

**LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL TERCER ADQUIRENTE  
DE UN HEREDERO VOLUNTARIO: UN SUPUESTO  
DE EXCEPCIÓN A LA FE PÚBLICA REGISTRAL\***

Por la Dra. MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad de Extremadura*  
*Cáceres*

---

\* Este trabajo también forma parte del Libro Homenaje al Prof. Dr. Celestino Cano Tello, el cual está en vías de publicación.

## SUMARIO

- I. LA PROTECCIÓN REGISTRAL DE LOS TERCEROS Y EL ART. 28 DE LA LEY HIPOTECARIA: TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LOS DERECHOS FORALES
  1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA EXCEPCIÓN A LA FE PÚBLICA REGISTRAL PROCLAMADA EN EL ART. 28 DE LA LEY HIPOTECARIA
  2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EXCEPCIÓN: SU INAPLICACIÓN A LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE UN HEREDERO FORZOSO
  3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA L.H.
  4. EL TERCERO DEL ART. 28 DE LA LEY HIPOTECARIA
- II. REQUISITOS HABILITANTES DEL TERCERO HIPOTECARIO
- III. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL TRANSCURSO DEL PLAZO SUSPENSIVO
- IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADQUISICIÓN

# I. LA PROTECCIÓN REGISTRAL DE LOS TERCEROS Y EL ART. 28 DE LA LEY HIPOTECARIA: TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LOS DERECHOS FORALES

El análisis de la protección registral del tercer adquirente se plasma, desde una perspectiva general, en el estudio del denominado principio de fe pública registral, del que deriva como principal efecto la llamada adquisición a *non domino*. Esta protección registral se fundamenta en la presunción de exactitud e integridad del Registro, la cual reviste carácter *iuris et de iure* cuando entra en escena el llamado tercero hipotecario<sup>1</sup>, entendiéndose por tal, según las sentencias de 7 de diciembre de 1987 y 23 de mayo de 1989, *el adquirente de buena fe a título oneroso que por haber inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad no puede afectarle lo que no resulte de un determinado contenido registral, anterior a su adquisición, aunque en el orden civil puro el título por el que dicho contenido registral tuvo acceso al Registro de la Propiedad adoleciera de vicios que lo invalidarán*<sup>2</sup>. Por ello, aunque en caso de discordancia entre lo publicado en el Registro y la realidad jurídica extraregistral, ésta se imponga frente al titular inscrito cuando se demuestre de forma adecuada la inexactitud registral, para el tercero hipotecario dicha discordancia deviene inoperante, aunque se anule o resuelva el título del otorgante, desde el momento en que la publicidad registral le garantiza de modo absoluto que el derecho existe y que pertenece a su titular en la extensión proclamada por el asiento registral, aunque en realidad no sea más que un titular aparente. Desde esta perspectiva el principio de fe pública registral se erige en la máxima garantía del tráfico jurídico inmobiliario, como ya se pusiera de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, a tenor de la cual *la presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles*<sup>3</sup>. Explícitamente lo ha reconocido la sentencia de 17 de febrero de 1998, al declarar que *el tercero que adquiere confiado en los pronunciamientos registrales es inmune a cual-*

---

<sup>1</sup> Así ha resuelto el Alto Tribunal en la sentencia de 17 de febrero de 1998 (R.A. 629), al declarar que *el art. 34 de la Ley Hipotecaria, a diferencia del 38, no contiene una presunción iuris tantum, sino una presunción iuris et de iure que no admite prueba en contrario porque así lo evidencia su tenor imperativo*.

<sup>2</sup> Sentencias de 7 de diciembre de 1987 (R.A. 9280) y 23 de mayo de 1989 (R.A. 3878). En parecidos términos resolvió la sentencia de 17 de octubre de 1989 (R.A. 6928) al declarar que mediante el principio de fe pública registral *el tercero que adquiere del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscribe, está protegido y no le afecta la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente*.

<sup>3</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo III, Madrid, Editorial Castalia, 1990, págs. 245 y 246.

*quier acto de aniquilación del derecho de su transferente porque confía en el contenido tabular y como tal ha de ser protegido*<sup>4</sup>.

Dentro de la vasta problemática que su estudio suscita ocupan un lugar relevante cuantos aspectos afectan a los presupuestos que necesariamente han de concurrir para que el tercer adquirente resulte cubierto por el manto tuitivo de la *fides pública*, así como cuantos dicen relación al fundamento y naturaleza jurídica de la adquisición; cuya solución requiere la adopción de una toma de posición en torno a si la misma pasa, necesariamente o no, por el reconocimiento de la existencia de un poder de disposición en el titular aparente, puesto que el tercero asume una posición jurídica inatacable, no sólo cuando se anule o resuelva el derecho del transferente, sino también cuando el título en que éste funde su derecho sea inexistente, nulo o haya sido revocado. A estas modalidades responden las distintas causas generadoras de la apariencia hereditaria, y, por ende, de la situación de heredero aparente, habida cuenta de que la misma siempre surge por faltar cualquiera de los presupuestos necesarios para que tenga lugar la adquisición de la herencia: desde la muerte del causante, pues, no sin razón la mención expresa de la acción de petición de herencia se contiene en sede de ausencia, pasando por la inexistencia de una efectiva vocación hereditaria, bien por resultar nulo el testamento o por haber sido revocado, bien por dejarse inoperante la declaración de herederos abintestato ante la aparición de parientes con un derecho preferente en la herencia, hasta llegar a la concurrencia de vicios que anulan el consentimiento; supuesto este último configurado en el art. 997 del Código civil como excepción a la regla general de la irrevocabilidad de la aceptación.

Pero en el Código civil español la disciplina del heredero aparente está huérfana de regulación, razón por la cual para determinar la suerte de los actos de disposición sobre bienes inmuebles por él realizados resulta de obligada aplicación la normativa general contenida en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, en cuyo ámbito se ha dictado, no obstante, una singular disposición, merced a la cual se enerva la fe pública registral, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la muerte del causante de la sucesión, con respecto a los terceros adquirentes que traigan causa de un heredero voluntario, ante la eventualidad de que el titular hereditario inscrito sea un heredero aparente. Se trata del art. 28 de la Ley Hipotecaria, que copiado a la letra establece: *Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.*

Esta disposición, dictada en beneficio del heredero real, representa un resorte cautelar que se fundamenta en la desconfianza que suscita la situación del transferente como consecuencia de la debilidad de su título hereditario, dada la

<sup>4</sup> Sentencia de 17 de febrero de 1998 (R.A. 629).

ausencia de un procedimiento general para impartir con suficientes garantías certificados que acrediten de modo absoluto e incontestado la condición de heredero<sup>5</sup>, lo que impide asegurar a los terceros que el heredero voluntario inscrito del que traen causa no sea un titular aparente o, cuando menos, claudicante. Por ello, dicho precepto constituye, sin lugar a dudas, el fundamento legislativo de la construcción dogmática de la teoría del heredero aparente por lo que al Derecho español se refiere<sup>6</sup>, hasta el punto de encontrarse en él *su campo de aplicación y su más firme sostén*<sup>7</sup>.

Pero ello no implica que la citada figura sólo tenga proyección en el Derecho hipotecario, sino todo lo contrario, desde el momento en que se origina en el orden sucesorio y, por ende, por causas ajenas al funcionamiento del Registro. Tampoco supone que la mentada disposición sea la única aplicable para determinar la suerte de los actos de disposición realizados por el heredero aparente, habida cuenta de la existencia de otras normas, tales como las contenidas en los arts. 464 y 1164 del Código civil, que contribuyen a solucionar el problema en el ámbito mobiliario y en el obligacional, respectivamente, aunque por resultar aplicables a cualquier titular que reúna la condición de aparente y trascender del orden inmobiliario, tienen, a los fines que aquí interesan, nula transcendencia en la materia.

Que haya sido una ley elaborada en atención a los terceros la que haya abordado directamente la cuestión tampoco puede entrañar sorpresa alguna, puesto que, y así se ha hecho notar por algún autor, *la consideración del heredero aparente por el ordenamiento jurídico no deriva de la escasa significación que pueda tener esta figura en sí misma considerada, sino que deriva, por el contrario, de la importancia y transcendencia de los problemas que se producen cuando el heredero aparente entra en relación con los terceros en el tráfico jurídico*<sup>8</sup>. Tanto es así que se podría llegar a afirmar, sin que ello implique exageración alguna, que la expresión heredero aparente sirve para designar, no tanto a un sujeto, cuanto un procedimiento de adquisición caracterizado y calificado por la ausencia de la cualidad de herede-

<sup>5</sup> Prueba de ello es que los certificados expedidos por el Registro General de Actos de Última Voluntad tienen simple carácter informativo, como lo corrobora la añeja resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de diciembre de 1926 (Roca Sastre-Molina Pujol, *Jurisprudencia registral*, tomo VI, años 1925-1929, Barcelona, 1953, pág. 401), al declarar que *el certificado positivo del Registro de Actos de Última Voluntad, por exigencias del mismo servicio, es más bien que una prueba incontrovertible, una especie de índice oficial de los testamentos otorgados por una persona de cuya autenticación se tiene noticia*.

<sup>6</sup> Así lo configuraré en mi monografía *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, José M.<sup>a</sup> Bosch Editor, Barcelona, 1992, págs. 267 y ss., de donde están tomadas algunas de las consideraciones que, luego, se reflejarán en torno a los antecedentes legislativos del art. 28 de la L.H. y al tercercepo del citado precepto.

<sup>7</sup> Así, literalmente, González y Martínez, J., «El Registro de Actos de Última Voluntad», *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 410.

<sup>8</sup> Melón Infante., F., *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones a non domino, de bienes muebles)*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 75.

ro en el enajenante, y, por ende, por una adquisición formada con un *non dominus*<sup>9</sup>. Pero para ello es preciso, no sólo que se haya superado el plazo previsto en el mentado art. 28 de la Ley Hipotecaria con respecto al adquirente de un heredero aparente voluntario, sino también, y lo que es no menos importante, que en el tercero, con independencia de la condición que ostente su transferente, concurren los requisitos previstos en el art. 34 del mismo texto legal. De donde se desprende que la disciplina, lejos de abordarse de manera unitaria, queda sujeta a una tratamiento jurídico dual durante los dos años siguientes a la fecha del fallecimiento del causante, en función de la condición ostentada por el transferente, de forma, que, para quienes traigan causa de un heredero aparente forzoso la fe pública registral desplegará su eficacia con la simple concurrencia de sus presupuestos causales. En cambio, para los terceros adquirentes de un heredero aparente voluntario la protección registral no se producirá mientras no transcurra el plazo legalmente establecido, por lo que la materia quedará sometida durante el mismo al Derecho civil puro, aunque dado el criterio que se ha establecido para el cómputo del plazo en la legislación actual, la diversificación puede quedar reducida a una mera cuestión académica, como acontecerá cuando cualquiera de las dos inscripciones (la practicada a favor del heredero aparente voluntario o la extendida a favor de su tercer adquirente), o ambas, se hayan realizado con posterioridad al transcurso de dicho lapso causal.

Por lo demás, el art. 28 de la Ley Hipotecaria presenta una doble vertiente: La primera está constituida por un aspecto meramente estático, producido por la simple inscripción practicada a instancia del heredero aparente y extendida a su favor. Pero no es a esta hipótesis a la que va referida la suspensión de los efectos aludidos en el citado precepto, porque la relación que media entre él y el *verus heres* se desenvuelve estrictamente en el orden civil, con independencia del carácter voluntario o forzoso en que funde el heredero aparente su llamamiento hereditario, puesto que en todo caso el heredero real podrá impugnar su titularidad siempre que no hayan prescrito las acciones tendentes a destruir la apariencia hereditaria, entre las que ocupa un lugar privilegiado la llamada *actio petitio hereditatis*. La segunda está constituida por un aspecto dinámico, que se origina cuando entra en escena un tercer adquirente del heredero aparente voluntario inscrito que, a su vez, inscribe su adquisición. Es en este caso en el que realmente halla operatividad el precepto que nos ocupa, habida cuenta de que la resolución o firmeza de su derecho dependerá de que en el plazo de dos años, contados a partir de la fecha de la muerte del causante, el verdadero heredero impugne el derecho y la inscripción practicada a favor del heredero aparente, porque concurriendo este supuesto el conflicto de intereses suscitado entre el heredero real y el tercer adquirente del heredero aparente se regirá por las reglas del Derecho civil puro, a cuya disciplina queda sometida la materia durante el mentado período, con la consiguiente aplicación de los principios *nemo plus*

<sup>9</sup> Galli, *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971, pág. 263.

