

La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios

ANTONIO JOSÉ VELA SÁNCHEZ

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

En el caso de doble venta judicial de un inmueble inscrito es de preferente aplicación el principio de fe pública del artículo 34 LH que consagra una adquisición a non domino, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero, de modo que el momento decisivo para apreciar su buena fe no es –como suele entender el Tribunal Supremo– el de la consumación de la compra por conjunción de título y modo (ex artículo 609 CC), sino el de la propia inscripción en el Registro.

Además, no puede mantenerse, como muchas veces hace el Alto Tribunal, que en caso de doble venta judicial, consumada la primera por concurrencia de título y modo, pueda declararse la nulidad de la segunda por falta de objeto, esto es, por venta de cosa ajena, y ello por aplicación del artículo 33 LH que niega la virtualidad convalidante del Registro respecto de los contratos nulos. Esta orientación jurisprudencial olvida que, precisamente, el principio de fe pública del artículo 34 LH salva el defecto de titularidad del disponente, por tanto, aunque la titularidad registral no coincida con la extrarregistral auténtica, dicho precepto consagra, en aras de la seguridad jurídica, la protección absoluta al tercero hipotecario que cumpla todos sus requisitos, incluido el de la inscripción de buena fe.

SUMARIO: I. *Justificación del trabajo.*–II. *Requisitos generales del principio de fe pública registral:* 1. Planteamiento. 2. El presupuesto de la buena fe del adquirente: A) Definición, presunción y otras cuestiones; B) Momento en que debe apreciarse la buena fe.–III. *Cuestiones esenciales en sede de venta judicial:* 1. La doble venta judicial y sus posibles soluciones: A) Doble venta judicial y artículo 1473 CC.; B) Doble venta judicial y fe pública registral; C) ¿Supone una excepción a lo anterior el régimen de la llamada tercería de dominio? 2. ¿Puede alegarse la nulidad de la segunda venta judicial por falta de objeto y aplicar el artículo 33 LH en vez del 34 LH?: A) Tesis afirmativa; B) Doctrina negativa.–IV. *Conclusiones.*

I. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

El principio de fe pública registral –contenido en el artículo 34 LH y puntal básico del sistema registral inmobiliario español–, no es aplicado por el Tribunal Supremo de modo uniforme en una materia, tan importante como habitual, como es la de los procedimientos de apremio por juicio ejecutivo que dan lugar a una subasta judicial de los bienes inmuebles embargados. En esta sede, la mayoría de los problemas se plantean en los casos de doble venta¹, esto es, cuando realizada la subasta judicial de una finca, ésta ya se ha vendido por su titular registral o ha sido ya objeto de otra subasta pública; la cuestión radica en determinar a quién corresponde la titularidad definitiva en dichos supuestos, para lo cual será esencial la concurrencia de los dos presupuestos del sistema adquisitivo español, a saber, el título y el modo (*ex art. 609 CC*), pero, sobre todo, y aunque, muchas veces, nuestro Alto Tribunal no lo entienda así, el adecuado juego del citado principio de fe pública registral del artículo 34 LH.

II. REQUISITOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

1. PLANTEAMIENTO

La fe pública registral es un principio hipotecario fundamental por el que el tercero que adquiere confiando en la legitimación dispositiva de un titular registral es mantenido en la adquisición *a non domino* que realiza, una vez inscrito su derecho y cumplidos los demás requisitos fijados por la Ley. Este postulado primordial se encuentra regulado en el artículo 34 LH, que declara que quien de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que, según el Registro, está legitimado para transmitirlo, será protegido en su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule o se resuelva el derecho del disponente por causas

¹ Para PAU PEDRÓN («Comentario al artículo 606», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz-Ares Rodríguez y otros, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991, p. 1536), «en el caso de doble venta, se genera una grave incertidumbre social sobre la propiedad. Las formas espiritualizadas de tradición no son suficientes para despejar esa incertidumbre social. El legislador acude entonces a las formas eficaces y realistas de publicidad: en primer lugar, *el Registro*».

que no consten en el propio Registro². Además, la buena fe del tercero se presume siempre, pero *iuris tantum*, esto es, mientras no se demuestre que conocía la inexactitud registral. Confirmada tabularmente la cualidad dispositiva del transmitente, en cuyo título confía el tercero, y no siendo nula la adquisición (art. 33 LH), prevalecerá ésta por el principio de fe pública registral. Su virtualidad no se puede enervar porque en la realidad el disponente ya no sea dueño de la cosa transmitida, puesto que en el Registro no consta esa no titularidad, sino, al contrario, según él está legitimado para su voluntad traslativa; en definitiva, se permite la transmisión aunque el segundo adquirente reciba el inmueble de quien ya no es dueño en la realidad extrarregistral.

Por tanto, para que la adquisición llevada a cabo por tercero se haga inatacable por aplicación del artículo 34 LH, deben concurrir los siguientes requisitos³: a) que el tercero protegido sea adquirente de la propiedad de inmuebles o de un derecho real limitativo del dominio de inmuebles; b) que dicha adquisición se realice de buena fe, esto es, desconociendo la divergencia existente entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral; c) que el negocio adquisitivo se funde en un título oneroso, que no gratuito⁴, presupuesto que se basa en el carácter excepcional de la adquisición *a non domino* que el artículo 34 LH supone, de ahí que el legislador exija también un sacrificio económico en el tercero adquirente; d) que el disponente o transmitente sea un titular inscrito, esto es, que el tercero registral debe adquirir de persona que en el Registro aparece legitimado para transmitir el dere-

² Como dice la STS de 25 de octubre de 2004, «en terrenos de la fe pública registral, o verdad absoluta a favor del tercero hipotecario o *subadquirente registral* tipificado en el artículo 34, se prescribe que la tutela inmersa en su verdad formal, adquisición de quien según el Registro puede transmitir su derecho, no quedará afectada *aunque después se anule o resuelva el del otorgante*; es, pues, una presunción de exactitud *iuris et de iure*». Asimismo, la STS de 15 de noviembre de 1990 afirma que, por virtud del artículo 34 LH y del principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 LH, «al tercero que adquiere en determinadas condiciones sólo le afecta lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro». La STS de 28 de noviembre de 1996 califica el principio de fe pública como «la piedra angular del sistema registral inmobiliario español».

³ Cfr., p.e., SSTS de 17 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1990, 8 de marzo de 1993, 12 de julio de 1999, etc. GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Madrid, 1988, p. 53) define al tercero hipotecario o registral como «aquel titular registral adquirente de un derecho o situación jurídica en una relación jurídica inscrita, contemplado fuera de su condición de parte, respecto a otra relación jurídica con la que tiene una conexión transversal o lineal, y que no puede quedar afectado o perjudicado por esa otra relación jurídica no inscrita ni por los vicios o defectos de esa dicha relación, que no consten explícitamente en el Registro».

⁴ De manera que los «*adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere el causante o transferente*» (art. 34, 3.º LH), o sea, «*su dante causa registral*» (RUBIO GARRIDO, «Comentario a la STS de 2 de julio de 1999», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, 2000, p. 65).

cho⁵, y e) que ese tercero inscriba, a su vez, su propia adquisición. En estos requisitos se reconoce la función que para sí asume en nuestro Derecho la inscripción: no sólo asegurar a quien inscribe haciéndole inoponible un acto transmisivo anterior de su causante, sino también convirtiendo en su favor a la inscripción en manifestación de la realidad –aun cuando en el caso concreto no lo sea–, de tal forma que cuando adquiera de buena fe de titular inscrito –aunque realmente lo haga *a non domino*– sea mantenido en su adquisición. Finalmente, se exige un presupuesto más: debe ser válido el acto o título adquisitivo del tercero protegido, pues, si fuera ineficaz, se aplicaría entonces el artículo 33 LH –que niega a la inscripción carácter convalidante del título nulo–, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto o título inválido⁶.

En los supuestos de doble venta judicial derivada de procedimiento de apremio por juicio ejecutivo que da lugar a subasta del inmueble embargado, resulta claro el cumplimiento de los requisitos de que el objeto de la transmisión sea la propiedad del inmueble –porque la finalidad de la subasta judicial es la traslativa del dominio–, de que se trate de un título oneroso –pues ha de abonarse el precio del remate–, de la titularidad registral del transmitente o ejecutado –ya que figura como propietario en el Registro de la Propiedad en el momento de la transmisión y no, en cambio, el primer adjudicatario–, y de la inscripción de la adquisición del tercero en el Registro –porque se debe realizar diligentemente como corolario de dicha compra–. La clave, pues, está, primero, en la existencia de buena fe en los rematantes, o sea, en la ignorancia de que la finca adquirida no pertenecía realmente al titular registral o de que no existían derechos de otras personas, y, segundo, en el momento en

⁵ Debe confiarse en la apariencia jurídica, entendida como «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento Jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles» (BUSTOS PUECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid, 1999, p. 40). Ahora bien, advierte GORDILLO CAÑAS («Comentario a la STS de 23 de mayo de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 59, 2002, pp. 852-853), que no basta el asiento de presentación a favor del disponente, pues la fe pública registral, en cuanto dependiente del control de legalidad llevado a cabo en la calificación registral, no puede desplegarse «sino una vez que la práctica del asiento de inscripción da fe de que ésta se ha producido y superado favorablemente. Sólo a partir de entonces la inscripción permite presumir la existencia del derecho inscrito y la ley puede conceder su protección a quien adquiere confiando en ella tal como el Registro la publica».

⁶ *Vid.*, en esta sede, SSTS de 24 de octubre de 1994, 25 de julio de 1996, 25 de octubre de 2004, etc. La STS de 28 de noviembre de 1996, tratándose de un contrato de compraventa nulo, desestima la virtualidad del artículo 34 LH respecto del comprador en cuanto que dicha nulidad derivaba de la evidente mala fe –conjunta simulación– de transmitente y adquirente.

que dicha buena fe debe operar, esto es, en el de la adquisición efectiva por el cumplimiento del sistema del título y el modo (*ex art. 609 CC*) o en el de la inscripción en el Registro, si se considera ésta como requisito último y esencial de la legitimación extraordinaria o expropiación que el artículo 34 LH supone. Vaya por delante que, a mi juicio, la inscripción es fundamental para la virtualidad del principio de fe pública registral. El tercero adquirente apoya su adquisición irrevindicable y *a non domino* en la inscripción de su propio derecho –*inscriptionis causa*–, sólo así podrá ser considerado un tercero *registral* protegido por este principio.

2. EL PRESUPUESTO DE LA BUENA FE DEL ADQUIRENTE

A) Definición, presunción y otras cuestiones

La buena fe del tercero adquirente –condición esencial para que opere la tutela que otorga el principio de fe pública registral⁷– se relaciona con la ignorancia de la existencia de una inexactitud registral, esto es, con el desconocimiento de «*todo desacuerdo que, en orden a los derechos inscribibles, exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral*» (art. 39 LH). En la esfera del artículo 34 LH, dicha ignorancia recae concretamente sobre la titularidad y poder de disposición del transmitente –o ejecutado en caso de procedimiento de apremio–: «*persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*»; es decir, la buena fe del adquirente es tanto la que proporciona la confianza en el Registro, como la creencia y conciencia de adquirir de quien es propietario y puede disponer de la cosa –v.g., ignorando una venta anterior–, o, en su caso, el desconocimiento del vicio que podría invalidar el derecho de su transferente⁸. Por ello, en el supuesto de que no exis-

⁷ SSTs de 23 de octubre de 1964, 25 de mayo de 1974, 8 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986 («la exigencia de la repetida buena fe resulta presupuesto necesario para que opere la protección privilegiada que en dicho fundamental precepto se contiene»), 14 de julio de 1988, 28 de noviembre de 1996, 24 de julio de 2003 (la mala fe hace inoperante la publicidad registral), etc.

⁸ SSTs de 8 de mayo de 1982, 30 de noviembre de 1991 («El principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica»), 17 de julio de 1999, 31 de mayo y 5 de diciembre de 2002, etc. Para GORDILLO CAÑAS («El principio de inoponibilidad: el dualismo moderado de nuestro sistema registral», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 57, 2, 2004, p. 411), «en la *ratio* del precepto (art. 34 LH) cuenta más la inscripción antecedente –la fundamentadora de la confianza del adquirente– que la del mismo acto adquisitivo realizado en tal confianza, (lo que conlleva)... el aseguramiento a todo trance de la adquisición que trae causa del titular previamente inscrito como dueño con facultades para disponer, aunque en la realidad no publicada de las cosas éste no fuera efectivamente dueño o no lo fuera en condiciones de poder disponer como lo hizo».

ta publicidad registral respecto de la titularidad del disponente, no puede existir confianza en algo inexistente, aunque luego el Registro llegue a publicar aquella titularidad. Sin publicidad registral no puede haber fe en el contenido tabular, en consecuencia, la previa inscripción del título del transferente o ejecutado cuando surge el título adquisitivo y también al tiempo de la inscripción del tercero registral será un requisito indispensable para que opere el artículo 34 LH. También desde la órbita del artículo 32 LH⁹ –aplicable, igualmente, en los supuestos de doble venta judicial de inmuebles–, la buena fe del tercero consistiría en la ignorancia de la existencia de derechos inscribibles preferentes al suyo. Todo esto enlaza, se concluye, con los dos aspectos en los que se manifiesta la publicidad registral; el positivo, que permite tomar como existente lo que se afirma en los asientos registrales; y el negativo, que permite tomar por inexistente lo que no dicen los asientos¹⁰.

En definitiva, y como reitera nuestro Alto Tribunal, la buena fe tiene un doble aspecto: de un lado, el positivo, que consiste en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca en cuestión era dueño de ella y podía transmitirle su dominio (*ex art. 1950 CC*); de otro, el negativo, que supone la ignorancia o desconocimiento de la existencia de inexactitudes registrales o vicios invalidatorios que puedan afectar a las facultades del enajenante (*ex art. 433 CC*)¹¹. En el campo de los derechos reales, pues, la buena fe no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos (*ex arts. 1269 y concordantes del CC*), sino de conocimiento (según se desprende de los citados arts. 433 y 1950 del CC), situación 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. El tercero padece un error confiado en el presupuesto objetivo –legitimación dispositiva del titular registral– derivado de la apariencia resultante del Registro. Así, en las hipótesis de doble venta judicial, la buena fe del tercero adquirente se apoya, primero, en la titularidad registral que todavía

⁹ A cuyo tenor, los «*títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero*».

¹⁰ CRISTÓBAL MONTES (*Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1986, p. 245), DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Bilbao, 1975, p. 127), PUIG BRUTAU (*Compendio de Derecho civil*, III, Barcelona, 1989, p. 551); etc.

¹¹ SSTs de 2 de julio de 1965, 5 de enero de 1977, 17 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1989, 28 de noviembre de 1996, 19 de octubre de 1998, 25 de octubre de 2004, etc. Como pone de manifiesto la STS de 29 de julio de 1999, ya la Partida V, Título XXIX, Ley catorce, describía la mala fe así: «si el sopiera que aquel de quien compra la cosa no avía derecho a la vender».

ostenta el doble vendedor o doblemente ejecutado (art. 34 LH) —en cuanto que, no se olvide, el artículo 38, 1.º LH establece que a «*todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*»—, y, de otro lado, en la falta de inscripción del primer adquirente (art. 32 LH). Si aún está inscrito el ejecutado y no el primer adquirente —zona de coincidencia y superposición de los arts. 32 y 34 de la LH— bastará la consulta al Registro para fundamentar la buena fe. Mientras la realidad contraria a lo publicado no «hiera los sentidos», hay que considerar objetivamente fundada la creencia en la titularidad que el Registro publica, y suficientemente desempeñada la diligencia normalmente exigible en su investigación y comprobación.

Por todo lo anterior, sólo queda eliminada la buena fe por una perfecta noticia de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título del disponente o por un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad correspondía a su transferente en la forma que proclamaba el asiento registral¹². El dato esencial no es que el titular registral no fuera propietario, sino que este hecho pudiera ser conocido por los adquirentes o, incluso, previsible para ellos, bien por datos contenidos en el propio Registro —v.g., una anotación preventiva de demanda vigente—, bien por otros extrarregistrales —v.g., una notificación fehaciente o un acto de conciliación—. Así, por ejemplo, no puede hablarse de buena fe cuando —caso recogido por la STS de 18 de diciembre de 2001— se adquiere estando un embargo anotado preventivamente en el Registro —y, por tanto, conociéndose o debiéndose conocer—, y se pospone la inscripción del derecho adquirido hasta que el asiento preventivo caduca, y ello porque la virtualidad de la anotación preventiva es la de enervar la eficacia de la fe pública registral, y la consecuencia de la caducidad en este supuesto es, simplemente, la de que esa fe pública pueda volver a entrar de nuevo en juego respecto de terceros, pero nunca para aquel adquirente.

¹² SSTs de 5 de enero de 1977, 16 de febrero y 16 de marzo de 1981, 23 de enero y 24 de octubre de 1989 («no habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados y el adquirente sabe y le consta que están gravados o son perturbados»), 2 de julio de 1991 (la presunción de buena fe es *iuris tantum* en cuanto la misma puede ser desvirtuada), 27 de febrero de 1995 («no cabe prescindirse del deber ético de averiguación registral y si se conoce el estado registral y no obstante se deja de lado y se prescinde del mismo, ello se traduce en una situación de mala fe»); 25 de noviembre de 1996 (hay mala fe si la demandada es «consciente y conocedora de las irregularidades y anomalías existentes»), 24 de julio de 2003, etc. Para RUBIO GARRIDO (*La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, p. 75), «no aparecerá verosímil la buena fe del comprador cuando la posesión corporal de la cosa estaba en un sujeto distinto del (doble) vendedor».

Ahora bien, no se exige la buena fe del transferente o ejecutado, pues aunque éste sepa que enajena —o que se subasta— lo que no es suyo, en perjuicio de su verdadero dueño, el tercero que ignora tal circunstancia será protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH¹³. La buena fe debe existir sólo en el adquirente, de modo que el hecho de que el transmitente del derecho o ejecutado tenga buena o mala fe es absolutamente irrelevante para los efectos de impedir o permitir al comprador o adjudicatario constituirse en tercero registral.

