligación de publicidad y publicados o que hayan hecho inscribir privilegios o hipotecas. Son igualmente inoponibles si han sido publicados cuando los actos, decisiones privilegios o hipotecas invocados por estos terceros hayan sido anteriormente publicados.*»

El texto que traduce de la ley italiana es éste: «*Los actos enunciados en el artículo precedente no tienen efecto respecto a terceros que por cualquier título hayan adquirido derechos sobre inmuebles a base de un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción del mismo acto.*»

²¹ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R. «El Registro de la propiedad...», loc. cit.

²² Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Lecciones...*, op. cit.

²³ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit.

²⁴ Cf. GÓMEZ GÓMEZ, M., «En torno...», loc. cit.

y las documentadas razones que Amorós Guardiola²⁵, con independencia de la exigencia expresa contenida en el artículo 34, apuntó sobre la necesidad de un fundamento ético —buena fe— en la protección que debe dispensarse al tercero del artículo 32. En el sector opuesto a la dualidad de terceros, a la autonomía del artículo 32 respecto del artículo 34 es imposible, sería injusto, no destacar la importancia de los argumentos de Roca Sastre²⁶, y Peña y Bernaldo de Quirós²⁷. Un resumen de las razones de uno y otro sector doctrinal podría hacerse así:

A) Para la tesis monista (Roca Sastre, Sanz, Cossío, Peña) sólo hay el tercero de la fe pública, que debe reunir siempre los cuatro requisitos del art. 34 LH. Se apuntan como razones las siguientes:

1.^a Por elegancia en la redacción, el concepto de tercero se centró en el artículo 34 y no se repitieron todos los requisitos en los restantes artículos alusivos a él.

2.^a La falta de toma de razón del artículo 32 es un caso de inexactitud, y si no alude a los demás requisitos tampoco lo hace a la inscripción del tercero, lo que se presupone. El artículo 40 contempla la toma de razón de dicho título como rectificación y señala que la misma no perjudicará al tercero a título oneroso y de buena fe y presupone la previa inscripción²⁸.

²⁵ Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe...», loc. cit.

²⁶ Cf. ROCA SASTRE, R. M., «El problema de la relación...», loc. cit.

²⁷ Cf. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales...*, op. cit.

²⁸ El siguiente esquema revela los casos en que, según ROCA SASTRE (cf., *Derecho...*, op. cit., pp. 541 a 545), procede el juego de la fe pública registral como respuesta a la inexactitud registral y a un caso asimilado a ella.

1.º El Registro es inexacto porque si bien el título inscribible o derecho registrable existe en la realidad jurídica extra-registral, se da alguna de estas circunstancias:

a) Ha llegado a inscribirse o registrarse dicho título o derecho, pero se ha incurrido en error de expresión en el asiento (artículos 31, 220 y 40 c, de la Ley). Ej. Hipoteca asegurada por menos cantidad de la expresada en el título inscrito. El tercer adquirente de la finca sólo soportará el gravamen registrado, si es protegido por la fe pública.

b) No ha llegado a inscribirse o registrarse dicho título o derecho (artículos 32, 13, 15, 69, 76, 144 y 40 de la Ley). Ej. Título constitutivo del usufructo no inscrito, que provoca que al tercero hipotecario no le sea oponible y adquiera la finca libre de cargas.

c) Llegó a inscribirse o registrarse el título, pero, a pesar de subsistir, se canceló el asiento (artículo 40, d, *in fine*, de la Ley). Ej. Hipoteca cancelada erróneamente o usufructo cancelado a pesar de subsistir, no perjudican al adquirente tercero.

2.º El Registro es inexacto porque si bien el título, derecho real o titularidad constan inscritos o registrados no existían en la realidad jurídica extraregistral al tiempo de verificar el tercero hipotecario la adquisición de tal derecho, por darse alguna de estas circunstancias:

a) No ha existido nunca dicho título, derecho o titularidad por falsedad, nulidad u otro defecto del título (letra d y último párrafo del artículo 40 de la Ley).

3.^a Las normas que parecen propias de los sistemas de transcripción, una vez que los sistemas, como el nuestro, evolucionan hacia los de desenvolvimiento técnico, deben interpretarse no como incardinadas en un régimen de transcripción, sino en su tipo evolucionado.

4.^a Peña argumenta que: a) La exigencia en 1861 de tracto y la despreocupación por los medios de inmatriculación impiden pensar que el artículo 23 (hoy 32) lo hacía en los supuestos de inmatriculación. b) En 1944 se suprimió el artículo 23 que reapareció como 32 en 1946, por lo que su trascendencia no puede ser la que se pretende dadas las limitaciones que tenía el Gobierno al hacer el texto refundido. c) La exigencia de previa inscripción puede inducirse del artículo 69, cuyos términos persisten desde la Ley de 1861.

B) Los partidarios de las tesis dualistas (Núñez Lagos, Carretero, Lacruz, Amorós, Díez-Picazo, García García, Chico Ortiz) defienden que los terceros de los artículos 32 y 34 son distintos con base en las siguientes consideraciones:

1.^a Núñez Lagos²⁹ distinguió los terceros externos (que están fuera del Registro) por dominio (artículos 28 y 207 de la Ley)

Ej. Falsificación de documento de adquisición inscrito no perjudica al adquirente del titular registral.

b) Existió dicho título, derecho o titularidad pero al tiempo de adquirir el tercero hipotecario se habían extinguido por haber quedado anulado, resuelto, rescindido, revocado, caducado, renunciado, prescrito, liberado, expropiado, confiscado, etc. (artículos 37 y 40, b y d, de la Ley). Ej. Resolución de compraventa que no accedió al Registro no perjudica al adquirente del titular cuyo adquisición había sido resuelta.