*iuris in alium transferre potest quam ipse habet* y *resoluto iure dantis resolvitur ius concesum*, de los que deriva la pertinente cascada de nulidades. De donde se colige que la suspensión de efectos de la fe pública registral tiene un alcance limitado en el tiempo, aunque, paradójicamente, la situación del tercero se va a resolver definitivamente en el transcurso de los dos años, ya sea como consecuencia del ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria frente a él por el heredero real<sup>10</sup>, ya sea porque adquiriera una posición jurídica inatacable ante la inactividad del *verus heres*.

En Derecho catalán, sí se contiene, en cambio, una disposición relativa a la suerte de los actos de disposición realizados por el heredero aparente en la que se otorga un tratamiento unitario al instituto. Se trata del art. 644 del Código de sucesiones por causa de muerte, aprobado por la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, en el que se deja a salvo a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, hasta el punto de declararse irreivindicables los bienes por ellos adquiridos, abstracción hecha de la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los mismos y con independencia de que el enajenante ostente o no la condición de heredero aparente voluntario<sup>11</sup>. Sin embargo, en la doctrina no faltan quienes,

<sup>10</sup> Los terceros adquirentes del heredero aparente quedan sujetos a la acción reivindicatoria, al fundamentarse la posición del demandado, no en la negación de la condición de heredero del actor, sino en la existencia de un título singular de adquisición, a diferencia de lo que acontece con la *actio petitio hereditatis*, cuyo carácter universal es una consecuencia de la fuerza expansiva de que está impregnado el título de heredero, y es la ejercitable no sólo frente al heredero aparente, sino también frente a quienes discutan dicha condición en el actor.

<sup>11</sup> Esta misma solución fue acogida en el art. 933 del derogado *Codice civile* italiano de 1865, en el cual se dejaba siempre a salvo a los terceros adquirentes del heredero aparente cuando su adquisición hubiera sido hecha a título oneroso y de buena fe. Esta protección no resultaba enervada ni siquiera en el caso en que se hubiera interpuesto demanda de nulidad del testamento, dado que las adquisiciones *mortis causa* no estaban sometidas a publicidad registral. De hecho, el requisito de la transcripción se añadió en virtud de una serie de disposiciones dictadas en materia tributaria, contenidas en el Decreto-ley N.º 2163, de 24 de noviembre de 1919, posteriormente incorporadas a los arts. 17 a 19 del R.D. N.º 3272, T.U., de 30 de diciembre de 1923, sobre tasas hipotecarias, cuyo ámbito de aplicación suscitó inagotables contiendas entre doctrina y jurisprudencia. Prueba de ello es que mientras Ascoli, «Note alla sentenza della Corte di Appello di Roma, 31-3-1925», *Rivista di Diritto Civiles*, 1926, págs. 595 a 602, las interpretaba en sentido restrictivo al otorgar a la transcripción un alcance meramente fiscal, la sentencia de la Corte de Apelación de Roma de 31 de marzo de 1925 se pronunció en pro de la atribución de todos los efectos civiles inherentes a la formalidad de la transcripción, con la consiguiente derogación del art. 933 cuando se hubiera transcrito la demanda de nulidad del testamento, subordinando, en consecuencia, al éxito del juicio la eficacia de las adquisiciones posteriores a la transcripción de tal demanda. Pero esta polémica puede considerarse actualmente superada, dado que el vigente *Codice civile* de 1942 ha resuelto definitivamente la cuestión en el art. 534-2, al condicionar la protección registral del tercer adquirente del heredero aparente no sólo a la exigencia de que su adquisición haya sido a título oneroso y de buena fe, sino también a la concurrencia cumulativa de una doble transcripción, la de la adquisición del heredero aparente y la suya propia, siempre que se hayan practicado con anterioridad a la transcripción de la adquisición del heredero real o a la de la demanda judicial interpuesta contra el heredero aparente; lo cual rige tanto para los bienes inmuebles como para los bienes muebles registrados. No obstante, las discrepancias doctrinales continúan girando en torno a la determinación del alcance de la citada disposición, habida cuenta de que frente a la concepción dominante, defendida, entre otros, por Bonfante, «La dottrina dell'erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni

adicionalmente, supeditan la protección del tercer adquirente de un bien inmueble al transcurso del plazo suspensivo establecido en el art. 28 de la Ley Hipotecaria, a pretexto de que la normativa contenida en la misma es de aplicación general en todo el territorio nacional<sup>12</sup>. Ahora bien, en pureza de doctrina y rigor terminológico, el problema no reside en determinar si la polémica disposición es o no aplicable al Derecho catalán, pues, es indiscutible que la legislación hipotecaria rige para todo inscribiente, sino en concretar las consecuencias derivadas del hecho de quedar la disciplina sustraída a la mecánica registral, por ser el efecto que se desencadena durante el lapso carencial para quienes traigan causa de un heredero aparente voluntario. Y, sabido es, que ello equivale a someter la cuestión al régimen previsto en el Derecho civil puro, que no es otro que el contemplado en el citado art. 64-4, del que se infiere que el tercer adquirente del heredero aparente, en el que concurren las dos condiciones que le hacen merecedor de la tutela que el mismo le dispensa, nunca se verá perjudicado por el defecto de titularidad del transferente, al resultar enervada frente a él la acción reivindicatoria<sup>13</sup>. La cuestión no podía ser de otra manera, dada la existencia de una concreta norma de Derecho positivo, merced a la cual se le otorga una singular protección<sup>14</sup>. De todo lo cual se infiere que, se integre o no el contenido del art. 64-4 del Código de sucesiones con lo dispuesto en el art. 28 de la Ley

---

dei beni ereditari», *Scritti Giuridici Vari*, tomo I, U.T.E.T., Torino, 1926, págs. 535; Stolfi, «L'apparenza del diritto», *Rivista Italiana per Scienza Giuridiche*, 1934-XII, págs. 459 y 472; Cariota Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936-XIV, págs. 106-107; Betti, *Teoria general del negocio jurídico*, traducido y concordado al español por A. Martín Pérez, Madrid, sin fecha, pág. 181, y, Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, Milano, 1954, pág. 220, según la cual el art. 534-2 es una norma de *ius singulare* que impide, por ende, su aplicación analógica, en la doctrina no faltan quienes como D'Amelio, «Apparenza del Diritto», *Nuovo Digesto Italiano*, XVI, tomo I, Torino, 1937, págs. 551; Piola, «Azione ereditaria», *Il Digesto Italiano*, vol. XXII, parte 4.ª, Torino, 1893-1902, pág. 730, y Sotgia, «Ancora in tema d'apparenza del diritto», *Rivista di Diritto Privato*, parte I, 1936, págs. 121 y ss., rechazan su carácter excepcional, por entender que se trata del *reconocimiento de un principio que, afirmado con ocasión de la regulación de una determinada relación, entra a formar parte del sistema general y puede ser invocado para regular otras situaciones jurídicas, las cuales, siendo, en el fondo idénticas, es de presumir que el legislador las habría regulado del mismo modo, si las hubiera tomado en consideración*.

<sup>12</sup> Por esta solución se han decantado García García, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, Civitas, Madrid, 1993, págs. 422 y 423, y de los Mozos Touya, «El heredero aparente de buena fe. Análisis de su posición jurídica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 604, 1991, págs. 1005 y ss.

<sup>13</sup> Al amparo de la legislación anterior, contenida en el párrafo cuarto del art. 275 de la Compilación, coincidente por entero con la actual, Maluquer de Motes, *Introducción al Derecho privado de Cataluña*, Barcelona, 1964, pág. 495, estimó, desde una perspectiva general, que, al sancionarse el principio de seguridad para el tercer adquirente del heredero aparente, nunca se vería perjudicado por esta circunstancia.

<sup>14</sup> La posición del tercero resultará, no obstante, reforzada con el requisito de la inscripción, aunque no se requiera para su tutela por el art. 64-4 del Código de sucesiones, puesto que permitirá resolver el problema de la colisión de títulos suscitado por la realización de una doble venta por el heredero aparente, en cuyo supuesto la protección registral se extenderá al tercero de buena fe y a título oneroso que primero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Pero esto genera una problemática distinta a la derivada de la aplicación del art. 28 de la Ley Hipotecaria.

Hipotecaria, la solución resultante es la misma, habida cuenta de la vigencia durante el plazo suspensivo del Derecho civil puro, en el que la disciplina se aborda unitariamente, puesto que no se ha establecido un régimen jurídico diferencial que tome por base el carácter legitimario del transferente.

Distinto criterio se impone en Derecho navarro, por más que la Ley 323 del Fuero Nuevo haya sancionado el principio de subrogación real en el seno de la *petitio hereditatis*, agravando la responsabilidad del heredero aparente que de mala fe haya enajenado bienes hereditarios, porque con ello se regulan las relaciones internas, y, por tanto, las que median entre él y el heredero real, pero no las que se dan entre este último y el tercer adquirente del primero. Ello equivale a dejar impregunada la cuestión desde la perspectiva del tercero, como se colige de la ausencia a este respecto de una singular norma tuitiva y protectora. En consecuencia, está fuera de toda discusión que durante el plazo de suspensión de efectos de la fe pública registral regirá la disciplina general, y, por ende, el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*<sup>15</sup>.

La misma solución es aplicable, si cabe con mayor razón, a los restantes Derechos forales, en los que, ni siquiera, se han regulado los aspectos relativos a la *petitio hereditatis*, por lo que la disciplina coincide por entero con el criterio expuesto al amparo del Código civil.

#### 1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA EXCEPCIÓN A LA FE PÚBLICA REGISTRAL PROCLAMADA EN EL ART. 28 DE LA LEY HIPOTECARIA

Hasta llegar a la redacción actual del art. 28 de la Ley Hipotecaria se han sucedido diversas reformas que han incidido no sólo en la ubicación sistemática del precepto, sino también, y lo que es, no menos importante, en su contenido.

Bajo los auspicios de la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 no se distinguía entre los títulos emanados *inter vivos* y los surgidos *mortis causa*, razón por la cual no se dudó en otorgar a todos los títulos inscritos un valor *incontestable* y *absoluto* frente a los que no tuvieran acceso al Registro<sup>16</sup>. Así resultaba, *a contrario sensu*, de lo dispuesto en su art. 23, a tenor del cual *los títulos mencionados en los arts. 2.º y 5.º que no estén inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero*. Se contenía en este precepto una clara manifestación del, denominado por Meyer, *principio de la ocasión*, que consiste en que *el que no hace inscribir su propiedad sobre una finca, da él mismo ocasión a que las apariencias jurídicas se vuelvan contra él*<sup>17</sup>. Esta Ley Hipotecaria, que, como se observa, seguía en esen-

<sup>15</sup> Así se infiere de una interpretación, *a contrario sensu*, de lo ordenado en la Ley 355, en la que se requiere para adquirir la propiedad de las cosas por actos *inter vivos* que la entrega de las mismas se haya hecho por su propietario en virtud de un convenio que justifique la transmisión.

<sup>16</sup> Oliver y Esteller, *Derecho inmobiliario español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria*, tomo I, Madrid, 1892, pág. 702.

<sup>17</sup> Meyer, citado por Roca Sastre, *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo II, 1.ª ed., Barcelona, 1942, pág. 162.

cia las directrices fundamentales del sistema alemán, sancionaba con la pérdida del derecho la negligencia en la inscripción<sup>18</sup>, abstracción hecha de la fuente productora del título. Por consiguiente, la enajenación efectuada por el heredero aparente devenía, por efecto de la inscripción, firme e inatacable frente al verdadero heredero, ya que no existía precepto legal alguno en cuya virtud se limitaran los efectos de la fe pública registral, a pesar de que la cuestión subyacente se planteó en las discusiones parlamentarias de dicha Ley<sup>19</sup>.