Por otra parte, y a tenor del artículo 34, 2.º LH, la buena fe del tercero se presume siempre *iuris tantum*¹⁴, de modo que el perjudicado por la aplicación del principio de fe pública registral debe probar la inexistencia de buena fe (pues, como también dispone el art. 434 CC: «*Al que afirma la mala fe... corresponde la prueba*»), mala fe que consistiría en el conocimiento de la inexactitud del Registro o de la verdadera posición jurídica del titular registral. Pero, no es exigible al tercero hipotecario una exhaustiva indagación sobre la situación extrarregistral de la finca que adquiere confiando en el Registro, que para él es íntegro y exacto. En consecuencia, sólo si se acredita que, aun sin tal pesquisa, el adquirente conocía o racionalmente pudo conocer la inexactitud registral, no resultaría amparado por la fe pública. De no entenderse así, se vaciaría de contenido este principio de fe pública registral. En este sentido, la STS de 4 de marzo de 1988 declara que la esencia de esta presunción «es la protección del tercero hipotecario para no hacer una entelequia de la institución hipotecaria y una mera ilusión del que negocia con buena fe; y ciertamente, que si para estar amparado el adquirente del titular registral precisara del requisito de una previa investigación a ultranza de las vicisitudes extrarregistrales por las que atraviesa o ha atravesado la finca comprada, para el conocimiento exacto de la libertad y pureza de la transmisión, el instrumento jurídico del Registro de la Propiedad no tendría más valor que el de una mera oficina informativa sin alcances vinculatorios en el orden de las transmisiones de titularidad, lo que está en discordancia con la letra y el espíritu de las normas que lo regulan».

¹³ SSTS de 16 de mayo de 1969 y 24 de julio de 1988; recogiendo esta doctrina, recientemente, la SAP Málaga de 25 de abril de 2005.

¹⁴ SSTS de 6 de abril de 1999 («la buena fe ha de presumirse si no se ha practicado prueba en sentido contrario»), 10 de diciembre de 1999 («cuando los hechos alegados para inferir la mala fe no son unívocos no procede excluir el requisito de buena fe, la cual ha de presumirse»), 28 de diciembre de 2001, etc.

De otro lado, como expresa también reiteradamente la jurisprudencia¹⁵, la apreciación de la existencia del conocimiento de la inexactitud registral, o sea, de la concurrencia o no de buena fe en las partes, constituye una cuestión de hecho a decidir libremente por el Tribunal de instancia, en la medida en que la buena fe es un concepto jurídico que se apoya y resulta de la valoración de conductas y comportamientos deducidos de unos hechos concretos, aunque, eso sí, sin perjuicio de la posible revisión casacional si de la base fáctica se deduce claramente otra interpretación valorativa (STS de 30 de noviembre de 1991).

B) Momento en que debe apreciarse la buena fe

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia están de acuerdo en la idea de que el momento clave para la exigencia de la buena fe al tercero no es el de la inscripción, sino el de la consumación de la venta —esto es, cuando efectivamente concurren los presupuestos básicos de título y modo (*ex art. 609 CC*)—, pues, como ya ha expresado el Tribunal Supremo¹⁶, «no es tercero protegido hipotecariamente el adquirente que tuviese un perfecto conocimiento de las condiciones en que hubo de verificar la adquisición aunque éstas no resulten del Registro, conocimiento que ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble», que, en su caso, será «aquel en que se efectúa la *traditio ficta* por el otorgamiento de la escritura pública», a tenor del artículo 1462, 2.º CC, si de la misma no resultare o se dedujere claramente otra cosa. Ello se deduce también del propio artículo 34 LH, en cuanto que la fe pública registral se aplica al «tercero que de buena fe adquiera...», y es éste el momento —adquisición o consumación— primordial para la concurrencia de la buena fe, pues, en nuestro Derecho, la adquisición se produce y consume extra-registralmente según el sistema del título y el modo.

¹⁵ SSTS de 30 de junio y 18 de diciembre de 1986, 12 de junio de 1987, 23 de marzo y 23 de diciembre de 1988, 28 de septiembre de 1990, 23 de diciembre de 1992 («aunque la buena fe es un concepto jurídico... implica una valoración de los hechos acreditados»), 12 de marzo de 1993, 29 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000, 17 de mayo y 28 de diciembre de 2001, 17 de febrero de 2004, etc.

¹⁶ Concretamente en STS de 23 de diciembre de 1992; criterio éste confirmado por las SSTS de 2 de noviembre y 5 de diciembre de 1996, 29 de julio y 10 de diciembre de 1999, 31 de mayo y 5 de diciembre de 2002, y sustentado ya, entre otras, por las SSTS de 25 de noviembre de 1944, 26 de febrero de 1952, 29 de marzo («momento de la adquisición del inmueble») y 31 de mayo de 1960, 3 de octubre de 1963 («momento de la tradición»), 2 de julio de 1965 («momento en que se consume el acto traslativo del dominio del inmueble»), 31 de enero de 1975 («momento de la adquisición del inmueble, o sea, aquel en que se efectúa la tradición»), 16 de noviembre de 1979, 17 de diciembre de 1984 y 19 de julio y 24 de octubre de 1989.

Ahora bien, en esta sede de concurrencia de título y modo, y tratándose de ventas judiciales, existen dos líneas jurisprudenciales diversas que ahora esbozo ¹⁷. La primera posición ¹⁸ parte de que en el supuesto de subasta judicial de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, al título, en tanto que la escritura pública (hoy testimonio del auto de aprobación del remate expedido por el Secretario judicial) –que confiere la posesión civilísima por *traditio ficta*–, sería el modo, esto es, la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. La segunda doctrina jurisprudencial ¹⁹, partiendo también de la necesidad de que concurren título y modo para la adquisición del dominio en la subasta pública, sostiene que la consumación de la venta judicial se produce con la aprobación por el Juez del remate –título– y la subsiguiente adjudicación al rematante o al cesionario del remate de la finca subastada –modo–, pues dicha adjudicación tiene carácter de tradición simbólica *ficta*, al no ser *numerus clausus* la enumeración de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462, 2.º a 1464 del CC ²⁰.

En todo caso, y ya se sostenga una línea jurisprudencial u otra, se concluye que la buena fe del tercero debe existir en el momento

¹⁷ Vid. VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, 2003, pp. 185 ss.

¹⁸ Sustentada ya por las antiquísimas SSTs de 5 de enero de 1899 y 7 de octubre de 1903, y continuada, entre otras, por las de 28 de junio de 1949, 17 de febrero de 1956, 29 de febrero y 1 de abril de 1960, 16 de julio de 1982, 10 de diciembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 1 de septiembre de 1997 («la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462, 2.º CC»), 6 de abril y 29 de julio de 1999, 22 de diciembre de 2000 y 4 de abril de 2002. Respecto de las Audiencias Provinciales, pueden citarse, entre las más recientes, las SSAP Cantabria 15 de junio de 2000, Ávila 5 de octubre de 2001, Asturias 28 de junio de 2003, Almería 25 de julio de 2003, Murcia 24 de julio, 14 de noviembre y 29 de diciembre de 2003, Barcelona 2 de marzo y 29 de julio de 2004 y Murcia 17 de enero de 2006. En la doctrina, *vid.*, p.e., CORDÓN MORENO, «Comentarios al artículo 674», en CORDÓN MORENO y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II*, Pamplona, 2001, pp. 483 y 484.

¹⁹ Mantenido, entre otras, por las SSTs de 31 de octubre de 1983, 20 de octubre de 1989, 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 10 de junio de 1994, 8 de junio de 1995, 13 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999 y 14 de octubre de 2002. En las Audiencias Provinciales, recientemente, las SSAP Málaga 9 de octubre de 2003 («la aprobación judicial del remate, seguida de la adjudicación de la finca, está absolutamente equiparada al otorgamiento de la escritura pública, incluida la existencia de una tradición simbólica que produce la consumación de la transmisión»), Valencia 4 de noviembre de 2003 y 16 de febrero de 2004, Burgos 29 de septiembre de 2004, Barcelona 24 de noviembre de 2004 y Madrid 15 de marzo de 2005.

²⁰ Y si bien en este primer momento aún no fuera dicha resolución firme –cosa juzgada formal que, por otra parte, tampoco parece ser exigida conforme a esta tesis– para entender consumada la venta, lógicamente la misma siempre habrá de entenderse producida a partir de la preclusión de la posibilidad de interponer cualesquiera recursos contra el citado auto conforme a la norma procesal civil, operando así la denominada «firmeza por consentimiento» o *ipso iure* (MONTERO AROCA y otros, *Derecho Jurisdiccional II*, Proceso civil, Valencia, 2002, p. 412; *cit.* por la SAP Burgos 29 de septiembre de 2004).

de la consumación del negocio adquisitivo forzoso, sin que tenga que mantenerse hasta el instante mismo de la inscripción de la adjudicación en el Registro de la Propiedad²¹. El Registro se hace eco de una mutación jurídico real ya operada, pues la adquisición del derecho dominical se verifica al margen de aquél. Cuando el artículo 34 LH habla de mantener en su adquisición a quien haya inscrito su derecho, presupone que la transformación jurídico real ya ha tenido lugar, es decir, que el derecho ha ingresado previamente en el patrimonio de quien ahora solicita la inscripción en el Registro, al haber sido parte, en este caso, en un negocio traslativo de dominio que ya se ha consumado mediante la entrega real o ficticia. Así, habrá de ser el momento de la tradición, y no el instante en el que se accede al Registro de la Propiedad, el decisivo para calibrar la buena fe del rematante. Porque fue entonces, en el instante consumatorio, cuando se dejó de ostentar un derecho de crédito y se pasó a ser titular de un derecho real concluyendo el proceso adquisitivo. Por ello, el conocimiento de la existencia de una venta anterior después de consumada la adquisición y antes de proceder a inscribir, no destruye la buena fe inicial en virtud del principio general de que *mala fides superveniens non nocet*. Exigir la buena fe en el momento de la inscripción significaría para el tercero hipotecario, en detrimento del principio de fe pública registral del artículo 34 LH, abandonar su suerte a la incierta diligencia del primer adquirente, en cuanto que si éste inscribiera previamente evitaría la irrefragable adquisición del tercero. En definitiva, el momento de adquisición *a non domino* es el del otorgamiento del título con valor de tradición –auto o testimonio del mismo– a favor del tercero de buena fe, y no el de la inscripción, de modo que ésta no hace más que cerrar el círculo de presupuestos necesarios para que actúe la fe pública del Registro, y nada más²²; esto es, la posible existencia de la inscripción registral en favor del rematante o cesionario del remate es sólo un refuerzo de la concurrencia de la

²¹ Como declaró la STS de 22 de abril de 1994 (confirmada, entre otras, por la STS de 23 de septiembre de 2004), la protección del artículo 34 LH al tercero hipotecario «exige que la titularidad registral exista en el momento de la perfección del contrato, no en el momento de la inscripción a favor del adquirente». La STS de 5 de diciembre de 2002 distingue: la adquisición es el momento «decisivo para la buena fe», y la inscripción «para la condición de tercero hipotecario».

²² ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, «Fundamentos de la publicidad registral», *Derecho Hipotecario*, tomo II, Barcelona, 1995, p. 391. Cfr., en la misma línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ («Momento en que es exigida la buena fe en la fe pública registral y otros problemas. Sentencia de 26 de febrero de 1949», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 1241 ss.), LACRUZ y SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1968, pp. 231-232), PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS («Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad», *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, Madrid, 1999, p. 556), etc.

traditio ficta instrumental (ex art. 1462, 2.º CC) decisiva para consumir el negocio jurídico forzoso.

A mi juicio, la inteligencia anterior debe rechazarse en sede de doble venta judicial de inmuebles registrados, cuando entra en juego el principio de fe pública registral. Así, siendo dicho postulando un efecto favorable derivado de la inscripción, el artículo 34 LH requiere, como requisito *sine qua non*, la inscripción de la adquisición para la completa protección del adquirente, inscripción que necesitará la documentación legalmente establecida para cada caso. El tercero hipotecario adquiere de modo absoluto e inatacable por efecto de la inscripción, y por tanto ésta deviene en cierto sentido constitutiva de su derecho por la eficiencia de la publicidad del Registro de la Propiedad. En realidad, en la adquisición registral *a non domino*, la inscripción actúa sanando o supliendo las carencias de un proceso adquisitivo irregular o deficiente por falta de propiedad extrarregistral del *tradens*. En la hipótesis del artículo 34 LH la toma de razón registral es necesaria para justificar la sanación legal de una adquisición regida por el sistema del título y el modo (ex art. 609 CC), en la que, por tanto, se ha exigido el soporte de un título transmisivo válido seguido de la imprescindible tradición, aun simbólica, pero en la que hay que suplir el defecto de titularidad o de poder dispositivo del transmitente. Tratándose de doble venta de inmuebles inscritos, en el momento del nacimiento del derecho real se mantiene íntegra la doctrina tradicional del título y el modo y la necesidad de la tradición; pero en el instante de la convalidación del derecho adquirido según la apariencia registral, es decir, en el momento de la seguridad del tráfico, se da a la inscripción un cierto valor para la existencia del derecho real, valor si no constitutivo, sí de prevalencia, pero que juega con independencia de la adquisición ya consumada. Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para hacer inatacable el dominio de fincas inscritas respecto de un tercero registral que aún no ha inscrito su derecho en el Registro. Por ello, la protección del artículo 34 LH sólo existe cuando se da entrada al título en el mundo hipotecario, de modo que la inscripción interviene colaborando en la adquisición de buena fe dándole una efectividad que sin ella no habría obtenido. La absolutividad o eficacia *erga omnes* irrevindicable de los derechos reales adquiridos ex artículo 34 LH exige su publicidad, su inscripción, como medio fáctico para conseguir esa virtualidad oponible. Una adquisición *a non domino* según el Registro requiere, pues, la inscripción del título del adquirente, por lo que el momento decisivo de la adquisición no es el de

la concurrencia de título y modo según el artículo 609 CC, sino el de la inscripción²³.

De esta manera, y en cuanto que ninguno de los títulos sujetos a inscripción surte efecto contra tercero sino desde el momento en que haya sido inscrito en el registro público, realizada la inscripción, se evita que puedan surgir nuevos terceros hipotecarios que adquieran, confiando en el Registro, del que anteriormente figuraba como titular registral; y, asimismo, quedan privadas definitivamente de efectividad las transmisiones intermedias del inmueble que, debiendo o pudiendo haber sido inscritas, no accedieron al Registro. La mera adquisición por el sistema de título y modo no garantiza al adquirente la plena oponibilidad de sus derechos y la eliminación absoluta de la posibilidad de su pérdida ulterior, al no disponer los terceros de mecanismos para conocer y respetar la nueva situación jurídica producida, generándose así clandestinidad e incertidumbre social respecto de la titularidad de los derechos reales²⁴. En estos casos, deberá ser el Registro el llamado a eliminar cualquier riesgo, es decir, frente al problema de la colisión de derechos existente, el Derecho Registral deberá resolver esta controversia mediante su intervención, estableciendo de manera objetiva la primacía de uno de los derechos concurrentes. Aquí, pues, resulta imprescindible la publicidad de los derechos de propiedad a través del Registro de la Propiedad, constituyendo éste la mejor prueba de propiedad, sin que ello lo convierta en constitutivo de derechos. Al prevalecer la posición de quien inscribe de buena fe, a pesar de que existieran adquirentes anteriores, se premia la diligencia de quien evita que persista una apariencia engañosa, continuando el bien inscrito en el Registro en favor del *tradens* cuando, en realidad, se han verificado transmisiones que no han trascendido a los folios registrales y con-

²³ Así, como indica la STS de 4 de marzo de 1988, «habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad y de la seguridad jurídica, de la fe pública registral». Por ello, GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, *cit.*, pp. 854-855), defiende que la buena fe debe mantenerse hasta el momento de la inscripción, pues el artículo 34 LH consagra no «una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción, sin ser por ello constitutiva al modo germánico, es requisito –uno más– del complejo presupuesto convalidador de la adquisición».

²⁴ Como certeramente manifiesta GORDILLO CAÑAS («La inscripción en el Registro de la Propiedad su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 2001, p. 120), la «publicidad, instrumento artificial de constatación de una realidad jurídica previa, al igual que la forma en su significación ordinaria (arts. 1278-1280 CC), aparece como una prolongación de esta última, en condición de instrumento concatenado a ella y más específica y adecuadamente ordenado a vehicular directa e indiferenciadamente *erga omnes* la cognoscibilidad de los derechos reales, o, más general y propiamente hablando, la situación jurídica de las fincas y las condiciones de capacidad y dispositivas de su titular». *Vid.*, también, en esta sede, pp. 181 y 212 ss.

virtieron en dueños a otros, menos diligentes, que no solicitaron a tiempo la inscripción. Igualmente, por el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH), al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos, esto es, al tercero que adquiere en determinadas condiciones (las del art. 1473, 2.º CC o del art. 34 LH –incluyendo la inscripción–), sólo le perjudica lo que está inscrito, de modo que frente a él es inoponible lo que no ha tenido acceso al Registro. Por el contrario, son preferentes las transmisiones intermedias que, cumpliendo también los requisitos de título y modo, se inscribieron con anterioridad o –y esto es importante–, fueron conocidas por el segundo adquirente antes que inscribiera, pues, ahora sí, *mala fides superveniens nocet*.

