

Problemas actuales en el derecho español en torno al principio de fe pública registral. La unidad o dualidad de terceros hipotecarios



TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Abogada por la Universidad Complutense de Madrid.
Máster en Práctica Jurídica por la Universidad Complutense de Madrid.
Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.
Profesora de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid.
Investigadora de la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Sorbona de París.



SUMARIO:

- I. El principio de Fe Pública Registral.
- II. El problema de la unidad o dualidad de terceros en la Ley Hipotecaria Española.
- III. ¿Es exacta la tesis dualista?

I. EL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

El principio de fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria¹), acogido en el ordenamiento jurídico español desde la Ley Hipotecaria del 8 de febrero de 1861, hace referencia a la protección que el Registro de la Propiedad dispensa a quienes confiaron en sus pronunciamientos (terceros hipotecarios). Si un adquirente de un derecho real inmobiliario ha confiado en lo que publica el Registro y ha adquirido de conformidad con lo que en el Registro consta, siempre que cumpla con los demás requisitos que señala la ley, será mantenida en el derecho que adquirió, aunque dicho derecho no existiese o no perteneciese a quien en el Registro aparecía como titular. El Registro (o mejor dicho, los asientos del folio registral abierto a la finca) se presumen *iuris et de iure* exactos e íntegros (artículo 32 de la Ley Hipotecaria²) en beneficio del tercero hipotecario.

Este mantenimiento del tercer adquirente de un derecho real inmobiliario en su adquisición (frente al *versus dominus*) constituye una excepción a las reglas que rigen las adquisiciones derivativas de los derechos, según las cuales, cuando la adquisición de un derecho se basa en la pérdida (o reducción del derecho) por el titular anterior, rigen las reglas *nemo dat quod non habet, nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet, prior tempore potior iure* y *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*. Estas reglas de Derecho Civil puro rigen en toda su plenitud para la transmisión de bienes y derechos reales inmobiliarios, siempre que no opere la fe pública registral, de modo que al

adquirente, que intenta una adquisición derivativa (contrato de finalidad traslativa seguido de tradición [artículo 1095 del Código Civil], sucesión *mortis causa*) la cual no resulta eficaz por un defecto en la titularidad del transmitente, no le queda más alternativa para convertirse en *dominus* que la usucapión.

Sentadas estas premisas, una cuestión discutida en el Derecho español, desde su planteamiento por Alonso Fernández³, es la de si un inmatriculante, que por definición no es sujeto que haya confiado en un asiento registral previo, puede, o no, ser protegido frente a títulos de dominio o de otros derechos reales no inscritos de fecha anterior. En terminología de Lacruz Berdejo, la doctrina se pregunta por la "*eficacia ofensiva del asiento de inmatriculación*", que determinaría la existencia de otro tercero en la Ley Hipotecaria, el que ganó prioridad registral, dando publicidad a su título adquisitivo, y al que lo no inscrito le sería inoponible, siempre que ostentase buena fe (artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil)⁴, por oposición al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, protegido frente a la inexactitud registral previa derivada de la inscripción de un título nulo o ya resuelto o frente a la anulación o resolución posterior a su adquisición del título de su transmitente (titularidades claudicantes).

Clásicamente, en el Derecho español se ha entendido que el tercero hipotecario es tal, porque su protección procede de la Ley Hipotecaria, y porque no ha sido parte en el acto o contrato inscrito, sino que adquirió de quien fue parte en él. Es decir, el tercero debería haber adquirido el

1. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria: "El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no constan en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente".
2. Artículo 32 de la Ley Hipotecaria: "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".
3. ALONSO FERNÁNDEZ, José. "La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 204, 1945, pp. 315-316.
4. Este precepto del Código Civil es del mismo tenor literal que el actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

derecho de un titular registral previo; de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo. Además debía haber adquirido de buena fe, creyendo verdad lo que el Registro publicaba e ignorando cualquier obstáculo a su adquisición que no constase en el Registro. La buena fe del tercero se presume *iuris tantum*, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro o el obstáculo a su adquisición (artículo 34.2 de la Ley Hipotecaria) o que no desarrolló la diligencia debida (había medios racionales y motivos suficientes para conocer que la finca estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta del transmitente, artículo 36.1.a de la Ley Hipotecaria) o que el registro era inexacto⁵. Igualmente le era exigible al tercero haber adquirido a título oneroso, haber inscrito el derecho de cuya protección se trata, haber recibido *traditio*, por lo menos instrumental (artículo 1462.2 del Código Civil), si el negocio jurídico dispositivo la exigía (en la medida en que sólo acceden al Registro de