Pero con la reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869 quiebra el carácter absoluto atribuido a la inscripción por el legislador del 61. Destaca como una de las manifestaciones más importantes del debilitamiento de su valor, la incorporación al primitivo art. 23, de un segundo párrafo, que copiado a la letra decía: *La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia o legado no perjudicará a tercero si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma*. Las razones que determinaron la consagración de esta excepción, y, por ende, el establecimiento de un plazo durante el cual resultaba enervada la fe pública registral, se hallan contenidas en la Exposición de Motivos que precedió al proyecto de ley de reforma hipotecaria, presentado el 13 de marzo de 1869, por el Ministro de Gracia y Justicia de la época en las Cortes Constituyentes. Consistía en *la imposibilidad de probar legalmente que un testamento que se presenta como título para verificarse una inscripción, no está destruido por otro anterior otorgado con cláusula derogatoria o por haberle revocado el testador, y el que el derecho de los parientes de un finado declarados sus herederos abintestato, puede desaparecer por presentarse otros parientes más inmediatos. Se ha fijado por este motivo en la nueva ley el tiempo de cinco años para que la inscripción de tales bienes no perjudique a tercero y para que no puedan ser liberados*<sup>20</sup>. La *ratio legis* del precepto radi-

<sup>18</sup> Que la Ley Hipotecaria recoge las enseñanzas del Derecho alemán más notable de su tiempo ha sido resaltado por González y Martínez, «Principios hipotecarios», *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 401.

<sup>19</sup> En efecto, fue el Sr. Marichalar, quien, en la sesión de 11 de enero de 1861 se refirió enérgicamente a las nefastas consecuencias derivadas de la ausencia de regulación del derecho hereditario, al estimar que *los terceros adquirentes de buena fe, habiendo adquirido de quien en el registro apareció ser el dueño, y habiendo justificado su adquisición, oponen una excepción terminante al derecho testamentario que destruye con el solo transcurso de seis o siete meses* (tiempo empleado en practicar las diligencias que la Ley de Enjuiciamiento Civil establecía para declarar el *ab intestato*) *un derecho que hasta ahora duraba treinta años*. Precisamente, para obviar la incertidumbre en torno a la existencia de eventuales herederos con mejor derecho frente al inscrito, en la mentada sesión propuso la creación de un registro de testamentos; razón por la cual a él cabe atribuir la paternidad del instituto, a pesar de que dicha propuesta fuera rechazada por el Sr. Permanyer, por considerar que los terceros adquirentes del heredero aparente resultaban protegidos por la aplicación de los principios generales del derecho cuando su adquisición fuera a título oneroso y de buena fe, ya que en el conflicto suscitado entre quien pretende obtener un lucro y aquel a quien se trata de evitar un daño, el ordenamiento jurídico considera merecedor de protección a este último. De esta manera coonestaba la seguridad jurídica con las exigencias derivadas de la justicia. Además, estimaba que la admisión del testamento ológrafo en el proyecto del Código civil dejaba expedita e imprejujada la cuestión, al no tomarse razón del mismo en el citado registro (*vid. Leyes hipotecarias y registrales de España*, tomo I, vol. II, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, Ed. Castalia, 1989, págs. 422 a 424 y 439 a 443).

<sup>20</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo I, vol. I, Madrid, Ed. Castalia, 1989, pág. 482.

caba en la necesidad de evitar un perjuicio al heredero real cuando el tercer adquirente trajera causa de un heredero aparente porque, de lo contrario, el Registro de la Propiedad podría convertirse, en el decir de Galindo y Escosura, en un instrumento *para burlar los legítimos derechos que por circunstancias especiales no pudieran ejercitarse en determinados momentos, y que el legislador no debía dejar desamparados*<sup>21</sup>. Por consiguiente, la introducción de esta excepción puede considerarse un acierto legislativo, aunque no han faltado voces que han apelado en pro de su supresión<sup>22</sup>.

No habían transcurrido ocho años desde que entrara en vigor la ley de reforma de la Hipotecaria<sup>23</sup> cuando el Senador D. Valeriano Casanueva, mediante una proposición de ley puso de relieve la justicia de la disposición contenida en el párrafo segundo del primitivo art. 23 con respecto a los herederos voluntarios, pero no en relación con los herederos forzosos, pues ello implicaba, en palabras del citado Senador, *poner en duda el derecho del hijo o descendiente legítimo a suceder en los bienes del padre, o viceversa*, razón por la cual propuso la reducción a sus verdaderos y justos límites del alcance del art. 23 a través de la sustitución del párrafo segundo del citado precepto, por el que contenía su proposición de ley, a cuya dicción: *La inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales adquiridos por herencia que no sea de herederos forzosos o por legado, no perjudicará a tercero, si no hubiesen transcurrido cinco años desde la fecha de la misma*<sup>24</sup>. Sin embargo, la solución que se adoptó en el texto legal definitivo de 17 de julio de 1877 consistió en añadir un nuevo inciso al art. 23, en virtud del cual *exceptúanse los casos de*

---

La excepción contenida en el párrafo 2.º del art. 23 aparecía recogida en la base V del Anteproyecto de bases para la redacción de una Ley Hipotecaria, aprobado por la Subsecretaría de Gracia y Justicia en 1868 (*vid. Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo I, vol. I, *op. cit.*, pág. 470).

<sup>21</sup> Galindo-Escosura: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo II, Madrid, 1880, pág. 411.

<sup>22</sup> Han considerado plausible la mentada reforma Galindo-Escosura: *ibidem*; González y Martínez: «Principios hipotecarios», *op. cit.*, pág. 394; Roca Sastre: *Derecho hipotecario*, tomo I, 6.ª ed., Barcelona, 1968, pág. 834; Gómez Gómez: «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pág. 577; Lacruz Berdejo: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, con la colaboración de Sancho Rebullida, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, pág. 281. Sin embargo, ha censurado la bondad del precepto Sanz Fernández: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, pág. 472.

<sup>23</sup> En el art. 23 de la Ley Hipotecaria de 1869 incidió lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de 15 de agosto de 1873, en virtud del cual se decretó la suspensión del citado precepto cuando tuviera lugar la destrucción o pérdida de los libros del Registro, desde la fecha en que esto aconteciera y hasta la terminación del plazo concedido. Dicha ley fue redactada por Oliver y Esteller, y a iniciativa suya, tras los incendios de los Registros de la Propiedad de Valls (Audiencia de Barcelona), Montilla (Audiencia de Sevilla) y Bande (Audiencia de la Coruña), acaecidos entre 1869 y 1873, como ha hecho notar este mismo autor en, *Derecho inmobiliario español, op. cit.*, pág. 752.

<sup>24</sup> *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*, tomo I, vol. I, *op. cit.*, págs. 500, 649 a 652. La necesidad de distinguir entre la sucesión necesaria y la voluntaria en lo relativo a la inatacabilidad del derecho del tercero fundado en las inscripciones hereditarias fue propuesta por el Sr. Curiel y Bravo en las discusiones parlamentarias de la ley de reforma de 1869, en sesión celebrada el día 17 de noviembre del mismo año, con el objeto de que el plazo de cinco años se redujera en favor de los herederos forzosos, cuyo derecho hubiera sido reconocido y declarado por ejecutoria en juicio contradictorio de larga duración.

*herencia testada e intestada, mejora y legado cuando recaiga en herederos necesarios*<sup>25</sup>. De esta forma, la ley de 1877, inspirada en el deseo de afianzar el crédito territorial, redujo desde el punto de vista subjetivo la suspensión de efectos de la fe pública registral, al excluir de la misma a quienes trajeran causa de un heredero necesario, a pretexto de ser más remoto el peligro que amenaza a los voluntarios de que aparezca otro heredero con un derecho preferente al suyo.

Estas dificultades fueron en cierta medida superadas con la creación del Registro General de Actos de Última Voluntad, por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885, en cuya Exposición de Motivos quedó reflejado el deseo del legislador de *facilitar a los interesados en una herencia noticia de los actos registrables, evitar la inscripción de títulos que no debieran tener eficacia jurídica por la misma voluntad del testador, disminuir las probabilidades de que se hiciera declaración de herederos abintestato habiéndolos por testamento y, por último, proporcionar al público mayores medios de averiguar si las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad estarían o no expuestas a ser anuladas en el plazo de cinco años*<sup>26</sup>. Pero al no tener acceso al mentado Registro determinadas formas testamentarias, como acontece con el ológrafo, con su creación no se eliminó la incertidumbre sobre la posible existencia de otros herederos con mejor derecho que el inscrito, por más que con su implantación se introdujeran ciertas garantías en torno a los actos de disposición *mortis causa* dotados de valor<sup>27</sup>. Además, las certificaciones expedidas por el encargado de dicho Registro carecen de valor decisorio, siendo meramente informativo, por lo que su eficacia en modo alguno es parangonable con la que despliega en Derecho alemán el certificado sucesorio, a cuya regulación dedica el B.G.B., a lo largo de una sección entera, los parágrafos 2.353 a 2.370<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Consideran fundada esta contraexcepción, como la denomina Roca Sastre, entre otros, González y Martínez, «Principios hipotecarios», *op. cit.*, pág. 394; Roca Sastre: *Derecho hipotecario*, tomo I, *op. cit.*, pág. 835, y Gómez Gómez, «Ámbito de aplicación...», *op. cit.*, págs. 577 y 578. En cambio, para Morell y Terry, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, tomo II, Madrid, 1927, págs. 617 y 618, el carácter de heredero forzoso no elimina la problemática planteada con respecto a los herederos voluntarios. Además, justificó la salvedad en cuanto a la parte legítima, pero no en lo tocante a la de libre disposición.

<sup>26</sup> González y Martínez, «El Registro de Actos de Última Voluntad», *op. cit.*, pág. 405.

<sup>27</sup> Además, como ha hecho notar González y Martínez, «El Registro de Actos de Última Voluntad», *op. cit.*, pág. 406, aún existiendo un certificado positivo del Registro General de Actos de Última Voluntad la herencia puede deferirse abintestato, como acontecerá, aparte de otros, en los casos de nulidad del testamento.

<sup>28</sup> En el parágrafo 2.365 se establece una presunción de veracidad de que la titularidad hereditaria corresponde a la persona en cuyo favor se ha expedido dicho certificado, sin otras limitaciones que las expresadas en él. Además, según Binder, *Derecho de sucesiones*, traducido de la segunda ed. alemana y anotado conforme al Derecho español por Lacruz Berdejo, Barcelona, Ed. Labor, Madrid, etc., 1953, pág. 191, *proporciona a los terceros una apariencia protegida por el principio de publicidad, en el mismo sentido que la de los libros del Registro*; razón por la cual se puede, sin lugar a dudas afirmar, que dicho instituto está al servicio de la firmeza del tráfico jurídico, como se infiere de lo ordenado en el parágrafo 2.366, según el cual *si alguien adquiere de aquél que en un certificado sucesorio está designado como heredero por negocio jurídico, un objeto de la herencia, un derecho sobre tal objeto o la liberación de un derecho perteneciente a la herencia, el contenido del certificado sucesorio, en tanto la presunción del parágrafo 2365 baste, vale en su beneficio como exacto, a no ser que conozca la inexactitud*. Lo cual se

El contenido sustancial del precepto hipotecario fue mantenido en la sucesiva reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, en virtud de la cual el plazo de suspensión se redujo, no obstante, a dos años. Además, en la nueva disposición se hablaba de no surtir efecto en cuanto a tercero, en lugar de no perjudicar a tercero, lo que ha dado lugar al gran confusionismo sembrado en la doctrina en torno al significado que había de atribuirse a la manida expresión, pues, aún hoy en día se discute si por tal hay que entender al heredero real, o, por el contrario, al tercer adquirente del heredero aparente. Menor entidad presentó la sustitución de la expresión herederos necesarios por la más afortunada de herederos forzosos<sup>29</sup>.