3.^o El Registro es exacto técnicamente y, por tanto, existe el título, derecho o titularidad inscritos o registrados al tiempo de adquirir el tercero hipotecario, pero se hallan amenazados de extinción debido a derrumbamiento por causa de nulidad o resolución, rescisión, revocación u otra análoga que llegue a producirse posteriormente pero sin constar esta causa explícitamente en el registro.

Se refieren a este supuesto, no de inexactitud —al menos claramente cuando la ineficacia del título se produzca con efectos *ex nunc* (desde ahora) o *in personam*— técnicamente, la parte final del artículo 34.1 y el artículo 37 LH. Ej. Revocación de donación al enajenante titular registral con posterioridad a la adquisición del tercero hipotecario.

Lacruz hizo ver que el artículo 34 sólo se refiere a «nulidad y resolución» producidas «después» de la inscripción del tercero hipotecario, y que es el artículo 37 el que complementa tales supuestos con los demás que pueden provocar el derrumbamiento del título adquisitivo del titular registral enajenante con anterioridad o posterioridad a la inscripción del tercero (cf. LACRUZ, BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit. pp. 169 a 171).

Vemos, por tanto, que la falta de inscripción de un título provoca, según Roca, la inexactitud registral y permite el juego de la fe pública. Acude también al artículo 40 de la Ley, que la configura como un supuesto de inexactitud y protege al tercero «de buena fe y a título oneroso» de la inexactitud registral y su consiguiente rectificación.

²⁹ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero...», loc. cit., pp. 582 y ss. y «El Registro...», loc. cit., pp. 250 y 251.

o por mejor derecho (artículos 194 y 196 ó 44 de la Ley y 1923.4.º del Código civil), de los terceros internos, que son aquellos que accedieron al Registro; dentro de los cuales distinguió los terceros de los artículos 32 y 34 por: 1) La protección que otorgan, aquél frente a las acciones confesorias e hipotecarias y éste frente a la reivindicatoria, nulidad y resolución y *hereditatis petitio*. 2) La relación jurídica determinante, en aquél ajena al Registro y en éste interna. 3) La conexión transversal *ob rem*, en aquél por el título inscrito, gratuito u oneroso, siendo tercero el que no es parte o heredero de parte, y en éste por la inscripción y siempre a título oneroso. 4) El sujeto determinado, en aquél tercero civil que inscribe, y en éste un causahabiente tabular a título registral, definido por el asiento precedente.

2.^a Nuestro sistema protector es mixto: junto a la fe pública, que garantiza al adquirente la exactitud de las titularidades publicadas (y que la inexactitud no le perjudicará) y que gira en torno al artículo 34, pervive el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, formulado en los artículos 606 y 1.473 del Código civil y 32 y 13 de la Ley (entre otros), que garantiza que el transferente no otorgó ningún acto y que si lo hizo no le será oponible, y que no se apoya en la exactitud del Registro sino en adelantarse en la publicación.

3.^a La inoponibilidad tiene remotos y constantes antecedentes en nuestro Derecho, como recuerda Gómez Gómez³⁰, de los que carece la fe pública. Además, el artículo 34 apareció en la última fase de elaboración de la Ley de 1861, lo cual es incompatible con la supuesta subordinación del artículo 32 al artículo 34³¹; y la regla del artículo 32 es propia de los sistemas latinos (francés e italiano), de los que no llegaron a adoptar la inscripción como modo, tal y como pone de manifiesto Carretero³².

4.^a Ambos artículos y sistemas contemplan distintos problemas, lo que justifica mayor rigor en los requisitos del artículo 34: a) El artículo 34 alude al conflicto entre dos títulos cuando el antecedente resulta ineficaz por causa que no resulte del Registro: se trata de situaciones de patología jurídica (derrumbamiento del

³⁰ Cf. GÓMEZ GÓMEZ, M., loc. cit., 1965, que trata de desvirtuar el planteamiento de Roca Sastre, de la superioridad jerárquica del artículo 34 sobre el artículo 32, poniendo de manifiesto los precedentes históricos que cabe encontrar de este último artículo, a diferencia del artículo 34, formulado por primera vez en 1861. Se refiere tanto a la Pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539 como a la de Carlos III de 1768, y a los Reales Decretos de 31 de diciembre de 1829 y 23 de mayo de 1845.

³¹ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero...», loc. cit., pp. 573 y ss. Algunos han calificado este dato de pura anécdota, pues no debe darse mayor importancia, desde el punto de vista estructural del sistema, al proceso legislativo que al resultado plasmado en la Ley.

³² Cf. CARRETERO GARCÍA, T., loc. cit.

título inscrito, inexactitud registral, etc.), y supone una adquisición a *non domino* frente a un *verus dominus*. b) El artículo 32 se refiere al conflicto entre título inscrito y no inscrito, al caso típico de doble venta; no protege frente a los defectos del título del transferente o de sus antecesores; como opina Carretero ³³, provoca una adquisición *ex domino*, de alguien que fue dueño pero dejó de serlo, de un no dueño sólo relativamente, mientras en el artículo 34 se adquiere de alguien que nunca fue dueño, y frente a un endeble *dominus*, de «sólo días o meses» El artículo 32 contempla los efectos normales que tiene la inscripción en la conformación del derecho ³⁴.

5.^a Otras razones que se han expuesto en defensa de esta línea argumental son estas que siguen: a) que el artículo 40 de la Ley fue redactado en una época de confusión en esta materia; b) que si el legislador de 1861 fue poco previsor con los medios de inmatriculación, tampoco ello implica forzosamente que la previa inscripción fuera condicionante de la protección del artículo 32; c) que el artículo 69 de la Ley alude a un supuesto hartamente concreto, que no puede desvirtuar principios generales y de estructura básica; y d) que al restaurarse en 1946 el artículo 23 como artículo 32 se estaba armonizando la Ley Hipotecaria con el Código civil, en el que pervivía el artículo 606, siguiendo el mandato que había recibido el Gobierno.