la Propiedad totales hechos transmisivos integrados por título y modo, artículo 2 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 609 del Código Civil, que acoge la teoría romana del título y modo para la transmisión de derechos reales poseibles por contrato) y haber celebrado un negocio jurídico válido en sí mismo (esto es, que no adolezca ni de inexistencia, ni de nulidad ni de anulabilidad), abstracción hecha del defecto de titularidad del transmitente (pues de lo contrario operaría el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, que señala que *“la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”*, y no el artículo 34 de la Ley Hipotecaria).

Por lo tanto, clásicamente se ha entendido que siempre que se diesen estos requisitos operaría la fe pública registral, manteniéndose al tercero hipotecario en su adquisición, frente a inexactitudes del Registro o frente al derrumbamiento de una titularidad claudicante del disponente

5. De acuerdo con la sentencia, Sala 1, del 11 de octubre de 2006, el estado psicológico de creencia errónea o ignorancia de la realidad pierde su entidad jurídica cuando es consecuencia de la negligencia del ignorante. En el mismo sentido, sentencia, Sala 1 del 13 de mayo de 2013. Cfr.: También sentencias del 30 de enero de 1960, 25 de noviembre de 1996, 7 de septiembre de 2007 (Pleno). Como ya hemos indicado en otro lugar (JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *El momento de la buena fe*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pp. 17 y ss.), la buena fe es una creencia, por efecto de un error excusable, fundada en un signo sensible creíble (la inscripción a favor del transferente), de que éste es titular según el Derecho civil puro y puede disponer de su derecho. Esta creencia es incompatible con la visibilidad de hechos notorios como las servidumbres aparentes, o la posesión en concepto de dueño (artículo 448 del Código Civil, según el cual el poseedor en concepto de dueño goza de la presunción *iuris tantum* de que posee con justo título y no puede ser obligado a exhibirlo). Dicha visibilidad de los hechos notorios harían inexcusable la ignorancia de los mismos, surgiendo un deber de diligencia (desarrollar los medios racionales para conocer) para que se pudiese mantener el error excusable. Como ha dicho Juan José Benayas, la posesión por otra persona es un hecho que tiene que herir forzosamente los sentidos. Todo adquirente normalmente cuidadoso debe enterarse del estado de hecho de la finca que adquiere y, por tanto, si lo desconoce, es sólo debido a su desidia y, como no ha obrado con la debida diligencia, no puede ser considerado de buena fe. La posesión contraria a lo que publica el Registro es, por lo menos, indicaría de una inexactitud registral. No tendría buena fe, como señala O'Callaghan, *“el que sabe que la casa está habitada o la finca cultivada y prefiere no enterarse de qué título ostentan [los poseedores] para ello”* (O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, Tomo III. Madrid: Edersa, 2002, pp. 424). Por todo ello ha indicado Vallet de Goytisoalo que el tercero hipotecario no será protegido por el Registro si en la finca existe un poseedor en concepto de hecho y a título de dueño distinto del transmitente (artículo 36.1.a de la Ley Hipotecaria) salvo que este poseedor haya ocultado al tercer adquirente dolosamente su posesión o el concepto en que la tiene, o su posesión fuese ambigua o hubiese dejado de poseer (VALLET DE GOYTISOALO, Juan Berchmans. *Estudios de Derechos de Cosas*, Tomo I. Madrid: Montecorvo, 1985, pp. 450-451; VALLET DE GOYTISOALO, Juan Berchmans. *Metodología de la Ciencia expositiva y explicativa del Derecho*, II, Volúmen 2. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2003, pp. 931 y 932). De ahí que hayamos defendido (en contra del tenor literal del artículo 34.2 y 36.1.a de la Ley Hipotecaria, que establecen una presunción de diligencia en el tercero) que el tercero debe probar (tanto en caso de accionar como excepcionar en base al artículo 34 de la Ley Hipotecaria), su ausencia de culpa (artículo 36.1.a de la Ley Hipotecaria), en la medida en que, siendo los artículos 34 y 36.1.a de la Ley Hipotecaria normas excepcionales de protección al tercero hipotecario, son objeto de interpretación restrictiva.