Pero la modificación más relevante tuvo lugar con la ley de 30 de diciembre de 1944, en la que la cuestión se reguló en el último párrafo del art. 14. Con ella se introdujo una variación en el cómputo del plazo de los dos años, al estar representado el *dies a quo*, no por la fecha de la inscripción, sino por la de la muerte del causante, con el riesgo que ello consigo lleva, por cuanto puede convertirse en un estímulo para no inscribir los títulos hereditarios mientras no hayan transcurrido los dos referidos años. De este modo el precepto podría resultar inoperante y erigirse en un nítido instrumento al servicio del fraude<sup>30</sup>.

Finalmente, el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 reprodujo la disciplina en el art. 28, habiendo permanecido desde entonces invariable, aunque dada su ubicación sistemática aparece como un precepto aislado e independiente, cuando lo deseable hubiera sido que se recogiera al hilo del art. 34, dado que su fin es paralizar los efectos de la fe pública registral con el objeto de evitar lo que pudiera ser una discordancia entre el régimen del Derecho civil puro y el registral<sup>31</sup>.

## 2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA EXCEPCIÓN: SU INAPLICACIÓN A LOS TERCEROS ADQUIRENTES DE UN HEREDERO FORZOSO

La excepción proclamada en el art. 28 de la Ley Hipotecaria sólo se aplica a los terceros que traigan causa de un titular hereditario que no reúna la condición de legitimario. En ella se comprende a todo sucesor *mortis causa*, sea a

---

justifica, en el decir de González y Martínez, «El Registro de Actos de Última Voluntad», *op. cit.*, pág. 409, en el hecho de que es el Tribunal de la sucesión quien *acredita de un modo oficial la cualidad de heredero total o parcial, las facultades que le corresponden y las limitaciones que le han impuesto.*

<sup>29</sup> A juicio de Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho Hipotecario, op. cit.*, pág. 474, por tales había que entender a los legitimarios designados en el art. 807 del Código civil.

<sup>30</sup> La reforma gozó del beneplácito de Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho Hipotecario, op. cit.*, págs. 472-473, y de Lacruz Berdejo, *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral, op. cit.*, pág. 281. Sin embargo, en el decir de Roca Sastre, *Derecho hipotecario, op. cit.*, pág. 839, la reforma sólo se justifica en un *prejuicio de animosidad contra ese art. 28 de la Ley, que da por resultado el afán infundado de dejarlo casi inoperante*; razón por la cual, lejos de calificarla razonable la censura.

<sup>31</sup> En el mismo sentido se ha manifestado Nuñez Lagos, «El Registro de la Propiedad español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, pág. 234.

título particular, como acontece con el legatario, o a título universal, como sucede con el heredero. Pero al ser aplicables a los terceros adquirentes de cualesquiera de ellos la misma disciplina jurídica, las referencias se han hecho y se seguirán haciendo tomando como modelo al heredero, que, por carecer de dicha condición ha de ser tildado de aparente, cuyo calificativo también habrá de predicarse, consiguientemente, del legatario.

Ahora bien, aunque el legislador ha excluido del ámbito subjetivo de la manida excepción a los terceros adquirentes de un heredero forzoso, con respecto a los cuales la fe pública registral actúa por la simple concurrencia de sus presupuestos causales, la cuestión ha suscitado duras críticas y enconados debates doctrinales, sin que el Tribunal Supremo haya arrojado demasiada luz en la materia, puesto que las aportaciones jurisprudenciales, además de ser escasas, resultan insuficientes.

Fueron los primeros comentaristas de la legislación hipotecaria quienes pusieron de manifiesto que la cualidad de heredero forzoso en modo alguno elimina la posibilidad de que se trate de un heredero aparente, bien por revocación del legado o la mejora, bien por haber habido preterición de herederos forzosos, como acontecerá en los casos de filiación extramatrimonial, de estar vivo el hijo al que se reputaba muerto o presentarse el ausente. Por ello debía imponerse la misma solución que rige para quienes traen causa de un heredero voluntario<sup>32</sup>.

Desde el punto de vista terminológico sería deseable que se sustituyera el empleo de la locución legislativa *heredero forzoso* por una descripción nominativa de las personas a las que va referida la mentada salvedad, con el objeto de evitar cualquier género de dudas en torno al alcance subjetivo de la citada contraexcepción, dada la variación que en esta sede se aprecia entre los distintos Derechos forales y el Código civil. La cuestión fue sucintamente planteada por Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunil, al hilo de la sentencia dictada en el ámbito del Derecho catalán el 9 de julio de 1957, en la que el Alto Tribunal reconoció, a los efectos del art. 28 de la L.H., el carácter legitimario de la cuarta marital<sup>33</sup>, aunque en el decir de los citados autores, la misma no se compadece con el carácter de las legítimas<sup>34</sup>. En la actualidad, la llamada cuarta viudal se regula en los arts. 379 a 386 del Código de sucesiones, según los cuales constituye una atribución *ex lege*, que no confiere al cónyuge sobreviviente ni la cali-

<sup>32</sup> Vid. Morell y Terry, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, op. cit., págs. 617 y 618.

<sup>33</sup> En contra de lo que a simple vista pudiera parecer, la citada sentencia de 1957 no puede utilizarse como argumento favorable a la tesis defensora de la aplicación de un tratamiento dual a los terceros adquirentes en el Derecho catalán, puesto que la misma se dictó con anterioridad a la entrada en vigor de la Compilación, y, por ende, al establecimiento de la singular norma protectora contenida en el art. 275-4, del que pasó al vigente art. 64-4 del Código de sucesiones, en el que la protección se otorga al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, con independencia de que el heredero aparente ostente o no la condición de legitimario.

<sup>34</sup> Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario*, tomo I, 7.ª ed., Barcelona, Bosch, 1979, pág. 797, texto y nota 2. Sin embargo, García García, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, op. cit., pág. 420, considera acertada la calificación dada en la citada sentencia.

dad de heredero ni el derecho de acrecer en la sucesión del cónyuge premuerto. Se caracteriza por presentar un marcado carácter circunstancial al estar supeditada a la carencia de fortuna, hasta el punto de llegar a identificarse con una suerte del derecho de alimentos, lo que revela que la figura nítidamente se aleja de la configuración jurídica de la legítima<sup>35</sup>. De hecho, ésta sólo surge en Cataluña en razón de la línea recta descendente, y en su defecto, en la ascendente, pues, según los arts. 353 y 354 del Código de sucesiones, son legitimarios, con independencia de su filiación, los hijos por partes iguales, y a falta de ellos, o de los descendientes que los representen por estirpes en los casos de premoencia, el padre y la madre por mitad; a pesar de lo cual se han suscitado serias dudas en lo concerniente a la naturaleza jurídica del usufructo viudal, regulado en el art. 331 del mismo texto legal, a propósito de la sucesión intestada<sup>36</sup>.

Más reducido es el grupo de legitimarios en Aragón y Navarra, ya que tan sólo ostentan dicha condición los descendientes. Esto contrasta con las tres categorías de legitimarios sancionadas en el art. 807 del Código civil, las cuales encuentran parangón en el art. 41 de la Compilación del Derecho civil de Baleares y en el art. 1342 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco.

De todo lo cual se infiere que para determinar la condición de heredero forzoso hay que atender necesariamente al Derecho aplicable en cada caso.

Pero el núcleo fundamental de la discusión que anida en tan ardua materia gira en torno a si la fe pública registral, comprende o no, los bienes que el legítimo haya recibido en concepto de parte libre y no de herencia forzosa. El debate se planteó originariamente en relación con las enajenaciones realizadas por el cónyuge viudo, y se remonta a la añeja sentencia dictada el 11 de mayo de 1909, en la que, tras limitarse el alcance del precepto a la cuota viudal del cónyuge supérstite, el Tribunal Supremo declaró ineficaces, frente a una hija natural legítima que había sido preterida, las ventas que excedían de su legítima. Con base en ella, en la doctrina no faltan quienes consideran que la disciplina debe someterse a un tratamiento jurídico diferencial, según que el transigente haya sido un legítimo ordinario (hijos y descendientes o padres y

<sup>35</sup> Ni la tesis defendida en el texto, ni la acogida en la manida sentencia de 9 de julio de 1957, son las únicas concepciones existentes sobre la naturaleza jurídica de la cuarta marital. Una concisa referencia a la cuestión se encuentra en Puig Ferriol y Roca Trias, *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña*, tomo II, vol. 2.º, Barcelona, Bosch, 1980, págs. 400 y ss.

<sup>36</sup> Prueba de ello es que para Puig Ferriol y Roca Trias, *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña*, *op. cit.*, págs. 249 y 250, sólo existen dos opciones para determinar la naturaleza jurídica de este derecho: o se considera al cónyuge como legítimo o bien se le considera como legatario *ex lege*. Pero aunque reconocen que a la primera tesis cabe objetar que el mentado derecho surge en la sucesión intestada, siendo, por el contrario, la legítima un freno a la libertad de testar, finalmente, se decantan por dicha solución a pretexto de que la ley sólo atribuye títulos universales de sucesión y no particulares, configurándola, consiguientemente, como una legítima creada *ex novo*, que sólo opera en la sucesión intestada, con un contenido predeterminado.

A este respecto no debemos olvidar que la reforma de 1991 ha venido a mejorar la posición del cónyuge supérstite en concurrencia con descendientes, al proceder el derecho de usufructo o usufructo viudal aunque el cónyuge premuerto le haya otorgado alguna disposición por causa de muerte

ascendientes) o el cónyuge viudo, porque, mientras en el primer caso extienden la fe pública registral, incluso, a lo atribuido en concepto de libre disposición, en el segundo lo ciñen a lo asignado en calidad de herencia forzosa<sup>37</sup>. Pero la mentada opinión debe reputarse insostenible porque, o bien se rechaza que el cónyuge viudo tiene la cualidad de heredero forzoso, dada la singularidad de su legítima, o, por el contrario, se le reconoce dicha condición, como hace en la citada sentencia el Alto Tribunal, en cuyo supuesto lo coherente es otorgarle el mismo tratamiento que a los demás legitimarios, extendiendo, consiguientemente, la fe pública registral a todos los bienes por él adquiridos, con independencia de la naturaleza jurídica de la atribución<sup>38</sup>. Esta solución, que parece haberse impuesto por la vía de los hechos<sup>39</sup>, equivale implícitamente a afirmar que se trata de una salvedad establecida por la ley en favor de la persona y no en atención a la naturaleza de la adjudicación. Siendo esto así para el cónyuge supérstite, con mayor razón habrá de imponerse la misma solución en el caso de los restantes legitimarios<sup>40</sup>. La cuestión no podía ser de otra manera, ya que

<sup>37</sup> De esta opinión participa abiertamente García García, *Derecho inmobiliario registral*, op. cit., págs. 417 y 418.

<sup>38</sup> En parecidos términos Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 475.

<sup>39</sup> Prueba de ello es que la mayoría de los tratadistas dan una solución unitaria a la cuestión, por entender que la salvedad o contraexcepción rige para todos los legitimarios sin excepción alguna. Vid., entre otros, Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil, III bis*, 2.ª ed., 1984, Barcelona, José M.ª Bosch Editor, 1984, pág. 203; Roca Sastre y Roca Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 797 y 798; Camy Sánchez-Cañete, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. III, 3.ª ed., Pamplona, Editorial Aranzadi, 1982, pág. 195. Aunque Díez Picazo y Gullón Ballesteros: *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 4.ª ed., Madrid, Cívitas, 1988, pág. 327, resuelven de manera unitaria el problema, consideran que la fe pública registral actúa sólo con respecto a los bienes que el legitimario haya obtenido en pago de su legítima.