6.^a En la jurisprudencia debe destacarse, frente a una interpretación casi siempre no favorable en épocas pasadas, la *Sentencia de 8 de mayo de 1982* ³⁵, que en su más interesante pasaje, a los efectos que nos ocupan, declaró que:

«... si bien es cierto, y en esto el parecer de la doctrina es mayoritario, que el tercero, —que lo es el que ha inscrito (sic) ex art. 32 LH— no precisa haber adquirido onerosamente para ser merecedor de la protección que le dispensa dicho artículo, sí precisa, por contra, haber adquirido de buena fe, entendiéndose

³³ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit.

³⁴ Dentro de esta línea argumental, podría citarse —como hacen otros autores, p. ej. García García—, el valor que la inscripción tiene en el mecanismo transmisorio, y recordar las ya famosas palabras de la Exposición de Motivos tantas veces citadas en el intento de resolver las relaciones entre inscripción y la tradición: «Según el sistema de la Comisión resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro quedando entre los contrayentes cuando no se haga la inscripción subsistente el Derecho Civil. Así, una venta que ni se inscriba ni se consume por la tradición no traspasa el dominio al comprador en ningún caso; si se inscribe ya se los traspasa respecto de todos; si no se inscribe aunque obtenga la posesión esto es aunque medie la tradición será dueño con relación al vendedor pero no con respecto a otros que hayan cumplido el requisito de la inscripción.»

³⁵ Cf. *La Ley*, 1982-3, pp. 531 a 535.

por tal, no la confianza en el Registro, sino la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa, es decir, buena fe extrarregistral, que equivale al desconocimiento del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente (S. 29 de mayo de 1970), pues si bien la buena fe se presume no quiere decir ello que se tenga por acreditada por la mera inscripción (S. 11 de noviembre de 1969)...»

Dentro de esta tesis dualista, los autores han discrepado sobre la caracterización del tercero del artículo 32:

1) Mayoritariamente se exige que sea un adquirente de un inmueble o derecho real, negando la condición de tercero al simple acreedor. Por excepción, Álvarez Caperochipi³⁶ admite que quede protegido por la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito y, por tanto, por el artículo 32, el anotante preventivamente de embargo. La inoponibilidad, así, tutelaría debidamente el crédito.

2) Un sector doctrinal sólo exige a este tercero que inscriba. Son de esta opinión Núñez Lagos³⁷, que mantiene que se tomó como modelo el belga, y Carretero³⁸, que destaca que en los sistemas de inoponibilidad el único dolo excluyente es el de carácter fraudulento.

3) Otro sector doctrinal fija como condiciones que el tercero inscriba y que además sea de buena fe. Cabe citar en él a Amorós³⁹, que hace un análisis de orden histórico, jurisprudencial, sistemático y finalista, y al profesor Díez-Picazo⁴⁰, que entiende que si la protección del tercero supone un sacrificio para otra persona, parece razonable hacerlo en beneficio de una persona honesta. Además, podría apuntarse que en Francia se está abriendo paso la exigencia de buena fe, como resulta de la Sentencia de la Corte de Casación de 13 de octubre de 1981⁴¹.

4) El profesor Lacruz⁴² amplía los requisitos para la protección: es preciso que inscriba, que tenga buena fe y que su adquisición sea a título oneroso. Opina que los intereses son los mismos y que del artículo 40 de la Ley cabe deducir esta exigencia.

5) Con singular unanimidad, los partidarios de esta tesis dualista dispensan al tercero del artículo 32 de la Ley del requisito de la previa inscripción. Recientemente, Pau Pedrón⁴³ ha centrado

³⁶ Cf. ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., *Derecho...*, op. cit., pp. 145 y ss.

³⁷ Cf. NÚÑEZ LAGOS, R., «Tercero...», loc. cit. p. 620.

³⁸ Cf. CARRETERO GARCÍA, T., «Retornos...», loc. cit.

³⁹ Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M., «La buena fe...», loc. cit.

⁴⁰ Cf. DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit. pp. 391 y 392.

⁴¹ Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., op. cit. p. 348.

⁴² Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, pp. 190 a 192.

⁴³ Cf. PAU PEDRÓN, A., «Comentario del artículo 606», en VV.AA., *Comen-*

sus esfuerzos por defender la tesis monista precisamente en la «necesidad de una previa situación registral» Sus razones son las siguientes:

a) La adquisición *a non domino* es siempre una consecuencia de la seguridad del tráfico jurídico derivada de la publicidad, entendida como selección de «información relevante», es decir, el que contrata puede confiar en los datos que le proporciona la publicidad.

b) Carece de fundamento que una simple inscripción aislada pueda consolidar una adquisición *a non domino*, pues el simple estímulo a la inscripción no puede considerarse como tal. Por un lado, habría desproporción entre fines y efectos y, por otro, si se pretendiera incentivar el acceso al registro de dichas situaciones mejor se haría exigiendo la previa inscripción del transferente.

c) No se explica que el título del que doblemente dispone no tenga que estar inscrito y el título del que adquirió afectado o sujeto por una causa de resolución o nulidad tenga que estar inscrito, para que el tercero, en cada caso, quede protegido.

d) Del artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861 hay que extraer la conclusión de que ha de haber un acto o contrato inscrito para que surja el tercero protegido por la Ley Hipotecaria, pues tercero era, según aquél, el que no había intervenido en el acto o contrato inscrito.

e) También se apoya, finalmente, en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944, que centró la unidad del concepto de tercero en el artículo 34 y lo definió como el causahabiente del titular registral por vía onerosa; y en los artículos 40 *in fine* y 69 de la Ley Hipotecaria, ya citados.