En definitiva, en caso de adquisición *a non domino*, ex artículo 34 LH, el momento crucial no es el de la tradición, el de la consumación, sino el de la inscripción, de manera que el tercero registral debe continuar siendo de buena fe hasta dicho instante²⁵. Obsérvese que en esta posición subyace un deseo de extremar la posición ética del adquirente. Si el tercero va a ser protegido en la medida en que sea de buena fe, ésta ha de darse todo el tiempo, y parece contrario a la ética indicada que quien ha llegado a tener conocimiento de la inexactitud registral acuda al Registro para buscar su amparo. La adquisición *a non domino* supone una derogación al principio de autonomía privada, pues el propietario real debe consentir la pérdida de su propiedad, y como tal abolición de una regla general y básica requiere una justificación especial. La propiedad hecha eficaz por la fe pública registral no supone una adquisición derivativa ordinaria, sino una peculiar forma de adquisición *a non domino*, en la que la inscripción es requisito –uno más– del complejo mecanismo convalidador de la adquisición, dispositivo que, en su íntegra verificación o desarrollo, exige la concurrencia de la buena fe. Para que opere una adquisición mediante un negocio jurídico en el que no interviene el verdadero titular ha de imputarse a éste una conducta contraria a las exigencias de la

²⁵ Vid. CANO TELLO (*Manual de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1992, p. 303), GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, II, Madrid, 1993, p. 296), para quien «la adquisición *a non domino* del tercero, además de *ex lege*, es una adquisición *inscriptionis causa*, es decir, que se produce por *causa de la inscripción*. La inscripción no es simplemente un requisito de eficacia, ni una simple *conditio iuris*,... sino que la adquisición sólo tiene eficacia y se mantiene como tal *una vez inscrita*, lo que demuestra que la inscripción determina el momento fundamental de la adquisición»; GÓMEZ GÓMEZ («Ámbito de aplicación del llamado principio de fe pública registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1952, pp. 571-572), GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, *cit.*, pp. 854-855), SANZ FERNÁNDEZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Madrid, 1947, pp. 465-466), quien sostiene que la inscripción es constitutiva «en el caso en que sea necesario proteger al tercero que adquiere confiando en los términos del Registro, el cual adquiere, efectivamente, el derecho que no tenía su causante», etc.

buena fe (objetiva) –negligencia en la constancia registral de su derecho–, y la adquisición ha de ser en favor de quien a su vez actúa de buena fe (subjctiva) hasta el momento en que se completa su protección registral –la inscripción–²⁶. Claro que habrá que entender como momento de la inscripción, no en el que ésta materialmente se extienda –y que puede depender de hechos extraños a la voluntad del tercero–, sino el del asiento de presentación, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 LH²⁷.

III. CRITERIOS ESENCIALES EN SEDE DE DOBLE VENTA JUDICIAL

1. LA DOBLE VENTA JUDICIAL Y SUS POSIBLES SOLUCIONES

Conforme al artículo 1473, 2.º y 3.º CC, si un mismo inmueble se hubiese vendido a diferentes compradores, «*la propiedad pertenecerá al adquirente que antes (lo) haya inscrito en el Registro*»; si no hay «*inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe*». En función de este precepto, pues, para que exista una doble venta se precisa que un único titular del dominio cree un problema de atribución de propiedad entre dos o más adquirentes a quienes ha proporcionado títulos de adquisición incompatibles. Además, es necesario que los diversos contratos celebrados con diferentes compradores sean válidos y eficaces, esto es, deben tener virtualidad para producir la transmisión de la propiedad de la cosa doblemente vendida²⁸.

²⁶ Cfr. CLEMENTE MEORO («Sobre el momento en que ha de ser de buena fe el tercero hipotecario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 673, 2002, p. 1868), MIQUEL GONZÁLEZ («El Registro Inmobiliario y la adquisición de la propiedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, p. 47), etc. Sería «contrario a la orientación moral de nuestro Derecho que éste pueda preferir a nadie, en su colisión con otro u otros, por haber puesto en práctica una determinada actuación llevada concretamente a cabo de mala fe» (GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., p. 202, nota 485).

²⁷ «Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma». Así, p.e., la STS de 16 de junio de 1998 mantiene que la «fecha de una inscripción... es siempre la del asiento de presentación cuando, dentro del plazo de su vigencia, se cumplen los requisitos exigidos por el Registrador al calificar»; por ello, «el asiento de presentación es como un *nasciturus* hipotecario: si llega a feliz término, sus efectos se retrotraen a la presentación» (CARBONELL SERRANO, «Comentario a la STS de 16 de junio de 1998», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 48, 1998, p. 1274).

²⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ («La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, p. 855), explica que ambos «contratos han de ser, además de válidos, eficaces, esto es,

La finalidad pretendida por el artículo 1473 CC no es establecer una alternativa excepcional al sistema adquisitivo ordinario, sino, supuesto éste, establecer criterios de solución a la incompatibilidad que deriva de varios procesos adquisitivos ya consumados, regulares y válidos cada uno de ellos en su consideración aislada. Se entiende, así, que la inscripción determinante de la preferencia del comprador que publica su adquisición en el Registro de la Propiedad no supla ni haga las veces de la tradición o modo, sino que la suponga ya realizada en el propio otorgamiento de la escritura pública (*ex art. 1462, 2.º CC*), sin la cual, ordinariamente, no es posible la práctica de la inscripción (*ex art. 3 LH*). No es de extrañar que en un ordenamiento jurídico, como el nuestro, preocupado por la seguridad de las adquisiciones y por la efectividad del Registro creado a su servicio, en trance de tener que elegir entre los sucesivos compradores, se decida en primer lugar por el que inscriba su adquisición de buena fe²⁹.

De este modo, por ejemplo, en sede judicial, embargada doblemente una finca, el segundo adquirente puede ser preferente si es de buena fe e inscribe, y el primer adjudicatario, aun poseedor a título de dueño, no fue diligente en la inscripción de su derecho. Tal sucede, v.g., cuando embargada y adjudicada una finca al ejecutante, la escritura pública correspondiente –hoy testimonio del auto de aprobación del remate–, se pretende inscribir en el tiempo en el que ya se ha producido la inscripción de la adquisición derivada de una segunda venta judicial cuyo origen estuvo en una nueva anotación de embargo sobre el inmueble. La no constancia registral del primer embargo, por ejemplo, por la cancelación por caducidad del asiento de anotación preventiva –que tiene lugar a los cuatro años (*ex art. 86 LH*)–, y la falta de inscripción del primer adquirente dan lugar a una inexactitud registral que puede permitir un segundo embargo y, por ende, una nueva venta judicial. Ejecutado el segundo embargo e inscrito el título obtenido, ¿el ulterior adjudicatario será preferente?

Hilando fino, la jurisprudencia viene distinguiendo, en este punto, entre doble venta y venta de cosa ajena. Como explica la STS de 15 de julio de 2004, la doble venta tipificada en el artícu-

dotados de la virtualidad inherente a la finalidad traslativa propia del contrato de compraventa, lo que comporta que uno y otro comprador puedan exigir su cumplimiento específico, es decir, la adquisición de la propiedad de la cosa».

²⁹ Vid. GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, p. 194), quien entiende también que en el artículo 1473 CC la inscripción no debe «explicarse como pieza de un mecanismo adquisitivo que sin ella quedaría incompleto, sino como dato añadido a tal mecanismo –en tanto que ajeno a él, de suyo– en condición de factor determinante de la preferencia legal a favor del comprador que va a reconocerse propietario».

lo 1473 CC «requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que implica una cierta coetaneidad cronológica entre ellas», ya que si la primeramente concertada ya había quedado consumada al mediar pago íntegro del precio por parte del comprador y entrega de la cosa por el vendedor —en caso de venta judicial por la adjudicación del bien mediante el auto de aprobación del remate—, aunque no estuviese inscrita, ya no existiría «un verdadero supuesto de doble venta sino una venta (nula) de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto». Las varias ventas, pues, han de haberse celebrado antes de que la propiedad de la cosa haya sido adquirida definitivamente por un comprador, ya que se tiende a solucionar la cuestión de quién la adquirirá, mientras que si la cosa se vende a alguien que la adquiere, ya no hay problema de a quién corresponde, y cualquier venta posterior que se haga de la misma cosa por el vendedor que, por haberla transmitido ya a otro comprador, no es su dueño, deberá regularse por las reglas de la *venta de cosa ajena* y no por la de la *venta múltiple*³⁰.

No obstante, para un importante sector doctrinal, el supuesto de la doble venta no es incompatible con el de la venta de cosa ajena, ni resulta desplazado por él; constituye, por el contrario, un peculiar caso del mismo, específicamente considerado y regulado por la ley en razón de su peculiaridad. En consecuencia, la doble venta y la venta de cosa ajena o adquisición *a non domino* tienen, al menos, un punto en común: existe doble transmisión y, por ende, es también aplicable el artículo 1473 CC cuando se da una subespecie de la adquisición *a non domino*, la venta por el *ex dominus*, es decir, por quien era dueño pero ya no lo es en el momento de perfeccionar o consumir (por la tradición) un segundo contrato de compraventa, debido a que con anterioridad ya había consumado otro anterior, si bien no en forma definitiva o inatacable en cuanto seguía con la titularidad registral del inmueble³¹.

Ahora bien, cuando, planteado el conflicto de la doble venta, el adquirente de inmueble que primero inscribe de buena fe es, además, el comprador que, con independencia de haber sido el segun-

³⁰ ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, pp. 885-886. GARCÍA CANTERO («Comentario al artículo 1473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1980, p. 249), confirma que, por «definición, las diversas compraventas deben haber sido realizadas antes de que alguna de ellas haya alcanzado su consumación». Vid. también, p.e., SSTs de 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994.

³¹ Vid. GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, cit., p. 190), PETIT SEGURA (*La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, p. 106), RUBIO GARRIDO (*La doble venta...*, cit., p. 51), etc.

do en perfeccionar el contrato, había ya adquirido la propiedad –y no el primer comprador– según lo establecido por los artículos 609 y 1095 del CC para la adquisición por vía de contrato, asistimos a la protección de una adquisición a título derivativo, *a domino*, por transmisión. Por tanto, yo partiré, obviamente, del presupuesto de que la primera adquisición estuviera ya consumada, esto es, de que ya existiera título y modo, pues, en caso contrario, el segundo adquirente –cuya adquisición sí estuviese consumada– no tendría que acudir al mecanismo de la fe pública registral para estar protegido –porque «no se anula o resuelve el derecho del otorgante»–, ni debería exigírsele buena fe hasta el momento de la inscripción. En esta hipótesis, el segundo adjudicatario adquiere *a domino*, ya que no hubo traspaso de propiedad al primero, de manera que no puede verse perjudicado por el conocimiento posterior de la venta de su *tradens* a otra persona. En la medida en que no tuvo noticia de inexactitud registral alguna, pues adquirió del titular registral en el momento en que todavía era el *verus dominus*, ni necesita de la protección del artículo 34 LH, ni puede verse afectado, repito, por esa información subsiguiente a la adquisición, aunque sí por la previa. Piénsese en el supuesto del doble embargo de una finca en el que el primer adjudicatario tuviere título pero no modo –le falta el testimonio del auto de adjudicación–, mientras que en el segundo concurrieren ambos elementos del artículo 609 CC e inscribe de buena fe³².

Es más, a falta de prioridad posesoria y de previa inscripción de buena fe del primer adjudicatario y careciendo también el segundo de inscripción, pero no de posesión, éste seguirá siendo preferente en la resolución del conflicto dominical planteado, y ello aunque llegue a conocer la existencia del primer adquirente –no inscrito– antes de que pretenda inscribir, ya que, a falta de inscripción, será preferido el primero que tuviera título y modo, esto es, «*quien de buena fe sea primero en la posesión*» (art. 1473, 3.º, primer inciso, CC), de manera que la buena fe se precisa, ahora sí, en dicho momento de entrar en la posesión del inmueble, pues con ella se ha anudado el título dominical con la tradición, requisitos imprescindibles para adquirir la propiedad según el artículo 609 CC (STS de 4 de marzo de 1988).

Respecto de lo anterior, hay que subrayar que para un destacado número de autores debe matizarse, en esta sede, la virtualidad

³² En esta línea, la STS de 29 de julio de 1999 (como la de 31 de marzo de 1995) concedió preferencia al adquirente –inscrito– por subasta judicial de finca de cuya inscripción se había cancelado por caducidad la anterior anotación de embargo a favor de un primer ejecutante cuya adquisición no se había consumado.

transmisiva de la tradición instrumental³³. El modo documental, por el que se trasmite la propiedad en una venta singular aunque el vendedor no sea efectivo poseedor, no es idóneo, se dice, para servir en una doble venta como criterio de preferencia, porque mediante documento público, con independencia de su valor traditorio, no se puede tomar posesión a los efectos del artículo 1473, 3.º CC, cuando proclama que en tales conflictos «*pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión*»³⁴. En el caso de doble venta inmobiliaria, no es que se niegue al documento público su eficacia traditoria, pues el artículo 1473, 3.º CC no deroga el artículo 1462, 2.º CC, sino que se rechaza su suficiencia para decidir a quién corresponde la propiedad, y ello porque las formas desmaterializadas de tradición no son suficientes para despejar la incertidumbre social creada. La posesión que decide en el artículo 1473, 3.º CC es la *possessio realis* o posesión material, posesión que presupone la *traditio* pero que no se sigue de toda forma de tradición. Y ello es así porque el artículo 1473 CC es un precepto que, respetando en lo posible el sistema del título y el modo, resuelve dando preferencia frente a los demás compradores a aquel que, además de haber consumado un proceso adquisitivo completo, se ha adelantado a los otros dando a su adquisición una forma de publicidad que evite una posterior adquisición de buena fe más merecedora de la protección de la ley. La posesión, pues, que, en defecto de inscripción, decide cuál de las sucesivas adquisiciones es preferente, es la posesión real en su dimensión naturalmente publicadora del derecho real del dueño; no la que, sin manifestación material con-

³³ Así, p.e., ALBACAR LÓPEZ (*Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, V, Madrid, 1991, p. 221), para quien la tradición instrumental es una presunción *iuris tantum* que no implica necesariamente la transferencia de la posesión, combatible cuando no concuerde con la realidad; GARCÍA CANTERO («Comentario al artículo 1473», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1980, p. 225); GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*op. cit.*, pp. 117-118), GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 204 ss.), LALAGUNA DOMÍNGUEZ («La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, 2002, pp. 850-851 y 866), etc., y otros indicados en la nota siguiente. También algunas antiguas SSTs (22 de marzo de 1930, 9 de junio de 1955, 12 de abril de 1957 y 17 de noviembre de 1959, entre otras), recogen esta inteligencia.

³⁴ Para PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1956, p. 189), «sólo cabe referirse a la posesión de que habla este artículo a base de concebirla como efectiva posesión real o de hecho», pues «la tradición instrumental del artículo 1462 del Código Civil sólo puede tener eficacia a base de la inscripción de la escritura en el Registro»; y según MOLINA GARCÍA (*La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, p. 218), «la presunción de la tradición *ficta* tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada». Ante el otorgamiento de dos compraventas, una primera en documento público y otra posterior en contrato privado, prevalece esta última si el comprador entró en la posesión real y efectiva de la finca (STS de 9 de junio de 1955).

gruente, pueda simbolizarse o fingirse documentalmente a efectos traicioneros para la transmisión de la propiedad³⁵.

A la inteligencia anterior se opone otro sector doctrinal³⁶. La posesión a que se refiere el artículo 1473, 3.º CC, se dice, puede ser tanto la material como la ficticia (*ficta possessio*), pues esta conclusión es la única que permite la teoría del título y el modo, fundamento necesario del papel atributivo asignado a la posesión en el precepto. Haciendo suya la argumentación de la STS de 25 de marzo de 1994³⁷ se señalan, además, dos alegaciones fundamentales. La primera, que el artículo 1473, 3.º CC se refiere únicamente a la «posesión», sin añadir real, y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*; las palabras tomar posesión, y primero en la posesión, han de considerarse equivalentes a las de tradición real o fingida a que se refieren los artículos 1462 a 1464 del CC. La segunda, que el artículo 1462, 2.º CC no hace distinciones ni salvedades, y es evidente que la tradición instrumental transmite la posesión «real», siempre que no se pruebe lo contrario. Ser primero en la posesión alude a cualquier modo de adquirir la posesión, sea de hecho o de derecho, sobre todo, en cuanto que en las transmisiones de inmuebles las formas espiritualizadas de tradición son, más que normales, indispensables. Además, no debe olvidarse que sólo la transmisión mediante escritura pública o documento público equivalente es la que transfiere el dominio y la acción real sin necesidad de justificar la entrega material de la cosa vendida, no así cuando la base de la enajenación es un documento privado. Por todo ello, se concluye, la posesión derivada de la tradición instrumental es apta, a falta de inscripción, para servir de criterio de preferencia en el supuesto de doble venta de inmuebles regulado por el artículo 1473 CC y, en su caso,

³⁵ GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, cit., p. 206. Además, se dice –y yo no estoy de acuerdo–, que si se mantiene que el documento público equivale a la entrega, conforme al artículo 1462, 2.º CC, se vendría a suplantar el tercero de los criterios de preferencia del artículo 1473 CC, a saber, la antigüedad del título adquisitivo, pues siempre resultará preferente el título de fecha más moderna, por estar incorporada la tradición a la escritura pública. Por tanto, no habiendo posesión material, siempre que se pueda probar la mayor antigüedad del título de una primera venta, celebrada verbalmente o en documento privado, será preferente sobre la más moderna, aunque ésta figure en escritura pública o documento público asimilado (LAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 850 y 865 ss.).

³⁶ Vid. ALBALADEJO («Pluralidad de ventas de una misma cosa», *Revista de Derecho Privado*, 1976, noviembre, pp. 888-889), y «no sólo porque la Ley no excluye ninguna clase de posesión, sino porque es... el sentir del Tribunal Supremo», como se ve, p.e., en las SSTs de 5 de noviembre de 1973 y 19 de noviembre de 1975; MANRESA (*Comentarios al Código Civil Español*, XII, Madrid, 1921, pp. 175-176), RUBIO GARRIDO (*La doble venta...*, cit., p. 107), etc.

³⁷ Explica también esta resolución que en «todo caso, la posesión real no es equivalente a posesión o detentación material, como se ve en varias relaciones jurídicas contractuales (arrendamiento, depósito, precario, etc.)», y que las «distinciones que respecto de la posesión se hacen en los artículos 430, 431 y 432 del Código Civil... ponen de relieve la ambigüedad» de lo que sea «posesión real».

para demandar de desahucio al ocupante material de la finca cuyo título se funde en documento privado.