<sup>40</sup> Con una redacción bastante desafortunada y confusa el inciso final del art. 28 de la L.H. extiende la fe pública registral a los bienes recibidos por el heredero forzoso a título de herencia, testada o intestada, mejora o legado, cuando, sabido es, que la legítima sólo opera en el marco de la sucesión testada, en cuanto que constituye una limitación a la libertad de testar, por ello la mentada expresión sólo se aplica en sentido riguroso y técnico en el ámbito testamentario. Pero el legislador también la ha referido a la sucesión intestada, por ello la única forma de coherencia la aparente anátesis es entender que se trata de una disposición establecida a favor de la persona y no en atención a la naturaleza y origen de la adjudicación. En consecuencia, estarán cubiertos por el manto protector de la *fides pública*, los que traigan causa de un sucesor legal, siempre que los herederos abintestatos sean quienes, de estar ante una sucesión testamentaria, tendrían la condición de legitimarios, como acontece con los hijos o descendientes, los padres o ascendientes, y en ausencia de todos ellos, el cónyuge viudo, pues, además de estar llamados por este orden en la sucesión intestada, según se infiere de los dispuesto en los arts. 930 y ss. del C.c., son quienes con arreglo a la sucesión testada ostentan la condición de herederos forzosos, a tenor de lo dispuesto en el art. 807 del mismo texto legal. De donde puede colegirse que en la manida y polémica expresión heredero forzoso no sólo tendrán cabida los legitimarios propiamente dichos, sino también los citados herederos necesarios, como lo corrobora, por lo demás, el empleo de dicha locución legislativa en la redacción originaria del inciso segundo del primitivo art. 23, introducido por la reforma de 17 de julio de 1877, el cual constituye el antecedente legislativo de la disposición que nos ocupa.

Son razones de seguridad jurídica las que abonan esta solución, ya que cuando el enajenante es descendiente, ascendiente o cónyuge del *de cuius* disminuye el riesgo para los terceros de que su adquisición quede a merced de una eventual impugnación, a diferencia de lo que acontece cuando el transmitente es un pariente colateral del causante de la sucesión o un extraño.

el art. 28 de la Ley Hipotecaria ha de ser objeto de interpretación restrictiva, desde el momento en que en él se establece un contenido limitativo de los derechos de todo inscribiente, de donde deriva su carácter excepcional.

En vista de todo lo cual obligado es concluir que la limitación de efectos a la fe pública registral no rige para los terceros que traigan causa de un heredero forzoso, aunque en la parte que exceda de la legítima pudiera tratarse de un heredero aparente. En consecuencia, quedarán cubiertos por el manto protector de la *fides publica* cuando se produzca la concurrencia cumulativa de los requisitos establecidos en el art. 34 de la Ley Hipotecaria.

### 3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL ART. 28 DE LA L.H.

El art. 28 de la Ley Hipotecaria establece una medida de carácter suspensivo por cuanto aplaza los efectos de la fe pública registral, pero sólo en lo tocante a la relación existente entre el heredero real y los terceros que, habiendo adquirido de un heredero voluntario inscrito, reúnan los requisitos del art. 34, puesto que el precepto está teleológicamente orientado a salvaguardar única y exclusivamente al heredero real, y en su caso, a sus causahabientes sean a título oneroso o gratuito, impidiendo que durante el plazo de suspensión el tercer adquirente del heredero aparente pueda asumir una posición jurídica inatacable. Por ello, cuando la nulidad del título del transferente no provenga de la existencia de un heredero con un derecho preferente al inscrito, sino que haya surgido en alguno de los títulos anteriores de la cadena registral, por ejemplo, por ser nula la adquisición del causante, no se suspenderá la eficacia y protección de la fe pública registral, al no concurrir su presupuesto causal, lo que, en definitiva, equivale a indicar que el art. 28 no será aplicable cuando la *situación patológica* no afecte al título sucesorio del que deriva la adquisición del tercero<sup>41</sup>.

Tampoco lo será frente a las demás personas distintas del heredero real, con respecto a las cuales desplegarán plena eficacia las reglas registrales<sup>42</sup>. Por esta razón, cuando el heredero aparente haya realizado una doble venta registrará el principio de prioridad y, por consiguiente, resultará protegido el adquirente que primero inscriba, dado que la máxima *prior tempore potior iure* se concreta en el ámbito registral en la protección de quien primero acudió al Registro, pues, no en vano, la prioridad es una noción de orden cronológico. Otro tanto sucederá cuando la primera venta no registrada hubiera sido otorgada por el causante de la sucesión y la segunda haya sido realizada por el heredero aparente a favor del tercero hipotecario, aunque se otorgue dentro del plazo de los dos años, siempre y cuando el heredero real o sus terceros adquirentes no la impugnen dentro de dicho período<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> García García, *Derecho registral o hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, págs. 414 y 415.

<sup>42</sup> En esto coincide la generalidad de la doctrina. *Vid.* por todos, Lacruz Berdejo, *Lecciones de Derecho Inmobiliario*, *op. cit.*, pág. 282.

<sup>43</sup> Roca Sastre y Roca Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario*, tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1979, pág. 811.

Pero, incluso, frente al heredero real, las correspondientes inscripciones van a desplegar los efectos derivados tanto del principio de legitimación registral como del hecho formal de la registración. Se trata de los efectos previstos en los arts. 17, 20, 38-2 y 82, todos ellos de la Ley Hipotecaria. Buena muestra de ello nos la aporta el hecho de que si el Registrador no puede comprobar por sí mismo quien es el heredero real, sólo podrá cancelar dichas inscripciones cuando concurran los requisitos del art. 82. Como consecuencia de lo anterior, no podrá dar entrada a ningún título en el Registro en contra de lo dispuesto en los arts. 17 y 20 mientras dichas inscripciones sigan vigentes. En cuanto a la exigencia contenida en el párrafo segundo del art. 38 de extender la demanda de nulidad a la petición de cancelación de la inscripción, la misma constituye un requisito que simultáneamente ha de colmar el *verus heres*, impuesto con el objeto de evitar que en lo sucesivo siga existiendo una nueva discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral<sup>44</sup>.

Más discutido resulta en la doctrina que pueda actuar en perjuicio del heredero real durante el plazo suspensivo la presunción *iuris tantum* de exactitud registral, y, consiguientemente, que el titular tabular pueda prevalerse del procedimiento previsto en el art. 41 de la Ley Hipotecaria para ser reintegrado en la posesión sin necesidad de acudir a los procedimientos interdictales, y que, como es sabido, se aplica no sólo contra los poseedores de hecho, sino también contra quienes sin título inscrito se opongan a los derechos inscritos o perturben su ejercicio. Para dar una adecuada y justa respuesta a la cuestión planteada resulta obligado tener en cuenta que, aunque el fundamento de la manida disposición, contenida en el art. 28 de la Ley Hipotecaria, reside en la debilidad del título del otorgante y no en la situación del tercer adquirente, la razón de que resulte enervada la fe pública registral no puede considerarse un corolario, lógico y necesario de la inaplicación durante el plazo de suspensión de la legitimación registral, ni, por ende, de la presunción de exactitud e integridad del registro con respecto al titular tabular, pues, si así fuera, el legislador, lejos de decretar la carencia de efectos de las inscripciones de herencia voluntaria durante el período señalado en el mentado artículo en cuanto a terceros, lo habría limitado al titular registral. Por ello, quienes, tras adoptar una previa toma de posición en torno al significado de la expresión tercero, consideran que la exclusión de la adquisición a *non domino* es una consecuencia de la eliminación del juego de la legitimación registral<sup>45</sup>, no hacen sino confundir el fundamento del precepto con su propia teleología, cual es evitar que el tercero asuma una posición jurídica inatacable a fin de salvaguardar el derecho del heredero real. No en

<sup>44</sup> En cuanto a la actuación de estos preceptos frente al heredero real, incluso, durante el plazo de suspensión de la fe pública registral existe unanimidad en la doctrina. *Vid.*, entre otros, Vallet de Goytisolo, «Los arts. 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral», *Revisita Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, pág. 477; Roca Sastre y Roca Sastre Muncinul, *Derecho hipotecario*, *op. cit.*, pág. 811, a quien parece seguir García García, *Derecho registral o hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 415.

<sup>45</sup> Como acontece con Vallet de Goytisolo, «Los arts. 28 y 207...», *op. cit.*, págs. 476 y 477.

vano estamos ante una limitación de origen legal y que, como tal, ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Además, la legitimación registral, que actúa en beneficio de todo titular tabular, tan sólo deja de operar cuando explícitamente consta en el Registro una *contradicción* que pueda, temporal o definitivamente, enervar el vigor del asiento del derecho real inscrito, sin que merezca este carácter contradictorio la perturbadora disposición que nos ocupa<sup>46</sup>. Prueba de ello es que la suspensión rige aunque el titular hereditario no sea un heredero aparente, y, por consiguiente, aunque no exista discordancia alguna entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral.

#### 4. EL TERCERO DEL ART. 28 DE LA LEY HIPOTECARIA

La interpretación de la expresión tercero contenida en el art. 28 ha dado lugar a enconadas disputas doctrinales, sin que la cuestión esté exenta de consecuencias jurídicas, ya que en función de la solución que se adopte habrá que entender que el heredero real perderá o no su derecho a la herencia al finalizar el plazo de suspensión, por lo que la cuestión requiere la adopción de una previa toma de posición, pero no sin antes abundar en las distintas opiniones vertidas.

1.<sup>a</sup> En primer lugar destaca la postura, hoy ya superada, que identifica la citada locución legislativa con el heredero real, no sólo frente al tercer adquirente del heredero aparente, sino también con respecto a este último<sup>47</sup>. En este sentido resolvió la añeja resolución de 13 de junio de 1874, al declarar que *el párrafo segundo del art. 23 (hoy art. 28) ordena expresamente esta inscripción, a fin de que pueda perjudicar a tercero dentro de los cinco años siguientes a su fecha, es decir, para que transcurrido dicho plazo pueda el heredero inscrito impedir la inscripción de otro título hereditario en favor de persona distinta, y para que los que hubieren adquirido las fincas obtengan de esta manera la debida seguridad en el dominio y posesión de ellas*<sup>48</sup>.

La primera objeción que cabe formular reside en que las relaciones existentes entre el heredero real y el aparente no son de terceros, sino de partes, en cuanto que sus títulos emanan de la misma persona y ambos tienen la consideración de *alter ego* del causante<sup>49</sup>. Además, la consecuencia derivada del erróneo planteamiento defendido por los partidarios de esta concepción consiste en que

<sup>46</sup> En el mismo sentido se han pronunciado Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario, op. cit.*, págs. 354 y 811, al negar que entrañe contradicción con el Registro la circunstancia de que la legitimación registral se funde en la inscripción de herencia voluntaria, incluso durante los dos años referidos en el art. 28 de la Ley Hipotecaria.

<sup>47</sup> Defensores de esta concepción son Morell y Terry, *Comentarios a la legislación hipotecaria, op. cit.*, pág. 616, y Villares Pico, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de terceros», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, págs. 310 y 311.

<sup>48</sup> Resolución de 13 de junio de 1874 (Roca Sastre-Molina Pujol, *Jurisprudencia registral*, tomo I, años 1862-1882, Barcelona, 1953, pág. 486).

<sup>49</sup> Roca Sastre, *Instituciones de Derecho hipotecario, op. cit.*, pág. 187.

por el simple transcurso del plazo suspensivo se produce la firmeza de las dos inscripciones, es decir, tanto de la practicada a favor del heredero aparente, como de la extendida a favor de su causahabiente, aún cuando exista una discordancia entre lo publicado en el Registro y la realidad jurídica extrarregistral. Pero, sabido es, que, la presunción de exactitud registral sólo reviste carácter *iuris et de iure* cuando entra en escena el llamado tercero hipotecario, como lo corrobora una reiterada y uniforme jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo ha declarado que *el contenido registral por el que entra en juego la protección que el art. 34 de la Ley Hipotecaria dispensa, no deriva del asiento por el que el adquirente constata su derecho, sino de los asientos que le anteceden, siendo éstos los que propugnan con presunción «iuris et de iure» que el Registro para dicho subadquirente es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad jurídica extrarregistral, realidad jurídica que en los supuestos en que el título por el que se ha obtenido la inscripción sea nulo se sobrepone a la verdad formal que el asiento representará*<sup>50</sup>. A este resultado conduce el art. 33 de la Ley Hipotecaria, según el cual *la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes*, y el título hereditario en que se base el heredero aparente será nulo o inexistente, al que equivale el revocado, de donde deriva la falta de firmeza de la inscripción practicada a su favor. Prueba de ello es que frente al titular tabular dicha presunción de exactitud podrá ser destruida mediante prueba en contrario, mientras no prescriba la acción de petición de herencia, a la que la jurisprudencia ha asignado un plazo de treinta años.