Los argumentos aportados por Pau no pueden considerarse meras afirmaciones sino aportaciones originales construidas con rigor y altura científica, pero particularmente no me resultan suficientemente convincentes. De seguirlas probablemente habría que concluir que los llamados sistemas de transcripción no tienen razón de ser ni responden a una coherencia interna que todo sistema protector debe tener. Como antes vimos, a pesar de minusvalorar su técnica, Roca Sastre no dejaba de razonar y explicar el sentido que ofrecen estos sistemas: adelantarse en la inscripción, la pura prioridad. Según Pau, todo sistema protector apoyado en la publicidad se justifica por la confianza en lo que afirman sus libros, nunca por una publicidad de tipo negativo. Pero, aunque fuera cierto que sólo hay razón para otorgar protección a un adquirente cuando se publican unos datos y no otros, Pau no otorga importancia alguna a la intervención de la inscripción en el mecanismo

transmisivo, es decir, parte de que siempre se produce una adquisición a *non domino*; cierto que la transmisión opera por contrato más tradición, pero no sería razonable dejar en letra muerta aquellas conocidas palabras de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 sobre la situación existente cuando el comprador obtuvo la posesión pero no inscribió⁴⁴. Todo depende, ciertamente, de que se consideren sustanciales las diferencias entre el caso contemplado por un artículo y otro, como antes traté de reflejar. También he de añadir que el artículo 27 de la Ley primitiva, al que después me referiré, no fue afortunado en varios sentidos y no parece suficientemente consistente para apoyar la solución a tan disputada cuestión: si es cierto que presupone que había un previo acto inscrito, también lo es que permite considerar tercero a quien ni siquiera ha inscrito. Los argumentos recogidos en último lugar en parte ya han sido comentados y, en lo que respecta a la referencia a la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, lo serán más adelante.

Por mi parte, soy partidario de la vigencia de la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito en nuestro Derecho, su encarnación en variados preceptos, entre los que son fundamentales los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1.473⁴⁵ 4 del Código Civil, y, en definitiva, en que hay dos terceros protegidos por el Registro de la Propiedad. Razones para mostrarse de acuerdo con estas afirmaciones se han dado por brillantes plumas y, en todo caso, bastaría plegarse al argumento de autoridad: hoy en día reconoce Peña y Bernaldo de Quirós⁴⁶ que es mayoritaria esta dirección (y viniendo de quien no es partidario de ella es del todo punto relevante). Yo no encuentro razones para limitar la eficacia del Registro de la Propiedad en su función tuteladora del tráfico jurídico: ¿por qué razón no va a ser protegido el segundo comprador que inmatricula su finca?; es un supuesto retorcido, ¿pero si imaginamos un supuesto de doble donación, por qué no otorgar protección a quien inscribe en el Registro?⁴⁷

Es cierto que el inmatriculante no confió en la titularidad que proclamaba el Registro, no adquirió confiado en que el transferente era propietario porque así lo declaraba el Registro; pero este razonamiento sólo contempla la protección de la fe pública. Ahora

⁴⁴ Ver nota a pie de página número 34, donde se recogen tales palabras.

⁴⁵ Cf. PAU PEDRÓN, A., «Comentario...», loc. cit., pp. 1535 y 1536, en las que el actual Director General de los Registros y el Notariado aporta una original perspectiva sobre las relaciones entre los artículos 606 y 1.473 del Código civil, que en su opinión no se refieren al mismo supuesto.

⁴⁶ Cf. PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M., *Derechos...*, op. cit., p. 597.

⁴⁷ Cf. MONTERO LEÓN, J., «Adquisición de inmuebles por donación», R.C.D.I., 1992, sept.-oct. (612), pp. 2137 y 2138. Se muestra partidario el mismo de aplicar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria a este supuesto.

pensemos en la inoponibilidad: se protege la apariencia negativa. El comprador si pudo confiar en que el vendedor no había vendido antes la finca que aquél iba a comprar y si el Registro no le decía que el vendedor era propietario sí le revelaba que no había habido alguna transmisión, sencillamente porque no había ninguna inscripción. Si se proporciona al comprador la garantía de que será protegido una vez inmatricule la finca se estará tutelando también el tráfico jurídico sobre fincas no inmatriculadas, y no hay que olvidar que todavía hay muchas superficies sin inscribir en nuestro país.

Desde la perspectiva de la fe pública, tampoco se encuentra mucha razón en proteger al adquirente a título gratuito más de lo que estuviere su causahabiente (a pesar de que en Alemania y Suiza sí queda protegido el adquirente a título gratuito). No hay confianza que proteger en lo que el Registro publicaba: no se imagina a alguien consultando el Registro para ver si debe aceptar una donación (distinto sería que la donación fuera en cierta medida onerosa o remuneratoria). Se podría recordar aquel popular refrán que aconseja no inspeccionar los incisivos de un presente de naturaleza equina. Ya Galindo y Escosura señalaron en su día, que la exigencia de onerosidad en la adquisición introducida, a efectos del artículo 34 de la Ley, por la Ley de 17 de julio de 1877, en general aplaudida, mereció alguna censura aislada: una adquisición gratuita hace variar la fortuna del favorecido y éste puede contraer compromisos que no le serían fácil de cumplir sin ella, originándosele perjuicios económicos que tampoco parece justo que sufra. Considero que en sede de fe pública no parecen estimables tales razones: no parece justo que un *verus dominus* sea privado en favor de un donatario que recibe la donación de alguien que no era dueño. Pero sí habría motivo para protegerle en el ámbito de la inoponibilidad: sería interesante que el donatario pudiera poner su confianza en que si inscribe su adquisición ésta producirá sus efectos *erga omnes*, y sin que ello suponga ponerle a salvo de los vicios de la titulación de su benefactor.

En fin, no voy a insistir más en la necesidad ni en los saludables efectos que para el tráfico tiene tutelar no sólo la confianza en lo que el Registro publica, sino la confianza en lo que no publica, en la conveniencia de otorgar protección a quien, de buena fe, trata de que su titularidad sea perfecta y oponible *erga omnes*, y sabido es que la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, como antes transcribimos en parte en una nota a pie de página, quería otorgar a la inscripción el efecto de convertir la titularidad registrada en una titularidad superior sobre la no registrada.