A) Doble venta judicial y artículo 1473 CC

En los casos de doble venta judicial de una finca, a pesar de las diferencias existentes entre las ventas voluntarias y las forzosas, como donde existe la misma razón idéntica debe ser la regla aplicable (*ex art. 4 CC*), puede hablarse aquí, se dice, de doble venta y aplicarse la solución contenida en el artículo 1473, 2.º CC. En el supuesto de doble venta existe título y modo en ambos casos, y precisamente porque en ambos supuestos se ha operado la transmisión, es por lo que hay que adoptar un criterio que sirva para resolver el conflicto ocasionado por la concurrencia de dos transmisiones completas y válidas, y dicho criterio no puede ser otro que primar la apariencia, y esta apariencia es, en primer lugar, la inscripción en el Registro, por lo que será preferente quien primero inscribe de buena fe³⁸. Aunque la adquisición se consuma mediante la concurrencia de título y modo, para obtener definitivamente la condición de propietario frente a otro adquirente se requiere la inscripción de buena fe. El artículo 1473, 2.º CC aparece, pues, como una norma que, teniendo que elegir entre el comprador anterior que permite la subsistencia de una apariencia jurídica contraria a su derecho y el posterior que adquiere confiando en ella de buena fe, decide a favor de este último que accede al Registro de buena fe³⁹.

La prioridad de la inscripción que resuelve el conflicto del artículo 1473, 2.º CC se funda en que el ulterior adquirente –sea o no poseedor efectivo del inmueble–, completa su protección frente a otras personas que, habiendo consumado anteriormente su adquisición, todavía no inscribieron su derecho⁴⁰. La inscripción, se sigue

³⁸ Como resalta la STS de 6 de mayo de 2004, «no faltan sentencias que aprecian la existencia de doble venta en ese supuesto y la resuelven a favor de quien primero inscribió en el Registro de la Propiedad, con independencia de que se hubiera consumado la primera compraventa». Inscripción que, por supuesto, deberá ser de buena fe, pues la prioridad en la inscripción no convalida la mala fe existente: p.e., SSTS de 23 de enero de 1989, 20 de julio de 1990, 10 de abril de 1991, 23 de diciembre de 1992 y 27 de septiembre de 1996. No obstante, como critica RUBIO GARRIDO («Comentario al artículo 1473 CC», en *Comentario...*, *cit.*, pp. 65-66), la STS de 2 de julio de 1999 parece preferir al que primero inscribe, aunque se califica como sujeto de mala fe.

³⁹ GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, p. 188); quien ve en el artículo 1473 CC una norma de protección de la apariencia jurídica también en su obra: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, pp. 405-408.

⁴⁰ Para AMORÓS GUARDIOLA («Comentario al artículo 1473» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo, VII, 2.º, Madrid, 1978, pp. 288-289), el artículo 1473 CC invoca directamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito del artículo 32 LH, ya que al tercero que inscribe no le afectan los actos inscribibles no inscritos; para SANZ

argumentando, tiene la virtualidad de convertir al adquirente en propietario frente a todos, lo que implica que su derecho de dominio goce en el orden jurídico de una publicidad tal que lo hace invulnerable frente a cualquier título anterior no inscrito, cuyo titular, pues, tenía una tradición menguada, una curiosa forma de «propiedad relativa»⁴¹. En función del artículo 1473, 2.º CC, en la doble venta inmobiliaria –incluso tratándose de inmuebles inscritos, según algunos–, cuando el primer comprador entra en posesión de la finca, pero no inscribe, no adquiere definitivamente la propiedad, que según el Registro sigue correspondiendo al vendedor cuando procede a realizar la segunda venta, de modo que no habría venta de cosa ajena, pues la primera no transmitió la propiedad. La primera venta no inscrita es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda adquisición es válida y deriva del dueño inscrito (adquisición *a domino*), a diferencia de los casos de venta de cosa ajena y de venta sin objeto o sin legitimación⁴². En definitiva, vendida judicialmente una finca doblemente, el segundo adquirente será preferente si es de buena fe e inscribe primeramente, y el primer adjudicatario, aun poseedor a título de dueño, no fue diligente en la inscripción de su derecho. En cuanto que el Registro de la Propiedad debe realizar, en materia de inmuebles, la misma función que la posesión en sede de muebles, también el Código Civil, *ex* artículo 1473, 2.º, permite que, desconociendo la venta e inscribiendo de buena fe, pueda todavía un tercero adquirir de quien ya vendió, creyéndole aún dueño.

B) Doble venta judicial y fe pública registral

A mi juicio, en sede de doble venta judicial, tratándose de inmuebles inscritos, será el Registro el que definirá toda cuestión

FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 257-258), en cambio, no es sino una aplicación de la fe pública registral; criterio que comparte la STS de 4 de marzo de 1988 que, en estos casos, considera «justificada la aplicación (conjunta) de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria».

⁴¹ Pues la tiene el primer adquirente respecto de su transmitente y también la conserva el vendedor respecto de terceros (cfr. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 88; y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 836-837). En el artículo 1473 CC, la inscripción «es modo de adquirir el dominio (“por ley”, artículo 609) *in loco traditione*» (NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 22, 1949, p. 159, nota 12).

⁴² GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 81), y, en el mismo sentido, CLEMENTE MEORO (*El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, pp. 155-156), MIQUEL GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 56), etc. GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 198 y 200), en cambio –y yo estoy de acuerdo–, ve en el comprador preferido en el artículo 1473 CC un adquirente *a non domino*, pues existe «un proceso transmisivo completo y válido, anterior al consumado por el que inscribe, y, no obstante él, una adquisición por éste, sin relación alguna con el primer comprador», adquisición «justificada por la protección de las adquisiciones de buena fe».

que pueda suscitarse respecto de la eventualidad de que alguien celebre sucesivamente diversos actos de disposición sobre un mismo bien registrado. La solución de estos conflictos, pues, no derivará del artículo 1473, 2.º CC –aunque también pueda proteger una adquisición *a non domino*⁴³–, sino de su vinculación necesaria al sistema inmobiliario registral, esto es, a la virtualidad del artículo 34 de la LH⁴⁴. En efecto, en virtud del principio hipotecario de fe pública registral (art. 34 LH), puede producirse una adquisición *a non domino* que haga preferente a un comprador y que haga perder la propiedad al adquirente que recibió primero la tradición; primacía que se concederá tan sólo al comprador que cumpla cabalmente los requisitos exigidos por el susodicho postulado⁴⁵, en particular, el de la propia inscripción del segundo adquirente. Ahora bien, y quede esto claro, en nuestro Derecho, el adquirente inmobiliario sin inscripción registral es verdadero adquirente y efectivo propietario, y como tal podrá disfrutar y ejercitar *erga omnes* su derecho real. Si posteriormente ese tal derecho aparece enfrentado con otro adquirido de buena fe e inscrito, y en tal colisión perece, ello no implica que el primero no fuera verdadero derecho legalmente adquirido. Significa tan sólo que su compra quedó legalmente sometida a la eventualidad resolutoria de esa otra posterior considerada preferente por la ley, bien *ex* artículo 1473, 2.º CC, bien mediante el artículo 34 LH. Cuando en nuestra doctrina y para nuestro Derecho se habla de que alguien, según haya inscrito u omitido la inscripción, es propietario «respecto de todos» o sólo «en relación con el vendedor», o de que, mientras la

⁴³ Como indica GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 189 y 198; y en *La representación...*, *cit.*, pp. 405-408), el artículo 1473 CC es una norma consagrada de distintas formas de adquisición *a non domino*, pues se trata de ventas sucesivas de un inmueble hechas a distintos compradores por quien aparece como dueño del mismo, aunque deje de serlo como consecuencia de la primera venta; y en una de sus hipótesis sobre inmuebles, la adquisición deviene inatacable mediante la inscripción (PETIT SEGURA, *op. cit.*, p. 105).

⁴⁴ Para LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, p. 870), en cambio, «el conflicto entre los dos posibles adquirentes de dominio en una doble venta queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 LH, circunscrito a la doble transmisión sucesiva en que la propiedad pasa de un primer titular inscrito, A, a otro, B, y de éste, que aparece en el Registro con facultades para transmitir a un tercero, C, que es mantenido en su adquisición en base no al principio de prioridad sino de fe pública. En el supuesto del artículo 34 LH, hay una sucesión lineal (de A a B y de B a C), en la que el conflicto que se resuelve está planteado entre el *verus dominus* y un *tercero*, que adquiere de quien no es propietario... En la doble venta, el comprador a quien se atribuye la propiedad adquiere siempre *a domino*. El comprador que primero inscribe queda protegido por el artículo 32 LH. No es un *subadquirente*, como en el supuesto del artículo 34 LH, sino un *adquirente*». A mi modo de ver, y como se verá en abundante doctrina, también puede operar el artículo 34 LH en un supuesto de doble venta.

⁴⁵ La STS de 5 de diciembre de 2002, p.e., tratándose de un titular registral no dueño real, optó por aplicar el artículo 34 LH a dicha adquisición *a non domino*, desechando el juego del artículo 1473 CC por estar restringido sin más al «terreno de una doble venta».

inscripción no tiene lugar, la constitución del derecho real es menos plena, relativa, aunque haya mediado tradición material, se incurre en un error, pues no es admisible, por su propia naturaleza, la posibilidad de un derecho real sin absolutividad u oponibilidad *erga omnes*, o sea, no cabe la existencia de una presunta «propiedad relativa».

Además, el diverso ámbito del artículo 1473, 2.º CC –y del artículo 32 LH, en cuanto que existe identidad de naturaleza y criterio de solución aplicado en ambos preceptos–, se observa claramente en cuanto que se refiere –a diferencia de lo que sucede en el artículo 34 LH–, a la inmatriculación de la finca, a la primera inscripción de dominio que encabezará el folio abierto al inmueble, para preferir entre los demás –por haberse adelantado a ellos–, en caso de doble venta, al comprador que primero inscribe, sin que sea necesaria una inscripción fundamentada en otra anterior y derivada de ella. Tampoco aquí la inscripción hace nacer el derecho que publica, pero su práctica diligente determina el triunfo del derecho inscrito sobre el no publicado cuando ambos proceden de actos sucesivos de un mismo transmitente. La inscripción pone a salvo la adquisición del comprador posterior que la practica respecto a la de cualquier otro comprador anterior no inscrita; o, lo que es lo mismo: el derecho anterior no inscrito no perjudica al adquirente posterior que se adelanta en inscribir el suyo. Es muy claro que en nuestro Derecho el artículo 1473, 2.º CC hace aplicación de esta forma de inoponibilidad-prioridad cuando proclama propietario a aquel de los sucesivos compradores de una misma cosa inmueble que antes la haya inscrito en el Registro. Por todo ello, el artículo 1473, 2.º CC no es norma inspirada por el principio de fe pública registral, sino por el de prioridad e inoponibilidad de lo inscribible y no inscrito al tercero que inscribe (art. 32 LH), de modo que quien inscribe primero, ajeno al contrato que se dejó de registrar, será protegido en la adquisición frente a quien previamente adquirió ese mismo derecho pero omitió su inscripción. Y ello es lógico: la seguridad del tráfico inmobiliario reclama la publicidad de los derechos reales, y el adquirente que reúna las condiciones de protegibilidad requeridas por el ordenamiento no puede quedar a merced de reclamaciones basadas en derechos no inscritos. La adopción del folio real y las exigencias del tracto sucesivo imponen el cierre del Registro a cualquier título anterior al ya inscrito y que sea incompatible con él, de ahí que el artículo 17 LH limite los beneficios de la prioridad a quienes inscriben o anotan preventivamente en el Registro *«cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales*

impuestos sobre los mismos». La inscripción no da razón, por ella misma y necesariamente de la existencia y validez del derecho inscrito (art. 33 LH), pero, mientras no se la impugne, fundamenta una presunción (arts. 1, 3.º, y 38, 1.º y 2.º, de la LH) a la cual necesariamente ha de estarse.

Es cierto que cuando el principio de inoponibilidad se conjuga con el de fe pública en un mismo sistema puede producirse la superposición de ambos en una zona común, pero nada impide que, también en ese régimen, el postulado de inoponibilidad pueda jugar separadamente, como principio autónomo y con contenido propio, y sin necesidad de apoyo —como componente negativo— en el de fe pública registral⁴⁶. Y es éste el momento en el que conviene, aunque sea someramente, deslindar el principio de inoponibilidad del artículo 32 LH y el de fe pública registral del artículo 34 LH. El contraste del artículo 32 LH con la hipótesis normativa del artículo 34 LH y con el efecto que en él se sanciona es claro: de un lado, porque en el 32 no se exige ni tutela la confianza en dato registral alguno, de modo que, en nuestro sistema, el dato de la previa inscripción traza la frontera entre el juego del principio autónomo de inoponibilidad, cuando se inscribe sin apoyo alguno en inscripción anterior, y el principio de fe pública registral que sí requiere dicha previa registración; de otro lado, porque a la adquisición registralmente protegida según el artículo 32 LH no se le otorga protección absoluta, pues el verdadero dueño de la cosa adquirida e inscrita —si no lo era el vendedor que de ella dispuso— podrá reivindicarla con éxito de quien la inscribió a su favor. En efecto, el *verus dominus* —que no lo sea por adquisición anterior no inscrita y derivada del mismo transmitente— puede reclamar al inmatriculante —quien no pudo confiar en titularidad proclamada por el Registro—, desde luego, antes del transcurso de los dos años de suspensión de efectos de la inmatriculación contra terceros (*ex* art. 207 LH); pero también después de dicho plazo, ya que el mismo lo que suspende es el juego de la fe pública registral, y ésta no aprovecha al inmatriculante. En definitiva, el principio de inoponibilidad derivado del artículo 32 LH (en relación con el art. 1473, 2.º, CC) protege contra el primer comprador, que no inscribe, al segundo, que lleva su adquisición al Registro, premiando así su mayor diligencia: la que le lleva a acogerse al Registro y a colaborar de tal forma con su función aseguradora del tráfico. El principio de fe pública registral del artículo 34 LH, en cambio, par-

⁴⁶ *Vid.*, en este punto, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1993, p. 314); GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 427); GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, pp. 196-197), etc.

tiendo de la inscripción anterior, protege a quien, confiando en dicha inscripción, adquiere de titular registral. Por último, y conforme a lo anterior, si el artículo 32 LH quedara embebido por el artículo 34 LH se dejaría sin solución registral el caso de la doble venta de finca no inmatriculada, o, dicho de otro modo, se negaría todo valor a la inscripción cuando lo que con ella se hiciera llegar por primera vez al Registro fuera una finca previamente vendida por el mismo vendedor a otro comprador que no la inscribió⁴⁷.

El Registro de la Propiedad puede, pues, proteger las adquisiciones *a non domino* en dos formas distintas: primera, acogiendo, simplemente, la adquisición de buena fe que primero se inscribe (arts. 1473, 2.º, CC, y 32 LH: principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito), de modo que la inscripción no haría nacer el derecho que publica, pero su práctica determinaría el triunfo del derecho inscrito sobre el no publicado cuando ambos procedieran de actos sucesivos de un mismo transmitente. Ahora bien, esta adquisición no llegaría a ser protegible si el comprador que inscribe la hubiera llevado a cabo sabiendo que el vendedor, al tiempo de transmitirle, no era ya dueño del objeto vendido; el artículo 32 LH, como el artículo 1473 CC, en cuanto protege no sólo por haber adquirido creyendo hacerlo del todavía dueño, y en cuanto no protege absolutamente o contra la reclamación del *verus dominus*, sea éste quien sea, sino sólo frente al comprador anterior que no inscribió, no es norma de exclusiva aplicación del principio de protección de la apariencia jurídica; pero tampoco es norma sanante de una adquisición cuya irregularidad conozca el adquirente. La segunda forma de salvaguarda de las adquisiciones *a non domino*, requiere fundamentar, además, la apariencia de titularidad y legitimación del transmitente y, *eo ipso*, alimentar la buena fe del tercero adquirente acerca de ellas (art. 34 LH: principio de fe pública registral), esto es, precisa suplir, en interés del tráfico inmobiliario de buena fe, el defecto de titularidad o poder dispositivo del transmitente. Así, si por haberse consumado ya una venta anterior se produce una posterior venta de cosa ajena, el segundo adquirente será el propietario definitivo en aplicación del artículo 34 LH que consagra una adquisición *a non domino*.

⁴⁷ «Principio de inoponibilidad y principio de fe pública registral, pues, no son magnitudes que, por incompatibles, se excluyan recíprocamente, o tengan que fundirse como aspectos distintos en la unidad de un solo principio, sino que cada cual, con ámbito propio, pueden convivir perfectamente en la coherente y bien trabada unidad de un mismo sistema» (GORDILLO CAÑAS, *El principio de inoponibilidad...*, cit., p. 448). En contra, LASARTE ÁLVAREZ (*Principios de Derecho Civil*, 5.º, Madrid, 2001, p. 424), mantiene que la *ratio legis* del artículo 32 LH únicamente «consiste en ratificar, desde el punto de vista negativo, cuanto el artículo 34 expresa en términos positivos».