Cuestión distinta sucede con el tercer adquirente del heredero aparente, puesto que el tercero hipotecario tan sólo se verá afectado por la declaración de nulidad del derecho del transferente si ésta se produce dentro de los dos años siguientes a la fecha de la muerte del causante.

2.<sup>a</sup> La segunda corriente doctrinal ha referido el término tercero al heredero real y, en su caso, a los terceros adquirentes y sucesores del mismo. Esta interpretación, más conforme con la redacción originaria del precepto que con la actual, ha sido tradicionalmente admitida en la doctrina<sup>51</sup>. También ha gozado del beneplácito de una añeja jurisprudencia registral, y que por ello ha de ser entendida en sus justos términos, ya que fue dictada al amparo de la redacción originaria del precepto<sup>52</sup>. Sin embargo, la misma no puede admi-

<sup>50</sup> Sentencias de 24 de octubre de 1994 (R.A. 7680), 19 de abril de 1994 (R.A. 3193), 23 de mayo de 1989 (R.A. 3878) y 7 de diciembre de 1987 (R.A. 9280).

<sup>51</sup> Partidarios de esta concepción son, entre otros, Vallet de Goytisolo, «Los arts. 28 y 207 de la Ley Hipotecaria...», *op. cit.*, págs. 476, 478 y 480, y «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica fe pública registral», *Revista de Derecho Privado*, 1947, pág. 942, nota 33; Lacruz Berdejo, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, *op. cit.*, pág. 282; Jordano Barea, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *Anuario de Derecho Civil*, 1950, pág. 692, y Ladaria Caldentey, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, Bosch, 1952, págs. 238 y 239.

<sup>52</sup> Así lo confirman las añejas resoluciones de 7 de enero de 1875 (Roca Sastre-Molina Pujol, *Jurisprudencia registral*, *op. últ. cit.*, pág. 517), 17 de noviembre de 1888 (Roca Sastre-Molina Pujol, *Jurisprudencia registral*, tomo II, años 1883-1895, Barcelona, 1953, pág. 492), y 26 de marzo de 1889, *Jurisprudencia registral*, *op. últ. cit.*, págs. 537 y 538).

tirse en la actualidad, por más que el art. 28 sea una paladina garantía para el heredero real y sus derechohabientes, desde el momento en que ya no se habla de no perjudicar a tercero, sino de no surtir efecto en cuanto a tercero.

- 3.<sup>a</sup> En consecuencia, debemos admitir, con la mejor doctrina<sup>53</sup>, que el tercero del art. 28 es el adquirente del heredero aparente cuando su adquisición se haya producido en los términos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Esta interpretación es la única admisible en el estado actual de la legislación, habida cuenta de que constituye una excepción a la fe pública registral. Y, si el beneficiario de la *fides pública* es el tercero hipotecario, la suspensión de efectos ha de tenerle por necesario destinatario. A este resultado conduce, por lo demás, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944, en la que se declaró que *a los efectos de la fides pública, no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa.*

Llegados a este punto podemos concluir que durante los dos años en que se enerva la eficacia de la fe pública registral y ante la eventualidad de que el titular hereditario inscrito sea un heredero aparente, el conflicto suscitado entre el heredero real y el tercer adquirente del heredero aparente está sustraído a la mecánica registral para modelarse por el Derecho civil puro, mientras que las relaciones existentes entre el heredero real y el aparente se regulan en todo momento por este orden normativo, ya que la inscripción del heredero aparente no está protegida por el Registro, dada la nulidad o revocación de su título hereditario. Por ello, desde la perspectiva del heredero aparente, sea voluntario o forzoso, carece de transcendencia jurídica la fecha en que tenga lugar la práctica del asiento, pues, los que inscriben en virtud de un testamento nulo o revocado, o de una declaración de herederos que se deja sin efecto, inscriben actos nulos con arreglo a las leyes, y su inscripción no los convalida<sup>54</sup>.

## II. REQUISITOS HABILITANTES DEL TERCERO HIPOTECARIO

Para que se desplace la aplicación de los axiomas impreteribles, de razón eterna, formulados en los viejos brocados, de tradición milenaria, *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet* y *resoluto iure dantis resolvitur ius concessum*, se requiere que el acto adquisitivo del tercero sea estructuralmente válido, ya que a través de la fe pública registral no se convalida ni purifica a los títulos de los vicios de que adolezcan<sup>55</sup>, sino que tan sólo se subsana el defecto de titularidad

<sup>53</sup> Barrachina Pastor, *Derecho hipotecario y notarial. Comentarios a la Ley Hipotecaria*, tomo I, Castellón, 1910, págs. 167 y 168; Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario*, *op. cit.*, págs. 475 y 476; de los Mozos, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1965, pág. 279, y Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, *op. cit.*, págs. 840 a 843.

<sup>54</sup> Galindo-Escosura, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, *op. cit.*, pág. 416.

<sup>55</sup> Con suma nitidez lo han puesto de manifiesto las sentencias de 24 de octubre de 1994 (R.A. 7680), 7 de diciembre de 1987 (R.A. 9280) y 23 de mayo de 1989 (R.A. 3878).

del transferente, eliminando, consiguientemente, el peligro que amenaza a los terceros de ver burlada su adquisición cuando sea declarado nulo o se resuelva el derecho del transmitente. Así han venido a expresarlo las sentencias de 25 de julio de 1996 y 8 de marzo de 1993 al declarar que, *para que el art. 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el art. 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte, que es, en el acto inválido. El art. 34 sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio*<sup>56</sup>. Pero ello no implica que el art. 34 constituya una excepción a la regla general proclamada en el art. 33, puesto que cada uno tiene su respectivo ámbito de aplicación, ya que mientras el primero salva el defecto de titularidad del transferente en favor del tercero que inscribe concurriendo los restantes requisitos en él exigidos, el segundo se ocupa del problema de la validez del acto o contrato, y, por ende, de la causa de la transmisión, que, como es sabido, se rige por el Derecho civil puro, al limitarse a las relaciones *inter partes*; por lo que la inscripción va a seguir inexorablemente la misma suerte que el título, al quedar supeditada a él. De donde se desprende que el problema de la titularidad del transferente constituye un elemento ajeno a la validez estructural del negocio dispositivo<sup>57</sup>.

Por ello, cuando la nulidad afecte al título del tercero, el art. 33 de la Ley Hipotecaria va a impedir que la fe pública registral despliegue su eficacia, hasta el punto de que no sólo no estará protegido, sino que, además, carecerá, en rigor, de la condición de tercero hipotecario. En cambio, cuando la nulidad afecte exclusivamente al título del transmitente registral, la indemnidad de la tutela *ex art. 34* deviene inconcusa<sup>58</sup>.

Junto a lo anterior se requiere que el transmitente tenga inscrito su derecho en el momento de la celebración del negocio dispositivo, pues sólo de esta for-

<sup>56</sup> Sentencias de 25 de julio de 1996 (R.A. 5572) y 8 de marzo de 1993 (R.A. 2052).

<sup>57</sup> Buena muestra de ello es que, aunque para la transmisión de la propiedad y de los demás derechos reales el legislador español ha sancionado la teoría del título y el modo, el requisito de la propiedad en el transferente viene impuesto por la tradición y no la venta; razón por la cual la ajena pertenencia de la cosa en nada desmerece el valor estructural, jurídico y obligacional del contrato, aunque le haga inoperante en la finalidad perseguida con su otorgamiento, dada la vigencia en nuestro Derecho del axioma impreterible, de razón eterna, *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, del que, a su vez, se colige que la existencia de titularidad en el transferente constituye un presupuesto para la eficacia del acto traslativo de la propiedad, pero no para la validez y eficacia de la venta en el aspecto estrictamente obligacional. En parecidos términos se ha pronunciado, Gordillo Cañas, «Comentario a la S.T.S. 8 de marzo de 1993», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 31, 1993, pág. 273, sirviéndose del paralelismo que se produce entre la virtualidad protectora de la fe pública registral y la propia de la usucapión ordinaria, dado que en ambos casos, junto a la concurrencia de una serie de requisitos, entre los que ocupa un lugar destacado la buena fe, se precisa la existencia de un título justo y válido.

<sup>58</sup> Sentencia de 22 de abril de 1994 (R.A. 3083). En el mismo sentido se ha pronunciado la ya citada sentencia de 19 de octubre de 1998 (R.A. 8072) al declarar que *para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el art. 34 de la Ley Hipotecaria, el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio*.

ma puede asegurarse que el tercero adquiere confiando en lo que el Registro publica, prevaliéndose, por ende, de su fuerza legitimadora<sup>59</sup>. Así lo corrobora el hecho de tratarse de un presupuesto que necesariamente debe concurrir para que el tercero resulte cubierto por el manto protector de la *fides pública* y no para que pueda practicarse la inscripción del título del tercero, el cual viene impuesto como exigencia independiente por el art. 20 de la Ley Hipotecaria<sup>60</sup>, aún cuando en la doctrina no faltan quienes estiman, guiados por una errónea interpretación de la mentada exigencia, hasta el punto de llegar a identificarla con el requisito de la previa inscripción que impone el principio de tracto sucesivo, que basta con que el disponente sea titular registral en el momento de la inscripción del acto adquisitivo del tercero<sup>61</sup>.

Más importancia reviste el problema relativo a si puede el adquirente defender la inatacabilidad de su derecho cuando en el asiento de su transmitente figure la finca libre de cargas, o, dicho en otros términos ¿deben tenerse en cuenta todos los asientos vigentes del folio registral que puedan contener una modificación jurídico real de las facultades dispositivas o del contenido del derecho mismo? Aunque en este orden ideas no existe una línea jurisprudencial uniforme<sup>62</sup>, la buena doctrina está representada por la reciente sentencia de 28 de febrero de 1999 en la que implícitamente se ha exigido la consulta de todos los asientos registrales, por entender que el art. 34 de la Ley Hipotecaria es expresivo, según su tenor, de que la protección dispensada al tercero requiere que las causas de anulación o resolución no consten en el Registro, y no en el asiento respectivo; lo cual se justifica porque *el registro de una finca es un concepto amplio que abarca todos los asientos contenidos en su folio real, todo su historial jurídico (empezando por la inscripción primera o asiento inmatriculador) y que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz de la que proviene*. Con base en estas consideraciones negó la condición de tercero hipotecario al subadquirente de una finca registral, en cuya inscripción originaria constaba la adquisición *mortis causa* de la fiduciaria con cláusula de sustitución fideicomisaria condicional a favor de los hermanos y sobrinos de la fiduciaria, mencionados nominalmente en el folio respectivo para el supuesto de que aquélla falleciera sin descendencia, aún cuando en las posteriores inscripciones de las enajenaciones practicadas a favor de terceros, al referirse al estado de gravámenes de la finca, se hacía constar que la misma estaba libre de cargas<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Han acogido este criterio, entre otras, las sentencias 23 de enero de 1974 (R.A. 257), 12 de diciembre de 1970 (R.A. 5104), 24 de abril de 1962 (R.A. 2093) y 26 de febrero de 1949 (R.A. 258).

<sup>60</sup> En parecidos términos se manifiesta García García, *Derecho Inmobiliario registral o hipotecario*, tomo II, *op. cit.*, pág. 269.

<sup>61</sup> En este sentido se han pronunciado, entre otros, Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, Editorial Reus, 1947, pág. 382, y Molina Ravello, «Comprensión de la fe pública registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, pág. 775.

<sup>62</sup> Muestra de ello nos lo aporta la añeja sentencia de 31 de mayo de 1955, al declarar que a un adquirente sólo le es exigible el examen del asiento de la última inscripción.

<sup>63</sup> Sentencia de 28 de febrero de 1999 (R.A. 1895).

Pero la protección registral tan sólo se dispensa al tercer adquirente de buena fe<sup>64</sup>. Este presupuesto asumió rango normativo con la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, de la que pasó a la vigente, aunque con anterioridad a su establecimiento legislativo la jurisprudencia vino requiriendo su existencia.