Si admitimos que la inoponibilidad pervive en nuestro Derecho, y que el fundamento de la protección que emana de la misma no se halla en la confianza en lo publicado por el Registro sino

en la propia publicación conseguida por el tercero de su acto adquisitivo, de una situación jurídica protegida a su favor, resulta, por vía de consecuencia, que dicho tercero, en nuestro caso el tercero del artículo 32, no necesitará adquirir de quien en el Registro resulte dueño (se protegerá, pues, al inmatriculante), ni adquirir a título oneroso (es decir, podrá protegerse a quien no haya verificado ninguna contraprestación). Estoy plenamente de acuerdo con Díez-Picazo y Amorós Guardiola en la exigencia de buena fe, si bien, a los efectos de este estudio, no considero imprescindible delimitar las fronteras entre la mala fe-conocimiento y la mala fe-fraude. Lo decisivo aquí será si el tercero del artículo 32 tiene que ser tercer adquirente, lo que se ha utilizado para negar al anotante preventivamente de embargo la protección que dimana de tal precepto ⁴⁸.

III. EL TERCERO DEL ARTÍCULO 32 Y LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO

Tercero civil es, en definición dada por Roca Sastre ⁴⁹, «*el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar*

⁴⁸ Para otro trabajo posterior remito el análisis de la posición jurídica del anotante preventivamente de embargo. La doctrina mayoritaria defendió que un tipo concreto de anotaciones preventivas tienen como función o finalidad constituir una garantía registral de tipo hipotecario en favor del anotante, con lo que implicaría un derecho de realización de valor sobre la cosa anotada y con determinada prelación. La anotación de embargo, en este sentido y sin prejuzgar sus efectos, podría considerarse un derecho real de garantía. DÍEZ-PICAZO (cf. *Fundamentos...*, op. cit., p. 412; también en «Anotaciones preventivas», R.D.N., mayo-junio, 1964) consideró aquella dirección «profundamente inexacta», pues la anotación ni crea un derecho ni altera la naturaleza del existente, sino que simplemente le da acceso al Registro y le otorga una determinada protección. Así, este autor considera que el embargo es un verdadero derecho real que otorga el *ius disponendi* sobre la finca trabada para la satisfacción del crédito. No han faltado quienes han defendido que el embargo es una mera facultad procesal y que su anotación sirve para darle cierta preferencia y protección frente a otros actos o créditos posteriores (cf. RIFA SOLER, J. M., *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983, Ed. Montecorvo, p. 227; en general, sobre esta cuestión, pp. 154 a 257). También se ha apuntado que la anotación no tiene por finalidad conseguir que el embargo produzca efectos frente a terceros, pues éste los produce por sí; la misión de aquélla es evitar que en algún caso pueda quedar inefectivo el embargo trabado (p.ej., por aparecer un tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria). Así, CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Barcelona, 1991, Bosch, pp. 78 a 80. Puede consultarse igualmente RIVAS TORRALBA, R., *Anotaciones de embargo*, Madrid, 1992, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, pp. 51 a 87. Dado el paralelismo que se suele apreciar entre la hipoteca y la anotación preventiva de embargo que venimos examinando, puede consultarse el criterio de CÁMARA ÁLVAREZ, M., «Notas críticas sobre la naturaleza del derecho real», R.D.P., 1949, mayo, pp. 377-422.

⁴⁹ Cf. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho...*, op. cit., p. 607.

fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento». El artículo 27 de la Ley de 1861 (intocado hasta 1944) decía que «para los efectos de esta ley se considera tercero a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Planteaba dos paradojas, tal como señaló Dualde⁵⁰: por un lado, que parecía considerar tercero a quien moraba en el extrarradio del Registro, cuando la ley quería proteger a quien ingresara en él; por otro, que originó tal debate sobre quién era tercero, que bien pronto se reveló demasiado aventurado y optimista llamar a la LH «Ley de Terceros» sin más. La Exposición de Motivos de la Ley de 1944 señaló que ésta precisó el concepto de tercero en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que a los efectos de la fe pública «no se entenderá por tercero el *poenitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente, es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa». No encontramos, pues, un concepto de tercero a los efectos de la inoponibilidad: el artículo 27 de la Ley de 1861 se comenta por sí solo; su insuficiencia se revela en la polvareda doctrinal que levantó y es apuntillada por la aguda observación de Dualde. Por otra parte, la manifestación de la Exposición de la Ley de 1944 no la podemos tomar sin reservas: no sólo se está refiriendo al tercero en el ámbito de la fe pública, sino que la Ley se olvidó, como antes dejamos dicho, del sentido de la inoponibilidad. Ante este panorama, ¿hay razones que justifiquen un distinto tratamiento, en este punto, entre el tercero de la fe pública y el de la inoponibilidad? Yo creo que sí, como voy a tratar de demostrar.

La distancia que media entre la fe pública (y la legitimación registral) y la inoponibilidad es la que va desde un Registro que publica titularidades sobre derechos reales inmobiliarios a un Registro de títulos, de actos. El Registro de la Propiedad en Francia o Italia es un Registro de actos: se publican actos de trascendencia real sobre bienes inmuebles. Cuando se dice que el anotante preventivamente de embargo no puede quedar protegido en nuestro Derecho porque nuestro sistema hipotecario garantiza titularidades sobre bienes inmuebles se está olvidando que también en esto nuestro Derecho es mixto: ¿qué es lo que se inscribe?⁵¹ Sabido

⁵⁰ Cf. DUALDE, J., «Todavía...», loc. cit. pp. 350 y 342, respectivamente.