En realidad, adquirido ya conforme a Derecho un derecho real por la concurrencia de título y modo –derivado éste de la posesión o del otorgamiento de escritura pública o de documento público asimilado–, la protección definitiva de un segundo adquirente aparece como una anomalía, como una privación de derechos adquiridos legalmente y con anterioridad, que no puede justificarse, tratándose de inmuebles inscritos, sino por la conjunción de los presupuestos contemplados en el artículo 34 LH. Así, en sede de doble venta judicial, prevalecerá el derecho del ulterior adquirente que pueda ser considerado como tercero hipotecario, aquilatando su buena fe hasta el momento de su inscripción, lo que derivará de que el procedimiento de apremio por el que adquirieron otros u otro anteriormente no constaba ya en el Registro de la Propiedad por haber sido cancelada –normalmente por caducidad– la primitiva anotación de embargo que dio lugar a la primera adjudicación. Si se dan todos los requisitos de protección del tercero registral, obtendrá una posición inatacable aquel segundo adjudicatario que inscriba de buena fe sin que haya todavía accedido al Registro la primera transmisión realizada. En cambio, si el segundo adquirente presenta su título a inscripción tras haber accedido al Registro la primera transmisión clandestina, el Registrador deberá denegar esa registración, pues, al quebrarse uno de los pilares de la fe pública, la buena fe, concurre un obstáculo insalvable para que dicho posterior adjudicatario pueda lograr una posición inatacable. Así, por ejemplo, se puede colegir de la STS de 27 de diciembre de 1983 en la que se hizo prevalecer la transmisión previa a la derivada de una segunda anotación de embargo porque se adelantó unos días en su acceso al Registro respecto de esa misma pretensión de inscripción del ulterior adjudicatario, y ello a pesar de que la fecha de la primitiva anotación preventiva de embargo cancelada era muy anterior a la de la inscripción. Igual sucederá, como estableció la STS de 16 de junio de 1998, cuando conste en el Registro una anotación preventiva de embargo prorrogada, aunque esta prórroga fuere nula por haberse practicado cuando ya estaba vencida la primera anotación, pues, si bien el asiento es nulo, es evidente que el tercero conoció la existencia del embargo preferente y, por faltarle la buena fe, no puede ser amparado por el artículo 34 LH. Tampoco puede hablarse de buena fe –caso recogido por la STS de 18 de diciembre de 2001– si se adquiere estando un embargo anotado y, por tanto, conociéndose o debiéndose conocer, y se pospone la inscripción del derecho adjudicado hasta que aquel asiento preventivo caduca. Ahora bien, cabe preguntarse si la buena fe queda intacta, y el ulterior adquirente consolida su titularidad dominical, si al momento

de solicitar la inscripción lo que existe en el Registro es únicamente una anotación preventiva de embargo caducada –y a cuya virtud adquirió un primer adjudicatario todavía no inscrito cuya existencia se desconoce– pero aún no cancelada. El efecto *ipso iure* de la caducidad de estas anotaciones, reconocida explícita, reiterada y recientemente por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁸, debe hacernos concluir que la constancia registral de una anotación de embargo caducada, por sí sola, y sin prueba fehaciente de que realmente se conocía la realidad extrarregistral –demostración que, por supuesto, queda a salvo–, no tendrá eficacia desvirtuadora alguna de la buena fe, ni debería fundar un estado de duda en el adjudicatario sobre si la titularidad correspondía al ejecutado en la forma que proclamaba el asiento registral.

En estricta técnica jurídica, podría pensarse que en los casos de doble venta es más correcto aplicar el artículo 32 LH que el 34, porque «no se anula o resuelve el derecho del otorgante», sino que éste ya no era titular de ese derecho al momento de disponerse por segunda vez de él. No obstante, tratándose de inmuebles inscritos y doble venta, al no poder jugar autónomamente el principio de inoponibilidad –por existir previa registración–, ambos preceptos no suponen sino los dos aspectos, positivo y negativo, del mismo principio de fe pública registral. El artículo 32 alude al aspecto negativo: lo que no está en el Registro –la venta anterior– no puede alegarse contra el adquirente inscrito, no perjudica a tercero, o es inoponible. Por su parte, el artículo 34 recoge el lado positivo del principio: lo que consta inscrito en los libros –la titularidad del vendedor– puede utilizarse como presupuesto de la adquisición, sin temor a los efectos de una ineficacia sobrevenida del asiento registral que se tomó como punto de apoyo⁴⁹. Por tanto, lo que es relevante es que el tercero haya actuado basado en una situación objetiva suficientemente sólida que le permitiera creer que quien

⁴⁸ Así, p. e., la RDGRN de 10 de octubre de 2005 declara que la caducidad de las anotaciones «opera *ipso iure* una vez agotado su plazo, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico». Confirmando la RDGRN de 20 de octubre de 2005 que, cuando la anotación de embargo que sirvió de fundamento a la adquisición se encuentra caducada, es imposible practicar asiento alguno que menoscabe la eficacia de los asientos posteriores, ya que la anotación perdió «toda su eficacia registral a partir del momento en que se cumplió el plazo de su vigencia». En esta línea, ya la SAP Gerona de 22 de abril de 1997 desestimó la eficacia jurídica de un asiento de presentación caducado.

⁴⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ (*op. cit.*, p. 127); PUIG BRUTAU (*op. cit.*, p. 55); ROCA SASTRE («El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1965, p. 823); SANZ FERNÁNDEZ (*op. cit.*, p. 412); etc. Para GORDILLO CAÑAS (*La inscripción...*, *cit.*, p. 213), la «protección que depara el artículo 34 LH se dirige exclusivamente al tercero, y, a través de la fe pública registral, es consecuencia del principio de publicidad».

transmitía el derecho podía hacerlo, y, evidentemente, en la constitución de ese presupuesto objetivo previo desempeña un papel determinante el Registro de la Propiedad, pero no sólo en su aspecto positivo de publicidad, sino también en el negativo de falta de constancia registral de derechos o compras anteriores. Cuando la publicidad no se corresponde con la realidad, el Registro, para cumplir su propia función, tiene que seguir proporcionando seguridad al tercero de buena fe, esto es, recurriendo a su propia virtud y desplazando a la de la realidad no inscrita, tendrá que asegurar al tercero un resultado conforme con la información –irregular, en tal caso– que él mismo le proporcionó. El sistema registral, en consideración a la eficacia de la publicidad registral, opta por la protección del tercero hipotecario que inscribe, respecto del cual las demás ventas resultarán ineficaces, por lo que, en un sentido operativo, la inscripción refuerza su modo adquisitivo, aunque no llegue a ser constitutiva de su derecho. La existencia y transmisión del derecho real *inter partes* se produce con total independencia de la inscripción registral, pero la omisión de ésta impide al derecho real desplegar expeditamente la oponibilidad que por su propio concepto naturalmente le corresponde; por ello, el derecho real así existente y transmitido, aunque podría oponerse a cualquier tercero, no tendrá virtualidad frente a quien lo tenga adquirido e inscrito, de buena fe. En esta sede de doble venta, pues, los artículos 32 y 34 de la LH están recíprocamente involucrados en una zona única donde la inscripción reforzaría excepcionalmente su significado. Así, la preferencia dada a la venta primeramente inscrita sobre la anterior consumada pero no inscrita es una consecuencia de que los títulos no inscritos no surten efectos contra tercero que inscribe (arts. 32 LH y 1473, 2.º, CC), ni frente al adquirente protegido por el principio de fe pública registral (art. 34 LH), esto es, frente a quienes habiendo inscrito en el Registro están protegido por él, de tal modo que no pueden oponérsele los titulares anteriores no inscritos (STS de 15 de noviembre de 1990). En concreto, y respecto del principio de fe pública registral, el que ignorante de la equivocación en el asiento registral acude al Registro y contrata en la seguridad de que no hay inscripción o anotación que pueda perjudicar a la adquisición de un derecho real, no debe experimentar daño por la omisión del que no cuidó oportunamente de que la inscripción fuera modificada, por más que éste tuviera un derecho real ya existente. La finalidad aseguradora de las adquisiciones de buena fe que el sistema registral se propuso introducir en el tráfico inmobiliario por la vía del artículo 34 LH es incompatible con la posibilidad de que cualquier derecho real, por muy existente que sea –por la concurrencia de título y modo–, pueda sorprender

perjudicialmente a quien, sin tacha alguna de mala fe, se haya colocado en situación de resultar objetivamente alcanzado por su característica absolutividad.

En particular, en caso de doble venta judicial, la no constancia registral del primer embargo y la falta de inscripción del primer adjudicatario implica una inexactitud registral que no puede afectar al tercero de buena fe del artículo 34 LH. En efecto, la protección derivada del principio de fe pública registral no queda eximida por la inexactitud del Registro, cualquiera que sea su causa, ya sea porque no han accedido al mismo determinados actos o contratos anteriores, ya sea porque, correcta o incorrectamente, hayan sido erradicados del contenido registral determinados negocios jurídicos o derechos a través de la cancelación de los asientos que causaron, quedando así configurado el contenido registral que fue tenido en cuenta por los terceros –mediante la correspondiente certificación de cargas⁵⁰–, quienes no pueden sufrir las consecuencias de un actuar negligente, ya sea de los particulares que no accedieron oportunamente al Registro, ya del propio encargado del mismo. En definitiva, la primitiva adquisición del dominio por consumación de la enajenación forzosa e, incluso, la toma de posesión a título de dueño por parte del primer adjudicatario ceden ante el derecho prioritario del segundo adquirente inscrito, al que tampoco obsta el que el titular registral, embargado por segunda vez, no fuera ya el propietario ni tuviera la posesión material o de hecho de la finca.

Pero, de nuevo, la cuestión radica en fijar el momento en que debe existir la buena fe del tercero del artículo 34 LH en estos casos. Curiosamente, el argumento en el que suelen coincidir las diversas sentencias incardinadas en las dos tesis jurisprudenciales –ya apuntadas– sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales es el siguiente: mientras no se produce el tránsito del derecho de crédito al derecho real, sigue teniendo trascendencia, a los efectos de la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, el conocimiento que el tercero alcance del defecto del título de su transmitente. Una vez que se produce tal tránsito –por el auto de adjudicación o por el testimonio del mismo–, esto es, una vez que ingresa el derecho real en el patrimonio del segundo adjudicatario, como resultado de la teoría del título y el modo, ya resulta irrelevante que llegue a tener noticia

⁵⁰ Pues, conforme al artículo 656, 1.º, LEC, el «tribunal librará mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro de que se trate para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos: 1.º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado. 2.º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas...».

de esa inexactitud registral, pues se trata de un tercero adquirente a título oneroso de aquel que según el Registro podía transmitir el dominio, adquisición que, al momento de su consumación, era de buena fe (STS de 14 de octubre de 2002). No obstante, a esta argumentación se le puede hacer una objeción esencial: la adquisición del tercero registral no es una adquisición *a domino* en la que es determinante la conjunción del título y el modo (*ex art. 609 CC*), y para la cual no hace falta la protección dispensada por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH⁵¹, sino una adquisición *ex lege* –por mandato de la ley, sustentada en razones de seguridad jurídica y confianza en la apariencia registral–, *inscriptionis causa* –pues la inscripción, junto a los demás requisitos, sustenta el derecho adquirido– y *a non domino*. Basta con tener en cuenta aquí que la tradición y la fe pública registral entran en juego en momentos distintos y, por consiguiente, con alcance muy diferente: la tradición desarrolla su eficacia en el momento del nacimiento del derecho real y con referencia al acto transmisorio, en tanto que la fe pública entra en liza dentro de los efectos de la inscripción, esto es, en el momento en que, al menos en apariencia, el derecho real ya existe y es perfecto, y si convalida el acto de disposición *a non domino* es porque se cumplen todos los requisitos del artículo 34 LH y, especialmente, el de la inscripción⁵²; momento hasta el que, por tanto, debe subsistir la buena fe del tercero⁵³ (STS de 23 de mayo de 2002). Si bien la buena fe debe estar presente al momento de la celebración del contrato, deberá perdurar hasta su inscripción, por cuanto todos los requisitos para el funcionamiento

⁵¹ P. e., DE LA RICA (*Dualidad...*, *cit.*, p. 642) declara terminantemente que la «antigua teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y los derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria».

⁵² La SAP Alicante de 31 de enero de 2002, p. e., negó la condición de terceros hipotecarios a los cesionarios de un remate, entre otras razones, porque no habían procedido a inscribir su título de adquisición. Para algunos, incluso, la «inscripción tiene eficacia constitutiva, cuando, careciendo el titular inscrito del derecho aparentado por la inscripción (Registro inexacto), adquiere de él un tercero protegido por el principio de fe pública registral» (GARCÍA VALDECASAS, *La posesión*, Granada, 1987, pp. 93-94). En el mismo sentido, *vid.* PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 612.

⁵³ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (*Comentario a la STS de 18 de diciembre de 2001*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 59, 2002, p. 643); CLEMENTE MEORO (*Sobre el momento...*, *cit.*, pp. 1866-1867); GARCÍA GARCÍA (*Comentario al artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, tomo VII, vol. 4.º, Madrid, 1999, p. 502); GORDILLO CAÑAS (*Comentario...*, *cit.*, pp. 854-855); NÚÑEZ LAGOS (*Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1950, p. 604), etc. Así parece deducirse también de la STS de 30 de noviembre de 1991 que niega la aplicación del artículo 34 LH por existir mala fe «inicial y no sobrevenida y posterior a la inscripción registral», aunque GÓMEZ-SALVAGO (*Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1991*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 28, 1992, p. 62) lo entiende al revés.

del principio de fe pública deben ser concurrentes en el tiempo: antes de la inscripción, no tiene sentido referirse a la buena fe de quien todavía no es tercero del Registro, ya que no ha inscrito su derecho. El *iter* adquisitivo de la adquisición registral *a non domino* culmina cuando el tercero adquirente inscribe su derecho; mientras ello no ocurre, todavía no ha adquirido de forma irreivindicable, y es al adquirir –a la coronación de su proceso adquisitivo–, cuando necesita estar y permanecer en su situación de buena fe. Aplicando el principio *mala fides superveniens nocet*, quien conoce la compra anterior del bien por un tercero al mismo *tradens* y *a domino* pierde su buena fe, incluso si tal conocimiento se obtiene después de tener título público –testimonio del auto de adjudicación– inscribible a su favor. En la medida en que llega a saber que su transmitente no era dueño cuando fue ejecutado, resulta de mala fe –pues conoce la inexactitud registral–, y en el conflicto entre adquirente *a domino* y el que sólo puede llegar a adquirir *a non domino* ha de ser preferido aquél si éste no es de buena fe en el momento de la inscripción; buena fe, eso sí, que se presume (art. 34, 2.º, LH).

En conclusión, la buena fe ha de darse hasta la tradición –real o ficticia– para quien adquiere *a domino*, y hasta el acceso al Registro para el adjudicatario *a non domino*. Y como el artículo 34 LH sólo es aplicable a aquellos supuestos en que no se ha adquirido *a domino*, porque si se ha adquirido de tal forma no resulta necesario ampararse en el principio de fe pública registral –sino en el art. 609 CC–, resulta que en las hipótesis de doble venta o doble disposición judicial en que sea precisa la virtualidad del artículo 34 LH la buena fe ha de subsistir hasta la inscripción⁵⁴, último requisito específico del sistema registral de adquisición *a non domino* por parte del tercero, mecanismo complejo que, de otro modo, no se consumaría.

C) ¿Supone una excepción a lo anterior el régimen de la llamada tercería de dominio?

El artículo 594, 1.º, LEC dice que el «embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si

⁵⁴ CLEMENTE MEORO (*Sobre el momento...*, cit., p. 1873). Por tanto, el «tercero adquirente no resultará protegido por el principio de fe pública registral si cuando llega al Registro la finca ya no está inscrita a nombre de su transmitente (cfr. art. 17 LH), aunque éste fuera su titular registral en el momento de la celebración del contrato, en el del otorgamiento del título público inscribible y en el de la tradición. Tampoco resultará protegido si en el momento de la inscripción consta en el mismo Registro alguna causa de anulación o resolución del derecho de su transmitente (cfr. art. 34.1 LH), aunque no constase en un momento anterior» (*ibídem*, pp. 1874-1875).

el verdadero titular no hiciese valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva»; y el artículo 175, 2.º, RH confirma que cuando «en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta. La cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1518 LEC». Con la nueva redacción de estos artículos 594, 1.º, LEC y 175, 2.º, RH⁵⁵, completados por el artículo 674, 2.º, LEC⁵⁶, resulta que la determinación del alcance con el que la ejecución ha de afectar a los titulares de derechos reales sobre la finca embargada se determina atendiendo exclusivamente a una fecha tabular, la de la publicidad registral del derecho, y sin consideración, en principio, al momento de su adquisición, de modo que el que adquiere con anterioridad a la fecha del embargo o de su anotación y, desarrollando una actuación poco diligente, se retrasa en acudir al Registro, permitiendo con ello que se anote un embargo sobre la finca todavía inscrita a favor del deudor, queda en la misma situación que el que adquirió con posterioridad a la anotación, aunque sin perjuicio, en todo caso, de que, previa inscripción de su derecho, pueda hacer valer su prefe-

⁵⁵ Vid. BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, cit., pp. 2638-2639); NAVARRO CASTRO (*Comentario a la STS de 4 de abril de 2002*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 60, 2002, pp. 978-979), etc. Para ARNAIZ RAMOS (*La anotación preventiva de embargo en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero: su eficacia en la determinación del alcance de la ejecución respecto de titulares registrales posteriores a ella*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 666, 2001, p. 1572), hay «una idea fundamental que informa el contenido de los diferentes preceptos que regulan la materia: *el de la mayor o menor diligencia con la que los afectados por el proceso ejecutivo y sus consecuencias actúen en el mismo*».