(aspecto positivo del principio de fe pública registral, artículo 34 de la Ley Hipotecaria) e impidiendo que el tercero hipotecario sea afectado por situaciones no registradas. Esta última protección se conocía como *aspecto negativo* de la fe pública registral, y se veía particularmente reflejado en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, que señala que *“los títulos de dominio y otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la propiedad no perjudican a tercero”*,

entendiéndose por tal, el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y nunca un inmatriculante⁶.

II. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD O DUALIDAD DE TERCEROS EN LA LEY HIPOTECARIA ESPAÑOLA

Según lo expuesto, clásicamente el tercero de la Ley Hipotecaria se ha considerado que era único, y así lo sigue entendiendo la jurisprudencia

6. En cuanto a qué deba entenderse por “ser mantenido en su adquisición”, la doctrina y jurisprudencia española consideran mayoritariamente que el tercero hipotecario llega a verificar, en su caso, una verdadera adquisición a *non domino*. Vallet de Goytisalo, en cambio, considera que la protección registral consiste en una irrevindicabilidad que desemboca, como rebote de la *negatio actionis*, en una adquisición a *non domino*, pero relativa. En este sentido ha indicado: *“Recordemos que –como dijo y explicó Núñez Lagos– en el derecho español como en el austriaco y suizo no hay directamente adquisición a non domino, sino por rebote de la negatio actionis, característica de la irrevindicabilidad contra el titular inscrito que posea como dueño. Y aún debe añadirse que lo obtenido por la adquisitio a non domino es una propiedad o dominio relativo...”* (VALLET, 2003, p. 929). Es decir, sólo habría adquisición a *non domino*, frente a quien no sea el verdadero dueño, quien no obstante *“no podrá reivindicar del tercero inscrito a título oneroso y de buena fe mientras éste conserve su titularidad registral y posea o pueda recuperar la posesión en los supuestos que admite el artículo 36.1.b de la Ley Hipotecaria (o sea, dentro del año siguiente a su adquisición, cuando se trata de protección al tercero hipotecario frente a una usucapión contra tabulas consumada, o sea, el tercero ha adquirido de un titular aparente que perdió su dominio por una usucapión contra tabulas consumada y no inscrita)”*. Aunque la afirmación de Vallet pueda parecer sorprendente (en la medida en que siempre se piensa que la adquisición a *non domino* se produce, precisamente, frente a quien es dueño), tiene gran repercusión práctica, pues según su posición, el *verus dominus*, conservaría un dominio que podría hacer efectivo en numerosos casos. Así, podría ocurrir que el tercero hipotecario perdiera su posesión como hecho y como derecho, como consecuencia de un despojo (artículo 460.4 del Código Civil). En tal caso, el *verus dominus* podría ejercitar su acción reivindicatoria para recuperar la cosa. Podría ocurrir también que el *verus dominus* recuperase de algún modo la posesión de la cosa, y si tal hizo sin fuerza y sin engaño, como indicaban las Partidas (Ley XXI, Título XXIX, Partida 3), la cosa quedaría para él. De acuerdo con esta Ley, la prescripción adquisitiva de buena fe de una cosa raiz permitía ganar la cosa y ampararse en el tiempo de tenencia contra todos cuantos la quisiesen demandar y si el usucapiente perdía la tenencia podía demandar la cosa frente a cualquier tercera, salvo si la tuviese el verdadero dueño, en cuyo caso, si éste la había recuperado sin fuerza y sin engaño, y probaba su señorío, la cosa quedaba para él. La prescripción adquisitiva, pues, no era absoluta frente al verdadero dueño, que incluso consumada aquella, podía ser protegido (Cfr.: JORDAN DE ASSO Y DEL RIO, Ignacio; DE MANUEL Y RODRIGUEZ, Miguel, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*. Edición Facsimilar. Valladolid: Lex Nova, 1984, p. 107). Igualmente podría ocurrir que readquiriese la cosa el titular registral aparente que efectuó el acto traslativo al tercero hipotecario, sin estar legitimado para disponer. En tal caso, el *verus dominus* podría ejercitar sus acciones frente al readquirente y recuperar la cosa. En relación a este último supuesto son apreciables las diferencias entre considerar que el tercero hipotecario verificó directamente una adquisición a *non domino* o bien que se encuentra en una situación de irrevindicabilidad, de la que como consecuencia de la *negatio actionis*, surge un dominio relativo. Para Roca-Sastre Muncunill, como el tercero hipotecario adquiere directamente a *non domino*, perdiendo su derecho y acciones el *verus dominus*, *“cualquier persona de la serie sucesiva de derechohabientes de un adquirente inscrito protegido por la fe pública registral podrá invocar en su provecho la pretérita actuación de la fe pública del Registro”* (artículo 34.3 de la Ley Hipotecaria, referido a los adquirentes a título gratuito pero aplicable por analogía a las posteriores adquisiciones que no reúnan todos los requisitos para gozar de la protección registral). Como consecuencia de lo expuesto, si readquiriese la finca el titular registral que adquirió viciosamente (por ejemplo, por virtud de contrato nulo) y que después transmitió a tercero hipotecario, el readquirente sería protegido, a menos que se tratase de supuestos particulares, como por ejemplo, en los que la readquisición tuviese lugar en virtud de un derecho de recobrar reservado en favor del adquirente por título nulo, como sucedería en el caso del retracto convencional, o bien se apreciase en la readquisición confabulación fraudulenta (con el tercero hipotecario), pues en tal caso habría una continuidad dolosa (ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís. *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 285-287). Son apreciables, pues, las diferencias entre una y otra tesis.