⁵¹ Cf. AMORÓS GUARDIOLA, M., *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1967; MANZANO SOLANO, A., *Derecho Registral Inmobiliario para iniciación y uso de universitarios*, vol. 1, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991. Menciono a ambos autores porque han aportado soluciones originales en la determinación del verdadero objeto de la inscripción, que el primero cifra en la relación jurídica registral y el segundo en el estado registral de los derechos. Tratan con ello de superar la aparente contradicción de distinguir entre lo que se inscribe y lo que se publica tesis que parece hoy mayoritaria.

es que han pugnado quienes sostuvieron que el nuestro es un Registro de títulos o de actos y los que entendieron que es un Registro de derechos. Lacruz⁵² atendió más a la forma de ser de las cosas, opinión que comparte Díez-Picazo⁵³. Es evidente que al Registro llegan actos: compraventa, donación, permuta, etc. El juego de la tradición es complicado, pero en general se estima necesaria y facilitado su respeto por la vía de la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código civil (aunque el alcance de la equivalencia que establece es discutido). Pues bien, una vez que se inscriben tales actos, que una persona vendió a otra, le hizo una donación o permutó con ella una finca, el Registro publica tal causa de la mutación pero, sobre todo, que hay un nuevo adquirente, que una persona tiene un derecho, en definitiva, su titularidad. La legitimación registral y la fe pública no hacen otra cosa que afirmaciones de titularidades. Por tanto, nuestro sistema es también aquí mixto: se inscriben actos y se publican titularidades; es decir, no sólo se garantizan titularidades sino se indica si tuvieron lugar o no determinados actos. Y la existencia de tales actos interesa o puede interesar, no sólo a terceros adquirentes de derechos reales, sino a toda persona que tenga a su favor una situación jurídica protegida que pueda acceder al Registro.

Las anotaciones preventivas es cierto que enervan el juego de la fe pública registral. También es cierto que su relación con el principio de prioridad está imperfectamente contemplada. Pero no lo es menos que la anotación otorga cierta prioridad al anotante en distintos casos. El artículo 54 de la Ley⁵⁴ es un ejemplo; otro es el mismo artículo 44 de la Ley⁵⁵. Quiero decir que la prioridad juega con relación a algunas anotaciones, y en particular a la anotación preventiva de embargo. Lo que no se entiende es que quienes consideran que el artículo 32 de la Ley responde a la inoponibilidad y, por tanto, están negando que la prioridad material que otorga la inscripción (o la anotación) deba estar condicionada por el juego de la fe pública, es decir, que sólo la prioridad que está respaldada por la fe pública registral puede surtir efectos, no ter-

⁵² Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit. pp. 83 y ss.

⁵³ Cf. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, op. cit., pp. 276 y ss.

⁵⁴ «La anotación pedida fuera de término podrá hacerse sobre bienes anotados dentro de él a favor de otro legatario siempre que subsistan en poder del heredero; pero el legatario que la obtuviere no cobrará su legado sino en cuanto alcance el importe de los bienes después de satisfechos los que dentro del término hicieron su anotación.»

⁵⁵ «El acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números segundo tercero y cuarto del artículo 42 tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en el artículo 1.923 del Código civil.» Los que menos valor le han reconocido a la anotación le han otorgado preferencia (prioridad) frente a los créditos posteriores a la anotación.

minen de admitir esta aplicación de la anotación preventiva de embargo.

En definitiva, la inoponibilidad no requiere como presupuesto, que se trate de un tercer adquirente de un derecho real (como sí hemos visto es normal que se exija para la protección de la fe pública registral). Si estas notas que hemos apuntado no convinieran de ello no hay más que cruzar los Pirineos y enfrentarnos con el régimen de la inoponibilidad francés, que lo regula con detalle. Peña y Bernaldo de Quirós realizó un completo examen del régimen registral del país vecino⁵⁶ y el juego de la inoponibilidad en este sistema es sumamente revelador. Del trabajo de Peña cabe extraer las siguientes conclusiones para determinar las condiciones y alcance de la inoponibilidad:

1.º *Debe de tratarse de supuestos previstos legalmente en que opera la inoponibilidad*, pues junto a actos que se publican para lograr el efecto de oponibilidad hay otros en que la publicidad es meramente informativa; así, p. ej., las limitaciones administrativas a la propiedad afectan a tercero siempre, estén o no inscritas.

2.º *Ha de tratarse de un tercero adquirente, aunque a veces es protegido un simple acreedor*, supuestos entre los que llama la atención el caso del mandamiento de embargo inscrito, que prevalece frente a las transmisiones no inscritas.

3.º *El tercero debe publicar su derecho*, si bien en algunas ocasiones (p.ej. donaciones de bienes susceptibles de hipoteca) el defecto de inscripción podrá ser opuesto por cualquier interesado (artículo 191 del Código civil francés) y, en su consecuencia, por los acreedores e incluso por los no privilegiados.

4.º *No se exige la previa inscripción del transmitente como condición sustantiva sino meramente formal* (en virtud del efecto relativo de la publicidad), es decir, que imposibilita la práctica de la inscripción del tercero, pero basta que se dé en el momento de la segunda inscripción (a favor del tercero) y no se trata de una condición sustantiva en la que hubiera de fundar su confianza el tercero al adquirir.

5.º *No se requiere que la adquisición sea a título oneroso*.

6.º *Se plantea el problema de si el tercero ha de tener buena fe*, siendo así que si bien tradicionalmente no contaba la mala fe-conocimiento sino la mala fe-fraude (aunque bien es verdad que era difícil imaginar un supuesto de mala fe sin fraude), actualmente se incluye la mala fe-conocimiento, como hicieron, p. ej., las sentencias de la Corte de Casación de 22 de marzo de 1968 y de 13 de octubre de 1981, lo que es criticado por algunos

⁵⁶ Cf. PEÑA Y BERNADO DE QUIRÓS, M., «El sistema registral francés», R.C.D.I., 1963, pp. 721 a 795.

autores, entre ellos los franceses Mazeud⁵⁷, quienes opinan que sólo debería de considerarse que hay mala fe cuando desde el primer momento el vendedor y el segundo adquirente se hubieran puesto de acuerdo en despojar al primer adquirente, pero no cuando al celebrar la primera venta era ajena al vendedor toda idea de engaño. En todo caso, señala Lacruz⁵⁸ que la jurisprudencia ha entendido que si el segundo adquirente conocía la primera enajenación no incurre en fraude sino en culpa y así la transmisión no es nula, sino inoponible al primer comprador, por lo que si dicho adquirente de mala fe transmite a un subadquirente de buena fe, éste adquiere válida y firmemente y puede oponerla, mediante la inscripción, al primer adquirente.