⁵⁶ Según el cual: «A instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656... También se expresarán en el mandamiento las demás circunstancias que la legislación hipotecaria exija para la inscripción de la cancelación». No obstante, el artículo 1923, 4.º, CC, aplicable a los embargos anotados por remisión del artículo 44 LH, establece que los créditos preventivamente anotados gozarán de preferencia «sólo en cuanto a créditos posteriores», lo que significa que el embargo anotado cederá ante el derecho real nacido antes del embargo o incluso después pero antes de su anotación.

rencia sustantiva a través de la correspondiente tercería de dominio. Así, al titular de un derecho real sobre el inmueble embargado se le impone una actuación diligente respecto de la ejecución que afecta a dicho bien, pues debe realizar lo necesario para conservar su titularidad, esto es, ha de acudir al proceso ejecutivo de cuya existencia tiene o puede tener conocimiento a través del Registro. Pero si no se ejercita la tercería de dominio antes de que concurren título y modo en el segundo adjudicatario, es decir, antes de dictarse el auto de aprobación del remate –u otorgarse testimonio del mismo– (art. 674, 1.º, LEC), momento límite para la interposición de aquella acción, según ordena el artículo 596, 2.º, LEC⁵⁷, es claro que el rematante adquiere una posición inatacable y puede inscribir su título en el Registro. Y ello a pesar de que, previamente, se hubiera inscrito una escritura de compraventa –voluntaria o judicial– en favor de persona diferente del deudor ejecutado, y de cualquiera que hubiera sido el momento de celebración de dicha compraventa: antes o después del embargo, con tal que se hubiera registrado después de la anotación preventiva de éste. De esta manera, la inscripción a favor del rematante exigirá, al mismo tiempo, la cancelación de esa compraventa que llegó tardíamente al Registro (*ex art. 674, 2.º, LEC*). La falta de ejercicio de la tercería de dominio otorga, pues, se dice, efectos absolutos al embargo frente a todas las inscripciones posteriores, aun cuando éstas se basen en adquisiciones consumadas anteriores a la propia anotación de embargo. Por tanto, las adquisiciones de dominio anteriores a una anotación de embargo pero inscritas tras la anotación deben ser canceladas. En cambio, si el primer comprador ejercita en tiempo y forma la tercería de dominio, el Juez le dará la razón si le considera dueño de la finca en virtud de escritura de compraventa –o testimonio del auto de adjudicación– inscrita después de haberse anotado el embargo. Toda esta argumentación se considera una mejoría importante en la defensa de los rematantes y para la

⁵⁷ «El tribunal, mediante auto, rechazará de plano y sin sustanciación alguna la demanda de tercería de dominio... que se interponga con posterioridad al momento en que, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil, se produzca la transmisión del bien al acreedor o al tercero que lo adquiera en pública subasta». Ya la RDGRN de 23 de marzo de 1993 indicó que la «consideración de que el proceso de ejecución y su resultado –el remate– han de verse inutilizados por el solo juego registral, en beneficio de una adquisición que, aun siendo anterior al embargo e incompatible con él, accede al Registro después, resulta absolutamente incompatible con uno de los postulados básicos que rigen esta institución, cual es el de la prioridad (art. 17 de la Ley Hipotecaria)... Contra lo anterior no cabe invocar que el embargo no goza de la protección por la fe pública registral. Como se ha señalado, el principio de prioridad es independiente en su esencia y alcance respecto del principio de fe pública; el título que se anticipa en el acceso registral produce por esta sola razón el cierre registral a cualquier otro incompatible, y ello aun cuando aquél no reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

credibilidad de las ejecuciones judiciales, pues se dota de mayor eficacia al proceso de ejecución y se hace más atractiva la enajenación de inmuebles embargados. En definitiva, al primer adquirente moroso en su acceso al Registro se le exige un acto de diligencia –la interposición de la tercería de dominio–, que compense su negligencia a la hora de inscribir su título de adquisición, si quiere conservar su derecho⁵⁸.

Sin negar que la posición anterior favorece la eficacia de las adjudicaciones en subastas judiciales y permite al Registro de la Propiedad incorporar a su propio fin la tutela del crédito y del proceso –terminando con las cargas ocultas e impidiendo las maquinaciones fraudulentas del deudor⁵⁹, hay que objetarle que funciona en detrimento de otra aspiración mucho más importante de nuestro sistema jurídico: la tutela jurisdiccional de la propiedad. La responsabilidad del deudor recae potencial e indistintamente sobre todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC), de modo que el embargo tiende a concretar esa responsabilidad en alguno de los bienes del deudor, sujetándolo a la satisfacción del acreedor, y, finalmente, la anotación preventiva publica tal sujeción, haciéndola cognoscible *erga omnes*. No es función de la anotación mejorar ni alterar la naturaleza del crédito en vías de ejecución, ni convertir en acreedor hipotecario al que es simple acreedor –con el conjunto de consecuencias que de ahí se seguirían–, ya que siendo la finalidad

⁵⁸ GARCÍA GARCÍA (*Derecho Inmobiliario...*, II, *cit.*, p. 770) y NAVARRO CASTRO (*op. cit.*, p. 978), quien escribe que si «el adquirente inscrito quiere evitar la cancelación de su inscripción, deberá alegar su adquisición durante la tramitación de la ejecución a través de la correspondiente tercería de dominio»; debiendo probar ser propietario del bien embargado en el momento en que se decretó el embargo (STS de 9 de abril de 1997). Para BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, *cit.*, p. 2641), ni siquiera es justo que pueda quedar perjudicado quien, «confiado en los datos registrales, sigue todo el procedimiento de apremio hasta pedir la adjudicación o hasta que un postor la pide y, justo antes de la aprobación de la venta judicial, se ve demandado en tercería de dominio por quien... lleva meses, acaso años, con una escritura de compraventa que no inscribió, y que acaba de inscribir, y que ha provocado el engaño del ejecutante quien, de haber conocido esa compraventa, ni habría embargo ni mucho menos habría seguido la vía de apremio».

⁵⁹ Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1986, pp. 110-111), es «cierto que la anotación evita el juego de la publicidad registral, pero a la vez está llamada a hacer algo más, algo positivo: *publicar el proceso*, y por esa vía salvaguardar los derechos desde la demanda, permitir la retroacción de la sentencia, y, en el juicio ejecutivo, limpiar los títulos de las cargas o gravámenes ocultos, evitando las maniobras defraudatorias del deudor y garantizando la efectividad del secuestro judicial o del proceso ejecutivo. El registro no sólo se organiza para la seguridad del adquirente, sino principalmente también para la *seguridad del crédito*». Por el contrario, SERRERA CONTRERAS («¿La imparable ascensión de la anotación preventiva de embargo?», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, pp. 75-76), opone que tampoco «es convincente el argumento de que dar preferencia a la adquisición que se inscribe con retraso obstaculiza la realización de la justicia y la efectividad del procedimiento ejecutivo. En efecto, la anotación de embargo tiene sus propios límites institucionales queridos por el Ordenamiento Jurídico; y esa limitación no puede verse como un obstáculo a la justicia, sino como un mero condicionamiento de los procedimientos ejecutivos».

del Registro el aseguramiento del tráfico inmobiliario, queda fuera de su propósito central la protección del simple acreedor, y siendo materia ajena a la suya la de la clasificación y prelación de los créditos, queda fuera de su competencia la determinación del rango de aquel cuya reclamación se asegura mediante el embargo anotado. Así, el crédito reclamado –en la consideración que por razón de su clase le corresponde–, no obtendrá del embargo y su anotación más preferencia que la de la prioridad temporal en relación sólo con otros que eventualmente puedan ser contraídos posteriormente contra el mismo deudor (art. 44 LH). La anotación sirve para asegurar la efectividad del proceso ejecutivo, y a este fin permite la oponibilidad del embargo –sea quien fuere definitiva y finalmente el acreedor que sobre la cosa embargada deberá quedar satisfecho–, al eventual adquirente de la finca gravada, impidiendo la posibilidad de que éste alegue su desconocimiento inculpable: el bien embargado podrá ser enajenado, pero sin perjuicio de la persona a cuyo favor esté la anotación (art. 71 LH). La anotación de embargo no permite al acreedor embargante acogerse a la fe pública registral, pero, al hacer cognoscible el embargo *erga omnes*, impide el juego del principio de fe pública registral en favor del posterior adquirente de la finca embargada, quien no podrá recibirla como libre de cargas. La anotación preventiva de embargo, en cambio, no pone al embargante a salvo respecto de anteriores derechos recayentes sobre la finca embargada y no inscritos en el Registro de la Propiedad. Si, aunque todavía inscrito a nombre del deudor, el bien inmueble embargado es ya propiedad de tercero, a pesar de la anotación del embargo, la tercería de dominio hará prevalecer los derechos del dueño sobre los del acreedor embargante.

Por otra parte, la falta de ejercicio de la tercería, la inadmisión de la tercería por interponerse fuera de plazo o su resolución desfavorable al tercerista no da efectos absolutos al embargo, pues no impide una posterior acción reivindicatoria para hacer valer el anterior derecho de propiedad, como resulta de la propia LEC en su artículo 603, primera parte⁶⁰. Así, el adquirente anterior al

⁶⁰ Que indica que: «La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien...». Vid. CACHÓN CADENAS (*Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, dir. Lorca Navarrete, Valladolid, 2000, p. 2955); TALMA CHARLES (*La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio*, Madrid, 2001, p. 452), para quien la «adquisición anterior prevalecerá (independientemente de la fecha de la inscripción), sobre la anotación de embargo «posterior», siempre que se haga valer en la tercería, o el declarativo correspondiente», etc. Como señala GUTIÉRREZ ZARZA («Comentario a la STS de 20 de abril de 2000», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 55, 2001, p. 63), la «jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella,

embargo que inscribe su derecho una vez que ya se ha practicado en el Registro la anotación preventiva de embargo no necesita interponer tercería de dominio si quiere defenderlo, pues el propio artículo 594, 1.º, LEC reconoce que puede ejercitar con éxito la acción reivindicatoria con el único límite de que el adjudicatario haya consumado una adquisición que sea inatacable o irreivindicable. Es cierto que los artículos 175, 2.º, RH, y 674, 2.º, LEC permiten al adjudicatario cancelar las inscripciones posteriores a la anotación de embargo⁶¹, manifestando claramente la intervención de la prioridad registral en beneficio e interés del embargo anotado, pero también lo es el carácter provisional y librario de esta protección atendida la posibilidad de reacción de los titulares de los asientos cancelables según las normas de la tercería de dominio o de mejor derecho, según proceda, en un primer momento, y, transcurrido éste, del juicio declarativo ordinario correspondiente en que podrán hacer valer la preferencia sustantiva de su derecho⁶².

tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo». Sin embargo, la reciente RDGRN de 21 de febrero de 2005 mantiene que, a «pesar de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la materia, que entiende que el juicio de tercería se limita exclusivamente a decidir sobre la pertinencia del embargo trabado, (si) la declaración judicial contenida en dicha tercería declara la pertenencia de la finca a una persona determinada con base en uno de los actos o negocios previstos por el artículo 609 del Código Civil y que como tales se consideran por el legislador aptos para lograr la transmisión del dominio... (resultará) procedente la inscripción de la declaración judicial contenida en la sentencia».

⁶¹ Tampoco puede olvidarse que es doctrina de la DGRN –*vid. p. e., R. de 10 de octubre de 2005*– que en «materia de cancelación de asientos posteriores a una anotación preventiva, la caducidad de tales anotaciones opera *ipso iure* una vez agotado su plazo, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores... no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175 del Reglamento Hipotecario dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquél en el Registro se había operado ya la caducidad».

⁶² La STS de 21 de marzo de 2003 afirma que la «Jurisprudencia de esta Sala admite reiteradamente que el embargante no está protegido contra actos dispositivos realizados con anterioridad al embargo, y que no goza tampoco de la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (SS de 12 de diciembre de 1988, 16 de febrero de 1990 y 18 de febrero de 2002, entre otras)»; y la STS de 9 de abril de 2003 confirma que una «cosa es los efectos con respecto a tercero de la cancelación de un asiento registral cancelado y, otra, la doctrina jurisprudencial que claramente establece que la anotación de embargo no inviste por sí de privilegio o de preferencia a los créditos que cubre cautelarmente respecto a los anteriores o preferentes». En la doctrina, DÍEZ-PICAZO («Las anotaciones preventivas», *Revista de Derecho Notarial*, 1964, p. 28), defiende que, en «términos generales, la anotación preventiva no produce los efectos generales de orden registral (legitimidad, fe pública, rango, cierre del Registro). El efecto esencial de la anotación preventiva... es simplemente enervar la protección de la fe pública que normalmente favorece al tercer adquirente de buena fe». En este mismo sentido, REY PORTOLÉS (*Prelación de créditos con embargo anotado arts. 1923, 4.º, y 1927, II, 2.º, del Código Civil*–, Centenario de la Ley del Notariado, Ciclo de Conferencias, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1989, p. 398), partiendo de la naturaleza procesal del embargo y de su anotación, concluye que no «puede aprovecharse de los beneficios del sistema que proporcionan las normas en que se condensan los principios de legitimación, prioridad sustantiva (o definitiva), inoponibilidad y fe pública registral».

Además, los citados artículos 175, 2.º, RH, y 674, 2.º, LEC deben conjugarse con el citado artículo 594, 1.º, LEC que, repito, sólo impide la virtualidad de la primera compra si se ha producido una adquisición inatacable por parte del ulterior rematante. Pero ello no va a poder ser así si el segundo adjudicatario tiene a la vista la existencia de una titularidad anterior y contradictoria a la suya, pero que retrasó su presentación a un momento posterior al de la anotación preventiva, mas anterior a la inscripción de aquél: resultaría absurdo dar lugar a la registración del ulterior adjudicatario y a la cancelación del asiento del titular rezagado porque éste siempre podría reivindicar la finca al rematante⁶³. Además, la cancelación obtenida en el procedimiento de ejecución no constituye una decisión jurisdiccional definitiva sobre la cuestión relativa a la titularidad de la finca, que sólo se puede obtener en un procedimiento contradictorio *ad hoc*, sino, todo lo más, consigue ubicar al ahora titular registral en una cómoda posición pasiva y trasladar al expulsado del Registro la carga de la prueba. Dicho en otras palabras, en el caso de que se obtenga del Juez la cancelación del asiento vigente –referido a la primera adquisición– y la inscripción de la segunda adjudicación, como ello no es determinante de una pérdida de derechos, siempre quedará a salvo la acción reivindicatoria⁶⁴ del primer adquirente, que deberá ser estimada, en cuanto que, como vengo defendiendo, el último adjudicatario, al conocer la existencia del primero antes de inscribir su derecho, carecería de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH por faltarle la buena fe.

Es más, la opción legal por la cancelación del asiento posterior a la anotación de embargo, en cuanto supone una presunción de la extinción de derechos, actuante en el ámbito del principio de legitimación, hace insegura la futura resolución de la controversia, puesto que dicha cancelación puede permitir que sobre la finca en cuestión aparezcan subadquirentes que gozarán de plena protección registral de modo ordinario, pues podrán adquirir de quien en el Registro aparece con facultades suficientes para disponer, o sea, del adjudicatario cuya adquisición no es en verdad inatacable. En

⁶³ Para ÁLVAREZ CAPEROCHIPI («La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, pp. 1508-1509), «la inscripción de la adjudicación no supone la cancelación automática de la inscripción incompatible, aunque ésta sea posterior a la anotación de embargo que ha causado la adjudicación, sino, en principio, la existencia de dos inscripciones sobre la misma finca... Resolver la contradicción de dos inscripciones... simultáneas es el contenido del mandamiento de cancelación, que debe efectuarlo el juez porque la contradicción registral no se puede resolver directamente aplicando el principio de prioridad».

⁶⁴ Como indica la STS de 16 de julio de 1982, en los casos en que la finca ya se ha transmitido a un segundo adjudicatario (*ex art.* 596, 2.º, LEC), la vía adecuada para que el primer adquirente defienda su posición jurídica no será ya, evidentemente, la tercería de dominio, sino la acción ordinaria correspondiente, en particular, la acción reivindicatoria.

este sentido, esos terceros podrán apoyarse en el artículo 97 LH, según el cual cancelado un asiento se presume extinguido el derecho al que se refería, a saber, el del primer adquirente. Resulta lamentable, pues, que el legislador permita conscientemente la creación de una inexactitud registral de posibles infaustas consecuencias para el *verus dominus*, quien, para evitar la posible aparición de un tercero registral del artículo 34 LH, debe interponer demanda de reivindicación y, además, pedir anotación preventiva de la misma en el Registro. Por tanto, no es descabellado defender que la cancelación de asientos posteriores a la anotación de embargo es una potestad excepcional del juez que debe emplear con prudencia, pues, en principio, éste debe respetar las inscripciones que supongan derechos preferentes⁶⁵.

De otra parte, y respecto del segundo adjudicatario: ¿adquirir de «modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva» significa sólo concurrencia de título y modo, criterio normal de la adquisición de la propiedad en nuestro sistema según el artículo 609 CC? Así parece entenderlo, incluso, la Jurisprudencia en cuanto que, por ejemplo, y como ya he apuntado, la STS de 14 de octubre de 2002 fija el momento de protección del adquirente en subasta judicial cuando adquiere el dominio por el concurso de los presupuestos de título y modo. Pero esto no es así, porque, como expuse antes, cuando se adquiere *a non domino*, esto es, de un titular inscrito que ya no es propietario en la realidad extrarregistral, la adquisición de «modo irreivindicable» del artículo 594, 1.º LEC requiere, necesariamente, el juego del principio de fe pública registral y, por ende, el cumplimiento de todos los requisitos del artículo 34 LH. El hecho de que el primer adquirente no haya ejercitado a tiempo la tercería de dominio no hace desaparecer el dato relevante de que se embargó un inmueble que ya no pertenecía al deudor ejecutado, por lo que, al final de la ejecución, el rematante no adquiere del *verus dominus*, sino *a non domino*. No es la mera adjudicación en la subasta judicial la que hace inatacable la adquisición, sino la reunión de todos los requisitos propios del tercero hipotecario en el ulterior adquirente: finalizado el procedimiento de ejecución, si el adjudicatario inscribe en el Registro, la ajenidad de la finca no será un obstáculo a la adquisición si se cumplen los demás presupuestos

⁶⁵ ALVAREZ CAPEROCHIPI, *op. cit.*, p. 1510. Para ESPEJO LERDO DE TEJADA (*Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Pamplona, 2005, p. 239), la nueva LEC «se ha manifestado con un criterio no sólo discutible sino abiertamente rechazable, habida cuenta de la importancia de los intereses en juego: el mandamiento cancelatorio no debería entrar en materias de tanta trascendencia como el asiento de propiedad sin haber regulado de forma atenta los requisitos procedimentales que garantizan que la decisión judicial no sea arbitraria».

del artículo 34 LH. Por ello, el mantenimiento irreivindicable de la compra del segundo adjudicatario debe fundarse en su consideración de tercero registral del artículo 34 LH por haber adquirido a título oneroso, de persona inscrita y de buena fe, debiendo ésta durar hasta el momento de su inscripción, último presupuesto, pero también esencial, en esta sede. Cualquier adquirente *a non domino*, también el adjudicatario en pública subasta derivada de anotación de embargo, no tiene garantizada una posición defensiva definitiva⁶⁶ más que cuando logra adelantarse a la inscripción registral del *versus dominus*, cosa que no sucede, obviamente, cuando al inscribir su derecho ya figura en el Registro una titularidad anterior incompatible y, normalmente, preferente.