española. Sin embargo, como ya hemos indicado, en torno a la reforma de 1944-46 (que sin embargo era clara en lo referente a la definición del tercero hipotecario⁷) comienza a surgir la llamada tesis dualista o teoría que defiende la existencia en la Ley Hipotecaria de dos terceros distintos. Uno sería el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y otro el tercero del artículo 32, el cual podría definirse como un tercer adquirente que no es preciso que haya adquirido de quien en el Registro figurase con facultades para transmitir, para que los títulos de dominio y otros derechos reales no inscritos le resulten inoponibles. Se trataría de un tercero propio de un sistema de transcripción o de mera inoponibilidad, como los de Francia o Italia, a diferencia del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que sería un tercero propio de un sistema germánico o de fe pública registral.

Los sistemas registrales de transcripción, se dice que son sistemas de publicidad registral meramente negativa, esto es, al tercer adquirente solo se le garantiza que no va a ser perjudicado por los actos de enajenación o gravamen anteriores a su acto adquisitivo que hubiese podido realizar su transmitente, y que estando sujetos

a registración, no hayan sido registrados. No se le garantiza ni la titularidad del transmitente ni la exactitud del registro, lo que supone que la adquisición del tercer adquirente se anulará o resolverá si la titularidad del transmitente resulta ineficaz por causas de nulidad o resolución. En estos Registros, pues, la dicha protección negativa al tercer adquirente deriva simplemente del hecho de dar publicidad registral al propio título adquisitivo, siempre que dicho título sea válido en sí y se ignore la existencia de títulos no registrados. Se prefiere el título publicado al título clandestino. Pero no se le exige al tercero hipotecario haber adquirido de quien en el Registro figure con facultades para transmitir, pues no se dota de presunción *iuris et de iure* al contenido del Registro, que además normalmente no figurará mediante el sistema de folio real sino mediante el sistema de folio personal (se abre un folio a la persona, no a la finca, o el Registro se lleva por el orden de recepción de documentos, mediante índices), siendo la inscripción obligatoria (lo que no ocurre en España). Por lo tanto, lo que el Registro garantiza, simplemente, es que quien aparece como dueño (si es que aparece) no ha enajenado. El Registro es un Registro de enajenaciones, no de propietarios, como en el sistema

7. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria, de 1944, se indicaba: *"Objeto de particular estudio ha sido el principio de fe pública registral, elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. La presunción legitimadora sería insuficiente para garantizar por sí sola el tráfico inmobiliario, si el que contrata de buena fe, apoyándose en el Registro, no tuviera la seguridad de que sus declaraciones son incontrovertibles. La inscripción solamente protege con carácter iuris et de iure a las que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe. La ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario. Ni la noción de tercero es privativa de las leyes inmobiliarias ni puede desconocerse que todos los regímenes hipotecarios de tipo intermedio se han visto precisados a regular esta figura jurídica, precisamente al fijar el ámbito del principio de publicidad. Las dudas que, motivadas en gran parte por una exagerada exégesis con harta frecuencia se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero [se refiere a la exégesis del antiguo artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que fue suprimido en la reforma de 1944-46] han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la fides publica, no se entenderá por tercero el penitus extraneus, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral, por vía onerosa".* El antiguo artículo 27 de la Ley Hipotecaria señalaba: *"Para los efectos de esta Ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito".* La doctrina científica, en relación con este precepto, se había planteado multitud de cuestiones, como, por ejemplo, si podían tener la cualidad de tercero el Notario y los testigos que habían intervenido en el acto o contrato inscrito, los herederos de las partes contratantes, los herederos del Notario y de los testigos; los casos en que la ley hablaba de terceros que no podían comprenderse en dicha definición, etc. Pero en general, en cuanto a los requisitos para ser protegido frente a títulos no inscritos, las posibles dudas se habían resuelto entendiendo que el tercero de que hacía mención el artículo 23 de la Ley Hipotecaria (equivalente al actual artículo 32 de la Ley Hipotecaria) era un adquirente de titular registral (Cfr.: COSSÍO Y CORRAL, Alfonso. *Lecciones de Derecho Hipotecario. La Ley de 30 de diciembre de 1944*. Barcelona: Bosch, 1945, pp. 123 y 124).

de fe pública registral. Por ejemplo, A vende una casa a B, que no registra su contrato de compraventa cuando es obligatorio. Luego A vuelve a vender el mismo inmueble a C, que sí inscribe su compraventa. Desde tal inscripción, B pierde su dominio, que no puede oponer a C. En este caso, la propiedad de A no tiene por qué constituir un pronunciamiento del Registro, y se puede probar mediante documentos (testamento, escritura de adquisición de la finca, etc.). El segundo comprador deduce que A es dueño de la presentación de tales documentos, y del dato negativo de que en los libros no consta ninguna enajenación de la finca. Este tipo de protección era la que prestaba el Registro de la Propiedad Francés tal como lo configuró la Ley de 1855⁸.

Si consideramos que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria es un precepto importado de un sistema de transcripción, la consecuencia inmediata a deducir es que en caso de que una persona efectúe una doble disposición, por compraventa seguida de tradición (título y modo), de una finca, el segundo adquirente sería protegido por el Registro, frente al primer título de dominio no inscrito, por el mero hecho de dar publicidad a su título adquisitivo, siempre que éste fuera válido en sí mismo y él ignorara la enajenación anterior. No siendo preciso que hubiese celebrado el contrato de compraventa con persona que en el Registro apareciese como

dueño. Por lo tanto, si A, dueño de una finca no inmatriculada, vendiese a B, que adquiere el dominio mediante la tradición y no inmatricula. Y, posteriormente, B volviese a vender a C, quien sí inmatriculase, C sería protegido frente al título no inscrito de B (inoponible para él), por el hecho de dar publicidad registral a su título adquisitivo aunque no hubiese adquirido de persona que en el Registro figurase con facultades para transmitir. Para los defensores de la teoría monista (el tercero del artículo 32 y 34 de la Ley Hipotecaria es un mismo tercero), en cambio, C no podría ser protegido por el Registro frente al dominio de B, por no cumplir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, por no haber adquirido de quien en el Registro figurase como titular registral, y por lo tanto, B podría hacer valer su dominio frente a C (acción declarativa o reivindicatoria), y lograr que se declarase la inexactitud del Registro, cancelándose dicho asiento (artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 40.1.a) y 4 de la Ley Hipotecaria, para posteriormente inscribir él su dominio⁹. La cuestión a resolver, pues, es si el tercero a que alude el artículo 32 de la Ley Hipotecaria es o no el mismo tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, esto es, si es también un tercero propio de sistema de fe pública registral que para ser protegido deba haber confiado en el contenido registral y celebrado el contrato con el titular registral¹⁰.

8. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, 1984, pp. 16-18; 25-30. ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Lluís. *Derecho hipotecario*, Tomo I. Barcelona: Bosch, 1995, pp. 101-109.
9. Artículo 38.1 y 2 de la Ley Hipotecaria: "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos. Como consecuencia de lo dispuesto anteriormente, no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente...". Artículo 40.1.a y 4 de la Ley Hipotecaria: "La rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no esté inscrita, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, y se practicará con arreglo a las siguientes normas: a) Cuando la inexactitud proviniera de no haber tenido acceso al Registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tendrá lugar: 1º por la toma de razón del título correspondiente si hubiere lugar a ello; 2º por la reanudación del tracto sucesivo, con arreglo a lo dispuesto en el Título VI de esta Ley y 3º por resolución judicial ordenando la rectificación. En ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto".
10. Celebración del contrato con el titular registral que exigen, por ejemplo, las sentencias, Sala 1ª, del 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962, 22 de noviembre de 1963, 12 de noviembre de 1970, 25 de marzo de 1994, 22 de abril de 1994, 3 de julio de 1997, 6 de abril de 1999, 22 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001. Más recientemente, la sentencia, Sala 1ª, del 13 de mayo de 2013, reconoce la unidad de terceros en los artículos. 32 y 34 de la Ley

Los defensores de la teoría dualista se apoyan en la literalidad del artículo 32 de la Ley Hipotecaria (no exige adquirir de titular registral) y en su conexión con el artículo 1473.2 del Código Civil¹¹. El artículo 1473 del Código Civil es un precepto de difícil interpretación puesto que regula dos cosas diversas: la doble venta clásica, esto es, el caso de que haya una segunda venta después de una primera no consumada por la *traditio*. En tal caso, ¿a quién corresponde el dominio? El precepto establece tres reglas para los inmuebles en los párrafos 2 y 3. Primero se atiende a la inscripción (el primero en inscribir). En segundo término, a la posesión (el primero en recibir la posesión) y en tercer lugar, se atiende al título de fecha más antigua, siempre en todo caso que haya buena fe por parte del segundo comprador (esto es, ignorar la primera

venta no consumada). Ahora bien, el precepto también se refiere a las dobles enajenaciones por título de compraventa. Esto es, casos en que hay una primera venta consumada y por lo tanto, hay un primer adquirente (un dueño, que no inscribe) y después hay una segunda venta (que no es doble venta en el sentido clásico sino venta de cosa ajena, pues ya hay un primer dueño). Para tales casos, el artículo 1473.2 del Código Civil señala que la propiedad pertenecerá al adquirente (de los dos existentes) que antes haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad. La literalidad, pues, del artículo 1473 del Código Civil en relación con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, también parecería avalar la tesis dualista de que los problemas de doble enajenación pueden resolverse por la simple prioridad en la inscripción¹².

Hipotecaria. Don Carlos Jesús compró la finca objeto de litigio en documento privado el 30 de mayo de 1987 y tomó posesión material de la misma desde la firma de este contrato. La finca fue vendida por don Tomás, titular registral. Éste se negó a otorgar escritura pública por lo que el comprador no pudo inscribir su adquisición en el Registro. Entonces inició un proceso para compeler a la otra parte al otorgamiento de tal escritura, recayendo sentencia que ordenó el otorgamiento, llevándose a efecto el 24 de octubre de 1992. Antes de recaer esta sentencia, don Tomás ya había vendido la misma finca a otra persona en escritura pública, apoyándose en su asiento registral inexacto; procediendo este tercero (Sr. Apolonio) a la inscripción de su adquisición en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, la finca fue vendida a una serie sucesiva de sociedades mediante escrituras públicas que causaron asiento de inscripción, hasta llegar a BCN MODERN HOUSE, demandante en la instancia y recurrente en casación. Se trataba de un entramado de sociedades enlazadas entre sí que, como hecho probado, conocían la situación de posesión en su día por el Sr. Carlos Jesús y la realidad de procesos civiles y penales en que éste reclamaba la propiedad de la finca. En su recurso de casación BCN MODERN HOUSE alegó infracción del artículo 32 de la Ley Hipotecaria porque lo no inscrito, es decir, el título por el que adquirió don Carlos Jesús, que no inscribió, no perjudica al tercero, que es la sociedad demandante y recurrente en casación. El Tribunal señala que *"dicho adquirente, por cierto, no inscribió, porque el que le vendió la finca se negó a otorgar escritura pública y tuvo que instarlo judicialmente y al recaer sentencia acordando el otorgamiento, aquel vendedor, todavía titular registral, ya había vendido la misma finca a otra persona en escritura pública que inscribió en el Registro de la Propiedad. El artículo 32, en relación con el artículo 34, beneficia y protege al tercero al que alcanza la fe pública registral, en el sentido de que no puede afectarle lo que no aparece en el Registro de la Propiedad y puede tenerlo por inexistente o inoperante, en cuanto le perjudique. El caso presente es claro. Las sentencias de instancia declaran probados una serie de hechos que acreditan que concurre mala fe en las adquirentes, como la sociedad demandante. Por tanto, por falta de este presupuesto, que aunque no lo exprese el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, lo mantiene la jurisprudencia y concuerda con el principio general del derecho [de que el Derecho nunca puede dispensar protección a quien carece de buena fe] que en líneas anteriores ha sido expuesto, el motivo debe ser desestimado"*.