7.º Ha de tratarse, en general, de *terceros que publican el acto frente a terceros que no lo publican y que tienen su título de procedencia del mismo causante o «auctor»*, pues si provinieran de distintos causantes prevalecería quien trajera su derecho del verdadero titular, esté o no inscrito, dada la ausencia del presunción de exactitud.

8.º Se establece, pues, con toda su fuerza el *principio de prioridad en sentido material*, si bien debe señalarse que el rango no se determina conforme a un criterio absolutamente cronológico, ya que si se trata de títulos presentados el mismo día prevalece, en principio, el más antiguo, y si son de igual fecha (Ripert-Boullanger⁵⁹, en tal caso, opina que prevalecerá el que aparezca como primero en el Libro-Registro de presentaciones), el que lo sea de hipoteca o embargo, considerándose en otro caso de igual rango las inscripciones. Ahora bien, existen reglas especiales en caso de solicitud simultánea de publicación de varios embargos, y en materia de hipotecas y privilegios que no podemos examinar. Por contra, *cabe destacar la ausencia del principio de prioridad en el sentido de cierre registral* (salvo en caso de hipotecas y privilegios), pues es posible, y aun obligado, registrar a propósito de una misma finca una doble serie de transmisiones.

9.º Finalmente, se requiere que la inscripción o retraso no se deba al mismo tercero (a quien incumbía la inscripción) o a sus causahabientes a título universal.

Nada mejor para caracterizar el tercero de la inoponibilidad, de la prioridad, que acudir a un sistema que lo contempla con mayor detalle que el nuestro y con la lógica del todo armónico. Se observa, por tanto, que conforme a la regla de inoponibilidad

⁵⁷ Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., op. cit., p. 348.

⁵⁸ Cf. LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Derecho...*, 1984, op. cit., p. 27.

⁵⁹ Cf. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., «El sistema...», loc. cit., pp. 773 y 774.

pueden quedar protegidos adquirentes a título gratuito o inmatriculantes, pero sobre todo que por dicha regla pueden quedar tutelados los acreedores que vean publicados sus embargos frente a los que no hayan inscrito sus títulos. Se podría decir, inmediatamente, que parece excesivo aplicar doctrinas foráneas para interpretar preceptos nacionales. Pero frente a ello no sólo se podría enfrentar la importancia que el Derecho comparado ha tenido siempre en el Derecho Inmobiliario Registral, sino también que la interpretación que propugnamos es netamente nacional, toda vez que el efecto de inoponibilidad fue establecido en Pragmáticas Reales y, en la última de ellas, respecto de los Oficios-Contadurías de Hipotecas, a lo que cabe añadir que el Decreto de 23 de mayo de 1845 estableció (artículos 30 y 40) tal efecto en favor de los embargos publicados. Ciertamente que en el régimen de las Contadurías el título anterior no inscrito recobraba la prelación con su inscripción, y el asiento registral no daba una prioridad material como hoy la entendemos. Pero precisamente la Ley Hipotecaria estableció esta preferencia por la inscripción, la regla *prior tempore...*, con toda su potencia.

La consecuencia defendida, por tanto, es que el embargo anotado con anterioridad a los títulos provenientes del mismo *auctor* es preferente y oponible a éstos, o a la inversa, éstos son inoponibles a aquéllos. Pero, ¿y si el título de transferencia anterior a la anotación es anterior al embargo, de tal suerte que en el momento de producirse la traba ya se había transmitido la propiedad del bien embargado?

La inoponibilidad, ya lo advirtió Peña en el trabajo últimamente comentado sobre el sistema francés, parece guardar cierta relación aquí con la inscripción constitutiva o con el principio de fe pública registral. Me explico. Utilicemos el caso de la doble venta. A vende a B y después vuelve a vender a C. C se adelanta en la inscripción. Si C resulta finalmente propietario habrá que explicar cuál fue la situación al producirse la segunda venta. O bien hay que mantener que la primera transmisión no llegó a consumarse en su plenitud, pues le faltaba un requisito que no se cumplió —inscripción— o bien hay que suponer que sí lo fue, supuesto en el que C habría adquirido de un *non domino*. La solución, desde luego, no es fácil. El mismo Roca Sastre se jactó de la tortura que para la doctrina italiana significaba explicar el resultado de la inoponibilidad en su país⁶⁰. Junto a las dos tendencias citadas, esto es, recurrir a la adquisición a *non domino* o a la inscripción como elemento constitutivo, se abre paso una tercería vía, que admite diversas tendencias. Una de ellas, la más llamativa a mi juicio, es la de la «propiedad relativa» Ciertamente que

⁶⁰ Cf. ROCA SASTRE, R. M., Derecho Hipotecario..., op. cit., pp. 569 a 571.

esta tendencia no ha sido correctamente perfilada por la doctrina italiana y que ha sido impugnada por no pocos autores. Pero si se pone en relación con las palabras ya transcritas de la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 sobre el valor de la inscripción en relación con la tradición y el proceso de transmisión de inmuebles en nuestro Derecho, no es en absoluto desechable. Una venta consumada por la tradición, decía la Exposición de Motivos, transmite la propiedad frente al comprador, pero no frente a terceros. Esta transmisión con eficacia frente a terceros sólo se lograría con la inscripción. Por ello podría concluirse que el embargado, tanto para el Juzgado como para el embargante, continuaba siendo dueño y, por tanto, la traba estaba correctamente realizada.