2. ¿PUEDE ALEGARSE LA NULIDAD DE LA SEGUNDA VENTA JUDICIAL POR FALTA DE OBJETO Y APLICAR EL ARTÍCULO 33 LH EN VEZ DEL 34 LH?

A) Tesis afirmativa

A veces, el Tribunal Supremo ha mantenido⁶⁷ que, en los casos de doble venta judicial de una finca, consumada la primera por concurrencia de título y modo –e, incluso, sin necesidad de inscripción–, puede declararse la nulidad de la segunda subasta judicial –que dio lugar a una ulterior adquisición y, además, a su posterior inscripción el Registro de la Propiedad–, por falta de objeto de dicha enajenación forzosa –*nemo dat quod non habet*, o *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*–, ex artículo 1261, 2.º, CC⁶⁸. El rematante no puede adquirir por adjudicación judicial

⁶⁶ «La anotación, como referida a una titularidad inscrita, no actúa en el ámbito de la inoponibilidad autónoma, sino en el de la inoponibilidad que es contenido parcial y reflejo negativo de la fe pública registral, sometiendo la oponibilidad a terceros del embargo anotable a la ley de la oponibilidad de las circunstancias y condiciones del derecho inscrito: su cognoscibilidad registral. Siendo ello así, el acreedor embargante, aunque beneficiado por la anotación que le permite oponer su derecho a eventuales terceros que puedan entrar en la propiedad de la finca embargada, no resulta favorecido por los efectos que de la publicidad obtiene el adquirente que inscribe» (GORDILLO CAÑAS, *El principio de inoponibilidad...*, cit., pp. 528-529).

⁶⁷ Cfr., en este sentido, p. e., las SSTs de 18 de marzo y 7 de diciembre de 1987, 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo, 2 de julio y 24 de octubre de 1994 (el art. 34 LH «sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio»), 23 de febrero de 1995, 25 de julio, 25 de noviembre y 5 de diciembre de 1996, y, últimamente, 30 de marzo de 2002, 11 de marzo, 10 y 16 de junio de 2003 y 15 de julio de 2004. También, recientemente, las SSAP Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2004, Granada de 9 de diciembre de 2004 y Jaén de 26 de mayo de 2005 recogen esta postura jurisprudencial.

⁶⁸ Que dice: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:... 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato...». Además, el actual artículo 594, 2.º, LEC dispone que la eficacia del embargo sobre bienes no pertenecientes al ejecutado «se entenderá sin perjuicio de las acciones de... nulidad de la enajenación».

en cuanto que la finca en cuestión no pertenecía ya al titular registral ejecutado por haberse enajenado anteriormente. Los embargos ejecutivos deben recaer sobre los bienes del deudor, es decir, respecto de los incluidos en su patrimonio y de su efectiva disponibilidad, pues, conforme al artículo 1911 CC, el deudor –y sólo él– responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. De lo contrario, la gravedad del defecto, al vulnerar una norma imperativa o de obligado cumplimiento, provoca la nulidad absoluta del embargo practicado, de manera que ningún efecto puede producir en el mundo jurídico. Así, el *versus dominus* y tercero extraño al juicio ejecutivo, por no ser deudor de la cantidad reclamada, estaría facultado para promover la nulidad de las actuaciones ejecutivas, tanto las que se refieren a la traba, como las subastas y adjudicaciones llevadas a cabo, lo que determinaría la nulidad consecuente del título del adquirente –segundo ejecutante– que, por aplicación del artículo 33 LH, quedaría privado de la tutela que otorga el artículo 34 LH. Por otra parte, la protección definitiva del derecho dominical de quien era propietario real del bien al tiempo de producirse la afección, frente al tercero adquirente del mismo inmueble en la subasta que puso fin a su ejecución forzosa, que no será tercero registral, significará la insatisfacción del acreedor ejecutante, puesto que deberá procederse nuevamente al embargo de otros componentes del patrimonio del ejecutado, si los hubiera.

En esta sede, vuelve a relucir la distinción de alguna jurisprudencia entre la doble venta –tipificada en el art. 1473 CC–, que requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, lo que supone coetaneidad cronológica entre ellas, y la venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda enajenación por falta de objeto, que tiene lugar cuando la adquisición primeramente concertada ya ha quedado consumada –en este caso, por la adjudicación del bien mediante el auto de aprobación del remate o su testimonio–, aunque no estuviese inscrita⁶⁹. En estas hipótesis, por tanto, se sigue diciendo, el segundo adquirente no estaría salvaguardado registralmente, pues, al no ser tercero hipotecario, por adolecer de uno de los requisitos necesarios para su protección –la validez e idoneidad de su propio acto adquisitivo–, no se le aplicaría el artículo 34 LH, sino el artículo 33 de ese mismo cuerpo legal, según el cual la «ins-

⁶⁹ Como advierte la SAP Granada de 9 de diciembre de 2004, no puede hablarse de dolo o malicia por no haber inscrito la primera adquisición «y causar un perjuicio a los demandados, cuando es conocido el sistema no formalista de la transmisión dominical que sigue nuestro ordenamiento jurídico, donde la inscripción es puramente voluntaria».

cripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes», y es que su título o acceso registral sería nulo⁷⁰. Constituyendo el principio de fe pública registral una protección extraordinaria a favor del tercero adquirente, el título que ampara su derecho debe ser válido, ya que el Registro de la Propiedad no defiende ni convalida nulidades.

Para el que es parte en una concreta relación jurídica –por ejemplo, una venta judicial–, la inscripción no convalida la nulidad que pudiera existir en ella (*ex art. 33 LH*). En efecto, se argumenta, si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable –en este caso nulo por falta de objeto de la venta–, no hay protección por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, cuya virtualidad se refiere sólo a aquellas causas de nulidad o resolución que no están en el contrato adquisitivo en que interviene el tercero adquirente, pues, respecto a ellas, el tercero no es tal, sino parte en la relación jurídica viciada. La cualidad de *tercero hipotecario* no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe –con base en tal acto o negocio jurídico– en el Registro. Ello es así porque el Registro de la Propiedad ni purifica ni transforma los derechos reales inscritos. El Registro no es un organismo sanante o convalidante de los títulos inscritos nulos, inválidos o ineficaces, de forma que, para que los terceros adquirentes sean protegidos, se requiere que el acto o título adquisitivo correspondiente sea válido, requisito éste *sine qua non*. El principio de fe pública registral no consolida ni blindo el acto de adquisición en el sentido de convalidar de modo radical y absoluto los vicios de invalidez o nulidad que puedan afectarle o, dicho en otras palabras, aquel principio no purga las causas de nulidad e ineficacia del propio título, sino las que afectan al título del transmitente o constituyente. Todo ello, evidentemente, en virtud del principio general del Derecho *quod nullum est, nullum producit effectum*, sin olvidar tampoco que los actos nulos –a diferencia de los meramente anulables– son insubsanables y ningún efecto pueden producir⁷¹. Además, la presun-

⁷⁰ «¿Y desde cuándo es inválida la venta de cosa ajena? ¿Acaso el título adquisitivo... adolecía de causa de nulidad o anulabilidad? En modo alguno; luego yerra el TS cuando lo reputa inválido. El título... (es) perfectamente válido» (BUSTOS PUECHE, «El sujeto beneficiario de la protección registral...», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, 2003, p. 2622).

⁷¹ Es más, como advierte, p. e., la STS de 21 de enero de 2000, la negligencia del *verus dominus* por no inscribir su dominio o su inacción al no promover el incidente de nulidad de actuaciones no limita su facultad de invocar la titularidad de la finca en cuestión, pues la jurisprudencia permite pedir la nulidad de un procedimiento de apremio, en el que no se fue parte, al tercero que se ve envuelto «en una ejecución indebida, ya sea por actos nulos, ya sea por actos inocuos».

ción *iuris tantum* de exactitud registral de existencia, pertenencia y alcance de los derechos reales inscritos —que dispensa el art. 38, 1.º, LH— queda desvirtuada por la prueba en contrario que acredite la incorrección del asiento registral, por la demostración de que el Registro proclama una titularidad que no corresponde a quien figura como tal dueño, en concreto, por la constatación de la existencia de una venta firme y consumada anterior (*ex art. 609 CC*). Como consecuencia, este propietario precedente, como real y efectivo, está autorizado a pedir judicialmente que se le reconozca su titularidad dominical, a la que accedió en virtud de título y modo legalmente válidos.

En cambio, se concluye, para quien es verdadero tercero registral respecto a una relación jurídica nula precedente, la inscripción hace que su derecho real se consolide, siempre que cumpla los demás requisitos que exige el artículo 34 LH para la protección del tercero ante supuestos de nulidad. La anulación, que se referirá siempre al título del derecho del ejecutado, esto es, al título por el que él adquirió, no afectará a la fe pública registral a favor del tercero hipotecario. Por tanto, si el artículo 33 LH alude a la parte de la relación jurídica, el artículo 34 LH constituye una excepción a dicho precepto, en el sentido de que a quien es tercero respecto a una relación jurídica precedente que es nula, no le afecta la ineficacia de esa relación previa. A esta solución se llega, a título de ejemplo, si la adjudicación nula obtenida por el rematante se inscribe en el Registro, y, después, transmite la finca a otras personas y éstas inscriben a su vez la adquisición, entonces, estas últimas adquieren la cualidad de terceros hipotecarios, siendo protegidos, ahora sí, por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH (STS de 16 de mayo de 1994). Sin embargo, el cesionario de remate carecerá de la condición de tercero respecto al acto de disposición judicial llevado a cabo en el procedimiento ejecutivo, puesto que es participante o parte adquirente en el mismo, y, además, no debe olvidarse su condición de subrogado en los derechos y obligaciones del inicial rematante ⁷².

⁷² Así, la STS de 8 de febrero de 2005 advierte que la «adjudicación del remate para cederlo a un tercero se configura, en todo caso, como una *cesión del contrato* que, en realidad, supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos o pasivos derivados del contrato; objeto, por tanto, del negocio de cesión es el conjunto de efectos contractuales considerados como un *totum*. Tratándose de un negocio *unitario* aunque se produzca la sustitución de parte, la nulidad o ineficacia del mismo alcanza a todos los sujetos». Por ello, los cesionarios ocupan la misma posición que los adjudicatarios y le son oponibles las mismas causas de nulidad del procedimiento, «sin que su adquisición por medio de la cesión de remate resulte por tanto independiente y ajena a la nulidad del procedimiento... del que la cesión de remate trae causa».

B) Doctrina negativa

Evidentemente, la anterior inteligencia –que supone una nueva afrenta al principio de fe pública registral– olvida que la teoría del título y el modo, aun siendo esencial en nuestro Derecho, tiene una excepción fundamental: la que procede del artículo 34 LH en favor del tercero que de buena fe confía en el Registro, esto es, que confía en la transmisión y adquisición basadas en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su compra. En función del artículo 34 LH, y como mantiene también reiterada jurisprudencia⁷³, aunque el titular registral ya no sea el verdadero propietario –y efectivamente exista una venta de cosa ajena–, ello no comporta la automática declaración de ineficacia del segundo contrato otorgado. Si el primer comprador llegó a adquirir la propiedad por el concurso del título y el modo (*ex art. 609 CC*), es cierto que el segundo adjudicatario adquiere *a non domino*, pero ésta es la consecuencia típica de la protección de la apariencia jurídica. Si la ulterior venta supone un negocio transmisivo válido (*ex arts. 1261 y 1265 del CC*), esto es, si la subasta judicial no es nula por incumplimiento de sus requisitos formales, la adquisición sólo adolecerá de un defecto en el poder dispositivo del ejecutado, puesto que, en verdad, éste ya no puede transferir la propiedad que ya no tiene, pero, precisamente, ésa es la deficiencia –la de titularidad– que subsana la fe pública registral⁷⁴. En tanto no se declare o reconozca la ineficacia del asiento registral y se rectifique el Registro, es indudable que fundamenta una apariencia jurídica protegible, en el sentido de que alguien podrá tomar el dato registral como veraz y apoyar en él una actuación jurídica concreta, siempre que concurren todos los requisitos del artículo 34 LH. Si el antiguo titular sigue constando como tal en el Registro de la Propiedad, la protección del principio de fe pública registral –cumplidos todos sus

⁷³ Cfr. SSTS de 25 de julio y 25 de noviembre de 1996, 19 de octubre de 1998, 10 de diciembre de 1999, 21 de junio, 24 de julio y 19 de diciembre de 2000, 22 de junio de 2001, 15 de octubre y 5 de diciembre de 2002, 6 de mayo, 24 de junio y 25 de octubre de 2004, etc. En concreto, la STS de 12 de junio de 2003 razona que el artículo 34 LH «prevé la protección *iuris et de iure* al tercero hipotecario sobre la base de que ésta le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición (como el caso, el más frecuente..., de falta de poder de disposición por el transmitente) no conste en el mismo Registro».

⁷⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA (*op. cit.*, pp. 102-103) acude a la analogía: si, conforme al artículo 464, 2.º, CC, la venta de bienes muebles en subasta no sólo permite su adquisición *a non domino* en las hipótesis normales de disposición abusiva por quien no es dueño, sino también en las de muebles perdidos o sustraídos –pues su propietario debe pagar el precio dado por ellos si quiere recuperarlos–, «parece difícil que el legislador haya considerado que la adquisición en subasta pública de un inmueble no merezca llegar siquiera a contar con la protección que brinda el Registro a cualquier otra adquisición onerosa: sería una disparidad de criterio demasiado grande para poder ser justificada razonablemente».

presupuestos—, se antepone a una consumación anterior de la venta de la misma finca en favor de persona que todavía no ha registrado su derecho, pues, también conforme al repetido artículo 32 LH, los títulos de dominio sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro no perjudican a tercero, al tercero registral del artículo 34 LH. El Registro de la Propiedad, que existe a favor de los terceros, está llamado a publicar la realidad; pero cuando el dato publicado no se corresponde con dicha realidad, la propia razón de ser del Registro exige que, en beneficio de los terceros de buena fe, valga la publicidad como si con aquélla se correspondiera. Para estos terceros, pues, la inscripción a favor de su transmitente es medio creador de una apariencia jurídica en cuya confianza, y por razón de su buena fe, deben ser legalmente protegidos: para ellos —efecto inmediato de la apariencia jurídica en sentido estricto— la apariencia registral valdrá, definitivamente, como realidad.

De no prosperar la inteligencia anterior, nunca tendría lugar la adquisición *a non domino* permitida por el artículo 34 LH porque, precisamente, dicho precepto salva el defecto de titularidad del disponente, esto es, defiende frente a una disposición por quien ya no es dueño extrarregistralmente —por causa que no conste en el folio real de la finca en cuestión—, pero sí registralmente —*que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo*», dice el citado precepto—. Se defiende, así, la situación creada a favor de quien ha llevado a cabo el acto adquisitivo confiando en la publicidad del Registro⁷⁵. Aunque la titularidad registral no coincida con la extrarregistral auténtica, el artículo 34 LH consagra, en aras de la seguridad jurídica, la protección absoluta al tercero hipotecario que incluye una adquisición *a non domino* («*será mantenido en su adquisición*», señala dicho precepto). En los supuestos de aplicación del artículo 34 LH, no se olvide el principio común de exactitud registral (*ex art. 38, 1.º, LH*) juega ya con valor *iuris et de iure*⁷⁶, o sea, sin admitir prueba en contrario, en concreto, que el objeto de la venta voluntaria o forzosa ya no era propiedad del ven-

⁷⁵ El artículo 34 LH excluye de los efectos perniciosos de la nulidad a las personas que confían en la apariencia jurídica, de ahí que dicho artículo suponga una excepción del 33 LH (BUSTOS PUECHE, *El sujeto...*, cit., p. 2599; GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario...*, II, cit., p. 38; NÚÑEZ LAGOS, «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1962, p. 112, etc.). «Incluso la situación de protección del tercero es inatacable e inmune frente a cualquier acción de anulación o resolución ejercitada por un *verus dominus*» (SAP Las Palmas de Gran Canaria de 28 de julio de 2005).

⁷⁶ STS de 25 de octubre de 2005. Dicho artículo 38, 1.º, LH dice: «*A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo*».

dedor o ejecutado. El principio de fe pública registral, que representa la llamada eficacia ofensiva de la inscripción y que busca, en última instancia, proteger el tráfico jurídico, es un postulado en beneficio del tercero registral, como imposición legal a favor del mismo, en cuanto que sacrifica el derecho subjetivo del *verus dominus* en favor de aquél, siempre que reúna los presupuestos que establece el artículo 34 LH. Así, tratándose de inmuebles inscritos, puede decirse que los efectos de las inscripciones amparadas en la fe pública registral son más eficaces que los derivados de la adquisición del derecho real por tradición, de tal forma que si se enfrentan una adquisición del derecho real hecha por tradición con una inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre esta última, sin excepción alguna, pues los efectos *erga omnes* de aquélla no son tan eficaces que dejen sin virtualidad la posición del tercero hipotecario. El tercero que adquiere en base a la legitimación dispositiva del titular registral es mantenido en la adquisición *a non domino* que realiza, una vez que ha inscrito su derecho con los demás requisitos exigidos por la ley. Cuando el artículo 594, 2.º, LEC permite las acciones de nulidad respecto de las enajenaciones derivadas de embargos sobre bienes ajenos, la ineficacia de la venta judicial sólo será posible conforme a las reglas generales, pero no porque el inmueble no sea de la propiedad del ejecutado, pues que el embargo trabado sobre bienes que no son de éste es eficaz es lo primero que el propio artículo 594 LEC dice. Por tanto, el tercero registral estará a salvo de la acción de nulidad que ejercite el verdadero dueño del inmueble embargado y ejecutado fundando su pretensión en que el embargo realizado era ineficaz por no recaer sobre bienes del ejecutado⁷⁷.