Por buena fe se entiende, según la sentencia de 27 de septiembre de 1996 *no un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento según se evidencia con las dicciones de los arts. 433 y 1.950 de nuestro Código sustantivo que nada tiene que ver con las maquinaciones y el engaño, sino pura y simplemente con el creer o ignorar si la situación registral era o no exacta, respecto de la titularidad dominical que proclama*<sup>65</sup>. En vista de ello, la sentencia de 19 de octubre de 1998, ha considerado que *la buena fe exigida por el art. 34 de la Ley Hipotecaria para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconocimiento por dicho tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, en la parte no reflejada exacta o íntegramente en el Registro o, lo que es lo mismo, en la ignorancia o desconocimiento por el tercer adquirente de la inexactitud registral*<sup>66</sup>. La misma idea anida en cuantas sentencias consideran que la buena fe consiste *en su aspecto positivo, en la creencia de que la persona de quien se recibió la finca de que se trata era dueña de ella y podía transmitirle el dominio, como indica el art. 1.950 del Código civil, y en su sentido negativo, en la ignorancia o desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transferente*<sup>67</sup>.

En estas declaraciones lo que se está evocando, en definitiva, es el desconocimiento de la realidad jurídica extrarregistral por el tercer adquirente, por lo que la buena fe no puede identificarse en modo alguno con la confianza en el Registro, a la que alude el requisito anteriormente expuesto, ni, por consiguiente, se tendrá por acreditada por la mera inscripción del transferente, por más que la misma se presuma, puesto que se trata de dos exigencias plenamente diferenciadas, aunque deban concurrir cumulativamente<sup>68</sup>.

Ahora bien, como la buena fe hipotecaria es extraña a la idea de culpa, lo es, también, a la de excusabilidad del error, razón por la cual no se precisa diligencia especial alguna en el tercer adquirente<sup>69</sup>. Así parece haberlo entendido

<sup>64</sup> Recientemente lo ha puesto de manifiesto la sentencia de 19 de octubre de 1998 (R.A. 8072), al declarar que *la fe pública registral sólo despliega su eficacia en favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrata confiado en lo que publica el Registro.*

<sup>65</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 1996 (R.A. 6645)

<sup>66</sup> Sentencia de 19 de octubre de 1998 (R.A. 8072)

<sup>67</sup> Sentencias de 28 de noviembre de 1996 (R.A. 8590), 5 de enero de 1977 (R.A. 6) y 2 de julio de 1965 (R.A. 3692).

<sup>68</sup> En este sentido ha resuelto la sentencia de 8 de mayo de 1982 (R.A. 2559), al declarar que *por buena fe no se entiende 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 puede invalidar el derecho del transferente, pues si bien la buena fe se presume no quiere decir ello que se tenga por acreditada por la mera inscripción.*

<sup>69</sup> En este punto existen importantes discrepancias doctrinales. Para Cossio, *Instituciones de Derecho hipotecario*, revisado y puesto al día por Manuel de Cossio y Martínez, Madrid, Cívitas, 1986, pág. 239, *en nada afecta a la buena fe del adquirente el que su ignorancia sea causada por negligencia, sea ésta*

la sentencia de 10 de diciembre de 1999, por cuanto estimó que la buena fe no se destruye por el mero hecho de que el adquirente conozca que el bien está siendo poseído por otro sujeto, ya que la ocupación de una vivienda puede hacerse por títulos distintos del contrato de compraventa (precario, arrendamiento, etc.). Tampoco resulta contradicha la buena fe aunque el adquirente conozca que el poseedor asiste a las juntas de propietarios, si no se acredita el conocimiento de la condición que ostenta cada asistente<sup>70</sup>. La cuestión no podía ser de otra manera, pues, dada la presunción de buena fe, *la ausencia de dicho requisito debe ser demostrada de un modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas*<sup>71</sup>.

Esta exigencia debe concurrir en el momento en que debe entenderse verificada la adquisición<sup>72</sup>, que no es otro que el del otorgamiento de la escritura pública, puesto que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.462 del Código civil, ésta cumple el valor de tradición si de ella no resultare o se dedujere lo contrario, rigiendo a partir de este momento el principio *mala fides superveniens non nocet*<sup>73</sup>. Así lo ha puesto de manifiesto la sentencia de 2 de julio de 1965 al declarar que, *para que el repetido art. 34 surta la totalidad de sus efectos y el adquirente a título oneroso quede inmunizado de los resultados destructores de la regla resolutio iure dantis, resolvitur ius concessum, convalidando incluso su adquisición a non domino, es imprescindible que el requisito de la buena fe antes aludido, y las diversas circunstancias que lo rodean, subsistan precisamente en el momento en que se consume el acto traslativo del dominio del inmueble litigioso y no en otro posterior, aun cuando coincidiera con el de su inscripción en el Registro de la Propiedad, como lo demuestra el principio general del Derecho mala fides superveniens non nocet, y la redacción del mencionado art. 34 que al definir al tercero hipotecario, se refiere de forma explícita y expresa al que de buena adquiere determinados derechos, enlazando el requisito subjetivo y psicológico en que la misma descansa, con el objetivo del negocio jurídico determinante de la transmisión*<sup>74</sup>.

*excusable o inexcusable*. De la misma opinión es Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario, op. cit.*, págs. 459 y 460, según el cual *en nuestro sistema no cabe exigir una especial diligencia. Precisamente la circunstancia de que la exija especialmente el art. 36, demuestra que la regla general es la contraria*. Una postura híbrida es la defendida por Roca Sastre y Roca Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario, op. cit.*, págs. 669 y 670, para quienes el desconocimiento o ignorancia de la inexactitud registral o de los vicios posibles de la titularidad registrada del transferente, operará aunque tal desconocimiento sea producto de la negligencia del adquirente, a menos que éste persista en ella en un estado de duda, único caso en que la duda alcanza valor en esta materia. En cambio, para Peña Bernaldo de Quiros, *Derechos reales, op. cit.*, pág. 602, y para Vallet de Goytisolo, «La buena fe...», *op. cit.*, págs. 948 y 949, la buena fe está cualificada por el criterio establecido en el art. 36 de la Ley Hipotecaria, razón por la cual entiende que *carece de buena fe quien ignora la inexactitud registral por falta de la diligencia exigible*.

<sup>70</sup> Sentencia de 10 de diciembre de 1999 (R.A. 9484).

<sup>71</sup> Sentencia 5 de febrero de 1962 (R.A. 650).

<sup>72</sup> Sentencia de 10 de diciembre de 1999 (R.A. 9484).

<sup>73</sup> Aunque ésta es la opinión dominante en la doctrina, no lo han entendido así ni Gómez Gómez, «Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pág. 571, para quien la buena fe, necesaria en el momento de la celebración del contrato, debe subsistir hasta la inscripción, ni Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario, op. cit.*, pág. 467, según el cual hay que referirla a la hora exacta en que el tercer adquirente presenta su título en el Registro.

<sup>74</sup> Sentencia de 2 de julio de 1965 (R.A. 3692).

Para que el tercero pueda prevalecer de este juego protector es necesario, adicionalmente, que haya adquirido a título oneroso. Este requisito fue incorporado con la reforma de la Ley Hipotecaria de 17 de julio de 1877. Pero ello no implica que los terceros adquirentes a título gratuito estén exentos de tutela, sino que tan sólo gozarán de la protección que tuviere su causante o transferente, razón por la cual, resuelto el derecho de éstos, el de donatarios y sucesores *mortis causa* seguirá la misma suerte. La diferencia de trato reside, en la línea anunciada en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944, en que con respecto a ellos no concurren las razones de protección del tráfico jurídico, de ahí que en el conflicto suscitado entre quien trata de evitar un daño y el que pretende obtener un lucro, sea preferido el primero.

Finalmente, se requiere que el tercer adquirente inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad, cuya exigencia, lejos de entrañar una derogación de la teoría del título y el modo, viene a confirmarla.

La concurrencia cumulativa de todos y cada uno de los requisitos vistos propicia un efecto convalidante del defecto de titularidad del transferente.

### III. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DEL TRANCURSO DEL PLAZO SUSPENSIVO

El efecto que se produce como consecuencia del transcurso del lapso carencial previsto en el art. 28 de la Ley Hipotecaria, sin que el *verus heres* haya impugnado el derecho real inscrito, es el cese automático de la suspensión en él decretada, quedando plenamente protegidos los terceros, con el consiguiente mantenimiento de su adquisición, que se producirá en los términos anunciados por el Registro, por cuanto éste se reputa para él exacto e íntegro al cobrar, con eficacia retroactiva, plena vigencia la fe pública registral<sup>75</sup>. Pero si bien es cierto que, dada su posición jurídica inatacable podrá, en lo sucesivo, enervar la acción ejercitada por el *verus heres*, no lo es menos que este efecto no se desencadena porque estemos en presencia de un supuesto de irreivindicabilidad o de negación de acciones<sup>76</sup>, sino ante todo y sobre todo, porque a través del juego protector de la fe pública registral tiene lugar una genuina adquisición *a non domino*, cuya denominación obedece al hecho de haber sido otorgada por quien

<sup>75</sup> A esta eficacia retroactiva se ha referido Camy Sánchez-Cañete, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, *op. cit.*, pág. 198, al señalar que el transcurso del plazo atribuye con eficacia retroactiva la plenitud de los derechos concedidos por la legislación hipotecaria, y, por tanto, como si nunca hubiese existido el plazo interruptor de la eficacia registral.

<sup>76</sup> Para Núñez Lagos, «Perfiles de la fe pública», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, vol. II, págs. 28 y ss., el art. 34 contempla un supuesto de irreivindicabilidad, que sitúa al tercero en una posición privilegiada al no poder ejercitar frente a él el *verus dominus* las acciones pertinentes, lo que provoca, por vía de consecuencia, la adquisición *a non domino*. De la misma opinión, participa Jordano Barea, «La teoría del heredero aparente...», *op. cit.*, pág. 693, por cuanto estima que *la adquisición originaria del tercero se explica por la pérdida del derecho del antiguo dueño (heredero real) ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe (negatio actionis –extinción del dominio– adquisición originaria)*.

carece de poder disposición<sup>77</sup>. Así la ha configurado explícitamente la sentencia de 19 de octubre de 1998, al declarar que *la adquisición «a non domino» es la manifestación característica de la protección de la fe pública registral en favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el vendedor o transmitente (que era el titular según el Registro) no fuera el dueño del piso, a virtud de la declaración de nulidad (que no constaba en el Registro, como es obvio) de la subasta por la que había adquirido el referido piso, cuya declaración de nulidad la desconocían en absoluto los esposos adquirentes*<sup>78</sup>.

Ello no implica, sin embargo, que el heredero aparente esté investido de facultades dispositivas de carácter sustantivo, como han defendido para cualquier titular inscrito Sanz Fernández<sup>79</sup> y Núñez Lagos<sup>80</sup>. Prueba de ello es que la facultad dispositiva es privativa del *verus dominus*, en nuestro caso, *verus heres*, aunque merced a la legitimación registral se sitúe al titular tabular en la posibilidad de conducirse, a todos los efectos legales, como si fuera el verdadero titular del derecho registrado, dada la presunción *iuris tantum* establecida en el art. 38 de la Ley Hipotecaria<sup>81</sup>. Pero estar legitimado registralmente para disponer no equivale de ningún modo a estar facultado para hacerlo<sup>82</sup>. Así lo corrobora el hecho de carecer de protección los causahabientes de mala fe o a título gratuito<sup>83</sup>, pues ¿qué pretendido poder de disposición es ese cuya eficacia se supedita a la concurrencia de una serie de circunstancias en la persona frente a la cual el poder está destinado a ser ejercitado? *Lo que ocurre, según Roca Sastre, es que para el mejor desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y, por tanto, facilitar más el tráfico jurídico inmobiliario, la legitimación registral proporciona una prueba cómoda de la propiedad y la titularidad, con sus derivaciones, pues constituiría una grave complicación que el vendedor tuviera que demostrar y el comprador averiguar a fondo la titularidad real del derecho objeto de la adquisición. Para evitar esta grave complicación la ley se vale del*

<sup>77</sup> Para la doctrina dominante la fe pública registral constituye la manifestación de la plena protección registral dispensada al tercero, cuyo efecto directo es, precisamente, la adquisición *a non domino*. Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, reimpresión de la segunda ed., Madrid, Tecnos, 1986, págs. 385 y 386; Martín-Ballesteros Hernández, «La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones *a non domino*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 603, 1991, págs. 580 y ss., esp. 647 y 648; Cristóbal Montes, «La adquisición registral *a non domino*», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 221, 1966, págs. 587 y ss.; Roca-Sastre Muncunil, «Las adquisiciones *a non domino*», *Anales de la Academia Madrileña del Notariado*, tomo XIX, 1976, págs. 261 y ss., y Carcaba Fernández, «Configuración doctrinal de las adquisiciones *a non domino*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1985, págs. 343 y ss.