IV. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO Y FE PÚBLICA REGISTRAL

El tercer problema tiene, a mi juicio, una solución que ya se puede intuir. Uno de los requisitos del acto de la traba tiene que ser, evidentemente, que el bien trabado sea propiedad del deudor contra el que se dirige el proceso. Tanto desde el punto de vista de todo acto procesal como del embargo en su individualidad, la traba que no respetase este presupuesto sería nula y contagiaría de nulidad todo el procedimiento de ejecución.

En la primera cuestión nos puede auxiliar Martín de Leona Espinosa, que en una reciente monografía aborda la cuestión de los requisitos de los actos procesales⁶¹. Desde luego, el problema que nos ocupa no incidiría en los requisitos de carácter formal. mayor duda pudiera plantear su ubicación en los de signo subjetivo: No afecta, por supuesto, a la capacidad; sí, en cierta medida, a la legitimación. En cualquier caso, con el citado profesor cabe concluir que por ser una cuestión material no es un requisito necesario para la válida actuación procesal de las partes; también se podría apuntar que, en definitiva, en estos casos jugaría la llamada legitimación extraordinaria o por apariencia⁶², derivada de la titularidad registral y de la presunción de exactitud (principio de legitimación). Donde claramente debe residenciarse el examen es en los requisitos de carácter objetivo. Desde el punto de vista de la posibilidad, idoneidad o la causa, el embargo sobre bienes de una persona para satisfacer la condena pecuniaria de otra no

⁶¹ Cf. MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J. M., «La nulidad de actuaciones en el proceso civil», Madrid, 1991, Colex, pp. 42 y ss.

⁶² Vid. LADARIA CALDENTEY, J., «Legitimación y apariencia jurídica», Barcelona, 1952.

se sostiene. Su objeto no sería viable desde un punto de vista moral o ético, tampoco jurídico. Carecería de una causa justificativa de ese perjuicio deparado para el dueño de los bienes embargados. En definitiva, el acto no reuniría los requisitos que para su validez y eficacia exige el Derecho.

En cuanto al segundo aspecto, suscribo totalmente las siguientes afirmaciones de Cachón Cadenas ⁶³:

«Para que un bien (derecho) pueda ser objeto de embargo en un proceso concreto, no basta con que resulte alienable en el sentido indicado en el capítulo precedente. El ordenamiento exige un nuevo requisito: que el bien pertenezca al ejecutado. Este requisito de embargabilidad se halla plasmado a lo largo de toda la regulación del proceso ejecutivo (así, en los arts. 1.442 1.455 y 1.532 LEC, entre otros preceptos legales). Se trata de una exigencia que deriva directamente de la propia estructura del proceso de ejecución civil. Comienza este proceso a instancia de una persona (ejecutante) que formula una pretensión frente a otra (ejecutado). Las consecuencias desfavorables o perjudiciales que implique la satisfacción de aquella pretensión si la misma es procedente han de recaer sobre la persona frente a la cual se ha deducido o sea el ejecutado. Y dado que la pretensión posee naturaleza patrimonial debe ser el patrimonio del ejecutado el que sufra las consecuencias a que se ha hecho referencia. El embargo concreta los bienes que han de ser utilizados como medios o instrumentos para la satisfacción de la pretensión ejecutiva. En consecuencia si la traba se practica sobre bienes pertenecientes a una persona distinta del ejecutado ello equivale a desviar los efectos negativos de la ejecución o si se prefiere la ejecución misma hacia alguien que no tiene por qué padecer aquéllos ni ésta al no ser el sujeto contra el que viene formulada la pretensión ejecutiva. Como señala Guasp, sería inconsecuente teóricamente y prácticamente injusto que otra persona distinta soportara en su patrimonio la consecuencia de una ejecución en la que no figura como sujeto pasivo. La doctrina reconoce que la exigencia de que los bienes embargados pertenezcan al ejecutado es esencial o conatural al proceso de ejecución.»

Situados ante la hipótesis de que los bienes embargados no pertenecieron nunca al sujeto pasivo del proceso de ejecución, bien porque no los llegó a adquirir nunca, bien porque su adquisición devino ineficaz, la única vía para mantener la eficacia de la garantía que la anotación preventiva proporciona al anotante sería acudir a los efectos taumatúrgicos de la fe pública registral. Y por todos es sabido que la fe pública sana el vicio de la inexistencia del derecho en el patrimonio del transmitente-titular

⁶³ Cf. CACHÓN CADENAS, M. J., «El embargo», Barcelona, 1991, Bosch, p. 220.

registral en favor del tercero hipotecario, pero nunca los vicios de que adoleciera el título de adquisición del tercero. Es decir, la adquisición o el título inscrito, debe ser válido. La inscripción, como señala el artículo 33 de la Ley, no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. Por tanto, y en contra de lo sostenido por García García⁶⁴, no considero que el anotante preventivamente de embargo pueda estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ni, por consiguiente, pueda ser favorecido por la fe pública registral en este caso, es decir, cuando el bien embargado ya no pertenece al deudor ejecutado. La sentencia de 12 de febrero de 1988 ya vimos que otorgó al anotante de embargo esta protección de la fe pública, pero sin mucha convicción ni precisión, tal como dejamos apuntado.

Tampoco reuniría otras condiciones. No habría contraprestación que hiciera del anotante un tercero protegido por la fe pública (no puede considerarse tal el pago de lo que corresponda por Actos Jurídicos Documentados). Tampoco habría adquirido derivativamente, pues no habría habido un negocio dispositivo, que es lo que quiere tutelar la fe pública registral.

Oviedo, Navidad de 1992.

⁶⁴ Cf. GARCÍA GARCÍA, J. M., «El tópico de los efectos limitados de las anotaciones de embargo. Hacia una interpretación del efecto real absoluto de tales anotaciones en el sistema español», en Ponencias y Comunicaciones presentadas al VII Congreso Internacional de Derecho Registral, Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1988, pp. 274 y 275.