Por todo lo anterior debe concluirse que la nulidad del acto o título del artículo 33 LH, en relación con el artículo 34 de ese mismo cuerpo legal, no puede fundarse en la inexistencia de propiedad en el titular registral disponente o ejecutado –esencia de la aplicación del principio de fe pública registral⁷⁸–, sino en cualesquiera otros defectos, como, en primer lugar, la concurrencia de

⁷⁷ Sostiene VEGAS TORRES (*Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, VVAA, Madrid, 2000, p. 151), que si «se permitieran las impugnaciones de las enajenaciones en ejecución forzosa, incluso cuando se dieran todos los requisitos exigidos por la legislación civil para proteger al adquirente de buena fe, basándose exclusivamente en que el embargo se trabó en su día sobre bienes que no pertenecían al ejecutado, se introduciría un elemento de inseguridad y nadie podría confiar en las adquisiciones de bienes en subastas judiciales o mediante los sistemas de realización propios de la ejecución».

⁷⁸ Como corrobora la STS de 22 de diciembre de 2000, la adquisición *a non domino* es una «manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario cualquiera que fueran los vicios de que pudiera adolecer el título del transmitente».

vicios del consentimiento, o sea, la violencia o intimidación (art. 1265 CC), o la simulación absoluta –de modo que el traspaso de la propiedad al presunto tercero sólo tiene la finalidad fraudulenta de dificultar o impedir los derechos ya adquiridos por otra persona– (art. 1261, 1.º, CC), o, en segundo término, la falta o ilicitud de la causa de la adquisición (art. 1275 CC)⁷⁹. Específicamente respecto de las ventas judiciales, la STS de 7 de diciembre de 1984 (confirmada, por ejemplo, por la de 22 de junio de 2001) explica que también es aplicable a ellas la doctrina de la no convalidación del acto adquisitivo nulo del tercero, pero no cuando la causa de la nulidad sea «la falta de poder de disposición del transmitente, es decir, la ajeneidad de la cosa, sino unas graves irregularidades en las actuaciones judiciales culminadas con una venta igualmente judicial», de suerte que la nulidad se funda verdaderamente en la del propio título de adquisición del tercero. En el procedimiento de apremio, que funciona como título de adquisición, se aprecia un vicio de nulidad que arruina aquél, por lo que el propio negocio en que pretende apoyar su derecho el adjudicatario es inválido; no es que lo sea el que originó el derecho de su transmitente, sino el suyo propio. En los casos de adjudicación en subasta, es claro que la observancia de la forma se eleva a categoría de requisito del artículo 1261 CC, luego su incumplimiento tacha de nulidad el título adquisitivo. En particular, la nulidad de una venta judicial puede tener lugar por la omisión o defecto de alguno de los trámites esenciales del procedimiento ejecutivo que da lugar a la subasta judicial, como, por ejemplo, la incorrecta notificación por edictos⁸⁰.

Incluso, dentro de esta posición favorable al segundo adquirente que cumple los requisitos del artículo 34 LH, no falta quien aquilata al máximo la posibilidad de que se le aplique el artículo 33 LH por

⁷⁹ Respecto de un supuesto de simulación, *vid.* STS de 28 de noviembre de 1996. También la SAP Las Palmas de Gran Canaria de 28 de julio de 2005 manifiesta que los defectos de nulidad «no pueden ser convalidados por la buena fe del adquirente, aunque éste ignore tales defectos, por ejemplo, simulación del contrato». Para BUSTOS PUECHE (*El sujeto...*, *cit.*, pp. 2595-2596), el artículo 33 LH es aplicable también en los supuestos de «anulabilidad, por vicios del consentimiento; rescisión, en los pocos casos en que la lesión puede provocar la ineficacia del negocio; o resolución, por incumplimiento o actualización de una condición o término de esta naturaleza incorporado al negocio por voluntad de las partes».

⁸⁰ La STS de 23 de septiembre de 2004 declaró nulo un procedimiento judicial sumario –y la adquisición de él derivada– por notificación edictal improcedente al ser conocido «el domicilio de la Sociedad titular del embargo» y, por tanto, omitir la notificación personal. En cambio, la STS de 6 de mayo de 2004 avaló la eficacia de la adquisición del tercero hipotecario en cuanto que la causa de la «nulidad no está en el procedimiento de la subasta, sino fuera del mismo», esto es, en la falta de objeto de la venta o venta de cosa ajena. Por otra parte, la ineficacia de la adquisición puede derivar de otros motivos: así, la RDGRN de 21 de septiembre de 2005, tratándose de finca registrada en pro indiviso a favor de tres personas, denegó la protección a su adquirente en pública subasta –e inscrito– porque no habían sido llamados los herederos de una de aquéllas que había fallecido, por lo que se había incumplido el principio de tracto sucesivo del artículo 20 LH.

nulidad del procedimiento de apremio⁸¹. En efecto, se dice, cuando es el mismo ejecutado –o sus herederos– quien impugna frente al adjudicatario, estamos en el ámbito del artículo 33 LH –referido a las partes–: el vicio de nulidad observado en esa relación *inter partes* no se sana por la inscripción y puede invocarse por el contratante perjudicado como fundamento de su pretensión anulatoria. En cambio, no puede darse la misma respuesta anulatoria cuando es una persona ajena a la relación *inter partes* la que demanda: en concreto, el primer comprador del ejecutado, antes de la anotación de embargo, que no inscribió su título adquisitivo. El procedimiento ejecutivo sigue su curso, y cuando el rematante se ha adjudicado en subasta la finca, aparece aquel adquirente exhibiendo su título y solicitando la anulación de la subasta. En esta hipótesis, se dice, no procede aplicar el artículo 33 LH porque el demandante no es una de las partes del negocio viciado e impugnado, lo que significa que el segundo adjudicatario tiene la cualidad de tercero respecto de la compraventa inicial, no inscrita en su día, celebrada entre el ejecutado y el ahora demandante. En estos casos, se sigue afirmando, hay que superar la injusticia que supone la aplicación del artículo 33 LH –la solución del Derecho sustantivo– y penetrar en el ámbito de la apariencia jurídica protegido por el principio de fe pública registral del artículo 34 LH, para comprobar si el segundo adjudicatario o rematante cumple o no todos sus requisitos, excluido, por supuesto, el de la adquisición por negocio válido. Es más, se concluye que, siendo la falta de inscripción del primer adjudicatario el primer presupuesto fáctico de estas hipótesis, el segundo comprador inscrito podrá alegar la no registración del título del actor e invocar el artículo 32 LH.

En línea de principio, me parece loable que se intente proteger al máximo al tercero que de buena fe confía en la apariencia jurídica registral interpretando extensivamente el artículo 34 LH, pero creo que no puede exagerarse. Ya he dicho anteriormente que, según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, uno de los presupuestos para la protección derivada del principio de fe pública registral es el de que la adquisición del tercero hipotecario sea válida, evitando dar virtualidad a un negocio nulo. En los supuestos específicos de nulidad de la subasta judicial por defectos formales, la no aplicación del artículo 34 LH y sí la del 33 no da lugar a resultados injustos –aunque se pudiera favorecer a un adquirente

⁸¹ En concreto, BUSTOS PUECHE, *El sujeto...*, *cit.*, pp. 2644-2645; para quien, además, el Tribunal Supremo sufre una gran desorientación en la resolución de los problemas planteados en las «adjudicaciones judiciales de fincas embargadas y subastadas en procedimiento, posteriormente declarado nulo por vicio grave formal».

moroso en la inscripción–, puesto que esta última norma supone una necesaria restricción –compra válida– a la excepcionalidad de la adquisición *a non domino* que el artículo 34 LH supone. Además, siendo indiscutible que el artículo 33 LH se refiere, en principio, a las partes contratantes, parece que se olvida que en los casos de nulidad de los contratos –también los judiciales–, la legitimación activa para impugnarlos es muy amplia, reconociéndose a los terceros interesados –porque les perjudica– en que se declare la misma⁸².

Por otra parte, la oposición a la tesis de la venta de cosa ajena y consiguiente nulidad de la segunda subasta también se mantiene desde otra óptica, a saber, la consistente en entender aplicable en estas hipótesis el criterio de la prioridad en la inscripción del artículo 1473 CC, por tratarse de un supuesto de doble venta inmobiliaria encuadrable en dicho precepto. Así, se dice que si tuvo lugar un nuevo procedimiento de apremio del mismo inmueble y su correspondiente adjudicación a un segundo adquirente, es que todavía figuraba en el Registro el anterior titular inscrito, lo que implica que, aunque se hubiera hecho entrega material al primer adquirente de la finca litigiosa, no puede mantenerse que se había producido con eficacia plena la transmisión de la propiedad, ya que ésta seguía perteneciendo al propietario según el Registro. Por tanto, ni puede hablarse de consumación de propiedad a favor del primer comprador, ni es lógico afirmar que la adjudicación al segundo adquirente es realmente una venta de cosa ajena. Si un inmueble vendido –incluso con entrega de posesión material al adquirente– sigue inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del vendedor o ejecutado, no es dudoso que deba prevalecer, conforme al artículo 1473, 2.º, CC, la adquisición de la propiedad por un segundo adjudicatario que de buena fe proceda a inscribir su título en el Registro público⁸³.

A mi juicio, y como ya he defendido antes, tratándose de inmuebles inscritos no hay que acudir a la tesis de que el primer adquirente tenga una propiedad relativa o una propiedad no consumada, o al principio de prioridad en la inscripción del artículo 1473, 2.º, CC –completado con el de inoponibilidad de lo no

⁸² Baste con citar aquí al maestro CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo 3.º, Derecho de Obligaciones, Madrid, 1983, p. 648), para quien puede «impugnar el contrato nulo, mediante acción o excepción, cualquier persona que tenga interés en ello», incluidos, por ejemplo, «los terceros perjudicados»; o a Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 1984, p. 158), quienes citan las SSTs de 12 de abril de 1955 y 4 de enero de 1957.

⁸³ LALAGUNA DOMÍNGUEZ (*op. cit.*, pp. 860-861); MIQUEL GONZÁLEZ (*op. cit.*, p. 56), etc.

inscrita a tercero, *ex* artículo 32 LH y referidos ambos más bien, como quedó dicho, a los supuestos de primera inmatriculación o primera inscripción de dominio—; como se ha comprobado también detalladamente, el principio de fe pública registral consagrado por el artículo 34 LH tiene su propio ámbito de actuación y suficiente virtualidad para salvaguardar al tercero registral sin necesidad de apoyarse en otros argumentos.

Finalmente, el primer adquirente o *verus dominus*, burlado en la adquisición de la propiedad, no queda totalmente privado de protección jurídica. Si éste pierde su titularidad jurídica real sobre los bienes adquiridos por el tercero hipotecario conserva —como señala la STS de 4 de marzo de 1988 y hoy reconoce expresamente el artículo 594, 2.º, LEC—, un derecho de naturaleza personal, contra el causante de su despojo, consistente en la reclamación de indemnización por daños y perjuicios en función del artículo 1101 CC o por enriquecimiento sin causa por el pago hecho al acreedor ejecutante con la realización del inmueble perteneciente ya a un tercero. Asimismo, y como ya he explicado, antes de que la segunda adquisición se convierta en irreivindicable por el concurso de todos los presupuestos del art. 34 LH —y no sólo por la existencia de título y modo según el art. 609 CC—, puede interponer tercera de dominio en el juicio ejecutivo en el que se ejecute la propiedad que ya le corresponde, o, después de haber terminado éste, el juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones, cuando no haya tenido conocimiento ni oportunidad de intervenir en dicho juicio ejecutivo, viéndose privado de acudir a la tercera; o, por último, la correspondiente acción declarativa del dominio o reivindicatoria contra el adjudicatario (*ex* art. 594, 1.º, LEC).

IV. CONCLUSIONES

Este estudio —que se ha basado fundamentalmente en el exhaustivo rastreo e interpretación de las diferentes inteligencias sustentadas por el propio Tribunal Supremo (y las Audiencias Provinciales) respecto de la aplicación del principio de fe pública registral a los rematantes— termina como empezó: deplorando la disparidad de criterios que, en esta sede de gran importancia práctica, mantiene y aplica indistintamente nuestro Alto Tribunal. En primer lugar es lamentable que, en los casos de doble venta judicial de inmuebles inscritos, el argumento en el que coinciden las dos tesis jurisprudenciales sobre el momento en que concurren título y modo en ellos —el del auto de adjudicación o el del testimonio del mismo—,

sea que dicho instante consumatorio es esencial para la exigencia de la buena fe del segundo adjudicatario, pues una vez que ingresa el derecho real en su patrimonio ya resulta irrelevante que llegue a conocer la inexactitud registral, o sea, que adquirió de quien ya no era verdadero propietario. El Tribunal Supremo no puede olvidar que, tratándose de inmuebles inscritos, en estos supuestos es de preferente aplicación el artículo 34 LH –y no el art. 609 CC–, precepto hipotecario que consagra una verdadera adquisición *a non domino*, por lo que deben cumplirse todos sus presupuestos, incluido el de la registración a favor del tercero, de modo que el momento decisivo para apreciar su buena fe no es el de la mera adquisición, el de la consumación de la compra por conjunción de título y modo, sino, precisamente, el de la propia inscripción en el Registro público. La adquisición registral *a non domino* culmina cuando el tercero inscribe, mientras ello no ocurre todavía no ha adquirido de forma irreivindicable, y es al adquirir así cuando precisa estar y permanecer en su situación de buena fe; sin que, por otra parte, el actual régimen legal de la llamada tercería de dominio suponga excepción alguna a esta inteligencia.

Por otra parte, no puede mantenerse, como algunas de las Sentencias del Alto Tribunal hacen, que en los casos de doble venta judicial de una finca, consumada la primera por concurrencia de título y modo –y sin necesidad de inscripción–, pueda declararse la nulidad de la segunda subasta judicial –que dio lugar a una ulterior adjudicación e, incluso, a su posterior inscripción en el Registro–, por falta de objeto de dicha enajenación forzosa, esto es, por venta de cosa ajena, en cuanto que el inmueble litigioso no pertenecía ya al titular registral ejecutado. En estas hipótesis, por tanto, se sigue diciendo, el segundo adquirente no estaría protegido registralmente, no sería tercero hipotecario, pues ya no se le aplicaría el artículo 34 LH, sino el artículo 33 LH, que niega la virtualidad convalidante del Registro respecto de los actos o contratos nulos, y es que su título o acceso registral –la adjudicación en subasta judicial– sería ineficaz. Evidentemente, la anterior tesis –que supone una nueva afrenta al principio de fe pública registral– olvida que, precisamente, el artículo 34 LH salva el defecto de titularidad del disponente, es decir, defiende frente a una disposición por quien ya no es dueño extrarregistralmente –por causa que no conste en el Registro–, pero sí registralmente. El Registro de la Propiedad nace para reflejar la realidad, y adopta las medidas y garantías necesarias para lograrlo. Pero como, a pesar de tales cautelas, la discordancia entre la realidad y Registro es, a veces, inevitable, y como el Registro pretende asegurar el tráfico inmobiliario de buena fe, la Ley

Hipotecaria lo dota de virtualidad suficiente para proteger a quien en él confía, aunque tenga que ser a costa del verdadero dueño que no inscribió su derecho⁸⁴. Aunque la titularidad registral no coincida con la extrarregistral auténtica, el artículo 34 LH consagra, en aras de la seguridad jurídica, la protección absoluta al tercero hipotecario que incluye una adquisición *a non domino*. Incluso, cuando el artículo 594, 2.º, LEC permite las acciones de nulidad respecto de las enajenaciones derivadas de embargos sobre bienes ajenos, la ineficacia de la venta judicial sólo será posible conforme a las reglas generales, pero no porque el inmueble no sea de la propiedad del ejecutado, pues que el embargo trabado sobre bienes que no son de éste es eficaz es lo primero que el propio precepto dice. Por ende, la nulidad del título del artículo 33 LH, en relación con el artículo 34 LH, no puede fundarse en la inexistencia de propiedad en el titular registral ejecutado –esencia de la aplicación del principio de fe pública registral–, sino en cualesquiera otros –falta de consentimiento, de causa, etc.–; en particular, respecto de las ventas judiciales, la nulidad puede tener lugar por la omisión o defecto de alguno de los trámites esenciales del procedimiento ejecutivo que da lugar a la subasta judicial del inmueble embargado, como, por ejemplo, la incorrecta notificación por edictos.

De todos es sabido que aunque la jurisprudencia no es teóricamente una de las fuentes del Derecho (*ex art. 1, 1.º, CC, a contrario*), sino que sólo complementa el ordenamiento jurídico al interpretar y aplicar las «verdaderas» fuentes del Derecho (*ex art. 1, 6.º, CC, y la famosa STS de 7 de mayo de 1963*), indirectamente⁸⁵ y, en la práctica, es la fuente principal del Derecho, fuente de la que beben tanto los Tribunales de instancia como los juristas en general. Por tanto, la diversidad de juicios sobre una misma materia crea, necesariamente, una indeseable inseguridad jurídica. Sería deseable, por ello, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo contribuyera en mayor medida a la interpretación y correcta aplicación del artículo 34 LH en la hipótesis de la doble venta judicial. Está aquí en juego el principio de fe pública registral, o sea, la columna vertebral de nuestro sistema inmobiliario registral.

⁸⁴ Es éste, «obviamente, el campo donde la publicidad tiene que hacer valer sus propios recursos, por encima incluso de los que por sí corresponderían a la realidad publicable y no publicable; y es, en ese mismo campo, donde la protección de la confianza del tercero en lo que el Registro publica se identifica perfectamente con la protección dispensada al tercero en la doctrina de la apariencia jurídica; tanto, que el mecanismo de la fe pública registral es una de sus más elaboradas aplicaciones» (GORDILLO CAÑAS, *La inscripción...*, *cit.*, pp. 248-249).

⁸⁵ Como resulta, p. e., del artículo 477, 3.º, LEC, que permite el recurso de casación cuando la sentencia que se recurre se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.