<sup>78</sup> Sentencia de 19 de octubre de 1998 (R.A. 8072).

<sup>79</sup> Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario*, *op. cit.*, págs. 315, 368, 369 y 382.

<sup>80</sup> Núñez Lagos, «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1962, pág. 109, y «Fe pública especial», *Revista de Derecho Notarial*, 1958, pág. 46.

<sup>81</sup> Así lo han puesto literalmente de manifiesto, entre otros, Cristóbal Montes, «La adquisición registral *a non domino*», *op. cit.*, págs. 608 y 609, Roca Sastre y Roca Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario*, *op. cit.*, pág. 393, y Martín-Ballesteros Hernández, «La legitimación registral...», *op. cit.*, pág. 647.

<sup>82</sup> La expresión es de Ladaria Caldentey, *Legitimación y apariencia jurídica*, *op. cit.*, pág. 152.

<sup>83</sup> En parecidos términos, Vallet de Goytisoló, «La buena fe...», *op. cit.*, pág. 943.

*dispositivo del Registro de la propiedad inmueble, mediante presumir que el derecho inscrito existe y que pertenece a su titular registral con todas sus consecuencias derivadas de ello, de suerte que quien confiado en el contenido del Registro adquiere conforme establece el art. 34 de la ley, verá mantenida su adquisición. Esto podrá dar lugar a la ilusión de que tiene un poder dispositivo; más no es así, ya que sólo tiene una posición registral que podrá servir para que el tercero adquiera en firme cuando el titular según el Registro no sea su titular real y aquél reúna las condiciones legales para aprovecharse de la fe pública registral*<sup>84</sup>.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADQUISICIÓN

Íntimamente ligado con el problema anterior se encuentra el relativo a la determinación de la naturaleza jurídica de la adquisición *a non domino* operada, por designio del legislador, en favor del tercero hipotecario. Desde esta perspectiva se puede, en principio, configurar como una adquisición *ex lege* que se fundamenta en la aplicación combinada del principio de exactitud registral con la buena fe del adquirente, como ha puesto de manifiesto la sentencia de 5 de febrero de 1962<sup>85</sup>. Pero con ello no se agotan los interrogantes que su estudio suscita, ya que una cosa es el fundamento de la adquisición, y otra, muy distinta, aunque estrechamente vinculada a la anterior, la calificación jurídica de la figura, en cuyo ámbito existen opiniones muy dispares, a pesar de lo cual se pueden clasificar en los cuatro grupos siguientes, según que se defienda el carácter originario, derivativo, mixto o *sui generis*.

Los partidarios de la primera concepción, tras hacer un llamamiento a la reconstrucción unitaria del instituto por el camino de las adquisiciones *ex causa nova*, consideran que en la adquisición *a non domino* se produce un fenómeno similar al que acontece en la usucapión, por lo que lejos de estimar que existe transmisión, entienden que hay tan sólo adquisición, pues, el derecho del adquirente no puede derivar ni del titular inscrito, puesto que carecía de él, ni del verdadero dueño al no haber intervenido en la enajenación<sup>86</sup>. Sin embargo, cada

<sup>84</sup> Roca Sastre y Roca Sastre Muncunil, *Derecho hipotecario*, *op. cit.*, pág. 393.

<sup>85</sup> Sentencia de 5 de febrero de 1962 (R.A. 650).

<sup>86</sup> Defensores del carácter originario de esta adquisición son, entre otros, Jordano Barea, «La teoría del heredero aparente...», *op. cit.*, pág. 693, quien, con referencia expresa a la adquisición realizada por el tercero que trae causa del heredero aparente, considera que *no hay transmisión, sino adquisición a non domino, puesto que el heredero aparente no tiene poder dispositivo alguno de carácter sustantivo*; Gómez Acebo, «La buena y la mala fe en el Código civil», *Revista de Derecho Privado*, 1952, págs. 224 y 225, según el cual el carácter originario de la adquisición se produce porque el derecho adquirido por el tercero surge *ex novo*, al no poder derivar del titular legítimo; Peña Bernaldo de Quiros, *Derechos reales*, *op. cit.*, pág. 605, para el cual se trata de una adquisición originaria *ex lege*, puesto que la ley hace operar la adquisición, no porque el transferente sea dueño, sino a pesar de su falta de titularidad; del Hoyo: «Otra vez el concepto de tercero», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1949, pág. 569, entiende que la adquisición operada ex art. 34 de la L.H. es *originaria y ex novo cuando el titular registral que transmite no sea el verdadero propietario del derecho*. A esta tesis parecen adaptarse quienes, como Vallet de Goytisolo, «La buena fe...», *op. cit.*, págs. 943 y 944, y Gordillo Cañas,

vez cuenta con mayores seguidores la tesis que, bajo el influjo de la doctrina italiana<sup>87</sup>, propugna su carácter derivativo, por entender que es el negocio jurídico transmisor el que, en definitiva, viene a configurarla. Desde esta perspectiva se considera que el derecho adquirido deriva del verdadero titular, a través del mecanismo instrumental del titular registral o aparente, como se infiere del hecho de que el tercero adquiere el derecho en la extensión y con los límites con que aparezca publicado en el Registro de la Propiedad<sup>88</sup>. Menor difusión ha tenido la teoría que la asigna carácter mixto, la cual se construye conjugando la causa que la provoca y el efecto conseguido. En este sentido se afirma que existe una adquisición derivativa de la apariencia jurídica, que se opera en virtud de un título inscrito; y una adquisición originaria del derecho mismo, que tiene lugar en virtud de la ley, como consecuencia directa de la inscripción; por ello no se adquiere el dominio de una manera libre y absoluta<sup>89</sup>.

Por último, opinión aislada en la doctrina es la mantenida por Carcaba Fernández, para quien al estar disociados el orden civil y el registral no se puede

---

«Comentario a la sentencia de 8 de marzo de 1993», pág. 273, sin llegar a pronunciarse explícitamente en favor del carácter originario de la adquisición, consideran que el fenómeno que con ella se produce es semejante al que tiene lugar en la usucapión.

<sup>87</sup> La cuestión se ha abordado, no desde una perspectiva general, sino tomando en consideración la adquisición efectuada por el tercer adquirente del heredero aparente. Cuenta entre sus defensores con el criterio favorable de Cariota Ferrara, *Il negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Cedam, Padova, 1936-XIV, págs. 86 y 110, quien, partiendo de la existencia de un poder de disposición en el heredero aparente, opta por la naturaleza derivativa de la adquisición, asimilando sus efectos a los que se producen en los casos en que la enajenación tiene por objeto una cosa propia. Menos radical es en sus planteamientos Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, op. cit., pág. 24, puesto que considera que esta adquisición derivativa, producida por una *figura anormal de disposición*, se justifica por la apariencia de titularidad del transferente, como consecuencia del ejercicio de hecho del poder de disponer. A la misma tesis se adhiere Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1962, págs. 176 y 177, a pesar de que es contrario a la teoría del poder dispositivo del heredero aparente, pues, entiende que su apariencia de derecho se toma en consideración únicamente como fundamento de la buena fe del tercero, por cuya razón ésta es tutelada en los límites de la apariencia, que operan a través del concepto de adquisición derivativa, cuyos efectos, dispuestos por la ley, se unen a una hipótesis compleja. Finalmente, Galli, *Il problema dell'erede apparente*, op. cit., págs. 352 a 354, se ha limitado a señalar en este punto el carácter derivativo de la adquisición, razón por la cual la considera gravada por los gastos, cargas y limitaciones que afectaran al causante de la misma.

<sup>88</sup> Siguen esta concepción, entre otros, Ladaria Caldentey, *Legitimación y apariencia jurídica*, op. cit., págs. 144 y 145, en relación con las págs. 236 y 237; Roca-Sastre Muncunil, «Las adquisiciones a non domino», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XIX, 1976, pág. 290; Lacruz Berdejo, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, op. cit., pág. 301; Cristóbal Montes, «La adquisición registral a non domino», op. cit., págs. 617 y 618; Díez Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, reimpresión de la 2.ª ed., Madrid, 1986, pág. 386, y Valpuesta Fernández, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, coordinado por López López y Montes Penades, Valencia, Tirant lo blanch, 1994, pág. 886.

<sup>89</sup> Partidario de esta postura es Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 406. También la asigna carácter mixto González Enríquez, «Bocetos jurídicos», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo III, Madrid, 1959, pág. 346, aunque lo hace fundado en que se trata de una adquisición derivativa para lo que conste en el Registro y originaria en cuanto a lo que no conste.

decir que la adquisición sea originaria ni derivativa sin faltar a la verdad; razón por la cual la califica como una adquisición *sui generis*<sup>90</sup>. Pero ello equivale a dejar la cuestión en un estado evanescente, eludiendo, consiguientemente, la problemática que entraña.

Ciertamente, la adquisición aparece caracterizada porque en ella se produce una alteración de los roles que en la transmisión normal juega el propietario, pues, como dice Lacruz Berdejo, *el no legitimado, que sólo tiene la apariencia del derecho, celebra el negocio de transmisión, y es con relación a su persona como hay que juzgar la validez de este negocio; por el contrario, el titular verdadero, no participante en el negocio, es el sujeto del cual pasa el derecho hasta el adquirente, y por tanto es su autor jurídico (...). El derecho por eso no deja de derivar de su anterior titular a este nuevo, siquiera derive ex lege y se adquiera ex negotio. Hay aquí una cooperación entre el negocio jurídico y la ley: un fenómeno bastante corriente que podemos ver, por ejemplo, en la ejecución judicial por deudas, en la constitución de servidumbres legales, en los retractos legales, y acaso también en la expropiación forzosa. Tampoco es anormal que una adquisición legal sea derivativa y no originaria: piénsese en la sucesión intestada. El negocio juega así el mismo papel en una adquisición a domino o a non domino; es otra parte del supuesto de hecho de la transmisión —la legitimación del tradens— la que falta en estas segundas, y la que la ley, dándose ciertas circunstancias, suple a favor del adquirente inscrito. El negocio en uno y otro caso, es la causa de la adquisición (no un simple elemento de hecho, en cuyo caso no sería preciso apreciar ni aún la existencia de vicios de la voluntad, que no puede tener relieve en un elemento fáctico); causa, cuya virtualidad transmisiva se halla impedida en el caso de la falta de legitimación, bien hasta que tal falta cese, bien hasta que se perfeccione el equivalente jurídico<sup>91</sup>. Y este equivalente se produce como consecuencia del efecto convalidante del defecto de titularidad del transferente a que conduce la aplicación del art. 34 de la Ley Hipotecaria, hasta el punto de poder afirmar, sin que ello entrañe exageración alguna, que la adquisición a non domino goza del mismo valor que si hubiera sido otorgada por el *verus domunis*, en nuestro caso, *verus heres*.*

Las anteriores consideraciones, unidas al hecho de que la adquisición del tercero se produce en los términos resultantes del Registro, y no como en las adquisiciones originarias libre de toda carga, nos inducen a decantarnos en favor del carácter derivativo, señaladamente, si se tiene en cuenta que la eficacia de la adquisición está condicionada por las vicisitudes del negocio dispositivo, como ya ha quedado expuesto a lo largo de estas páginas.

<sup>90</sup> Carcaba Fernández, «Configuración doctrinal...», *op. cit.*, pág. 352.

<sup>91</sup> Lacruz Berdejo, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, *op. cit.*, págs. 299 y 300.