11. Artículo 1473.2 del Código Civil: *"Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya 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"*.
12. Esta diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena (o doble disposición por título de compraventa) ha sido mantenida por sentencia, Sala 1ª, del 23 de junio de 1951, 23 de mayo de 1955, 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986, 11 de abril de 1992, 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 de diciembre de 1999, 22 de junio de 2001, 5 de diciembre de 2002. En sentencia, Sala 1ª, del 13 de mayo de 2013, señala el Tribunal que *"el artículo 1473 del Código Civil que resuelve el problema de la doble venta. Se debe entender por tal la*

de una misma cosa que es vendida a personas distintas por el mismo propietario; este problema se plantea cuando debe determinarse cuál de ellos es el preferente para adquirir la cosa. Sin embargo, no se plantea si la primera de las ventas ha sido consumada y la cosa ha sido ya adquirida –título y modo– por uno de los compradores; caso en el que estamos en presencia de una venta de cosa ajena, la cual, según la sentencia del 5 de mayo de 2008, “es válida, en ningún caso se puede tildar de inexistente por falta de objeto; el objeto existe, es el piso; distinta es la falta de poder de disposición (cuestión no atinente al derecho subjetivo, derecho de propiedad en este caso, sino al sujeto disponente) sobre el objeto, que da lugar a la ineficacia y puede dar lugar a la adquisición (entre otros medios, como la usucapión) a non damina en virtud del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en los inmuebles”. Es de observar que para la resolución de la doble disposición por título de compraventa, el Tribunal Supremo recurre al artículo 34 de la Ley Hipotecaria (no a una aplicación autónoma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, y su hipotético tercero latino). Y lo pone en tal supuesto en relación con el artículo 1473.2 del Código Civil, lo que evidenciaría que considera que este precepto engloba en su supuesto de hecho ambas hipótesis (doble venta y doble disposición por título de compraventa), pero que para el caso de doble disposición por título de compraventa, el segundo comprador que primero inscribe, debe reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para salvar la falta de poder de disposición del transmitente (defecto que no se plantea en la doble venta clásica). Así la sentencia del 27 de septiembre de 1996, 25 de noviembre de 1996, 14 de junio de 2000, 24 de julio de 2000. En relación con esta cuestión, hay que destacar también la sentencia del 7 de septiembre de 2007, del Pleno del Tribunal Supremo. El caso de autos versaba sobre una doble transmisión por título de compraventa. La primera compradora tenía la posesión material de la finca pero no había inscrito. Si lo había hecho, en cambio, la segunda compradora, adquirente del mismo vendedor que era titular registral. La segunda compradora había demandado a la primera solicitando que se declarase su propiedad y se condenara a la demandada a entregar la posesión. En primera instancia se desestimó la demanda, pero fue estimada en apelación. La Audiencia Provincial había estimado que el caso era de doble venta, y no de venta de cosa ajena, porque la primera venta no se había consumado por falta de pago de la mayor parte del precio, y que aplicando el artículo 1473 del Código Civil en relación con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la demandante se veía amparada en su dominio pues no era claro que pudiera predicarse su mala fe. La demandada recurrió en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, invocando aplicación indebida del concepto de doble venta e infracción de los artículos 1473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto la demandante no era compradora de buena fe. El Tribunal Supremo señala que lo relevante para la transmisión del dominio mediante compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato venga acompañado de la tradición. Igualmente, que, mientras hasta los años 90, no hubo inconveniente en aplicar el artículo 1473 para resolver los conflictos planteados por dos ventas separadas largamente en el tiempo, en los años 90 se impuso el criterio de excluir de su ámbito de aplicación la venta de cosa ajena, que caería exclusivamente bajo el ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de exigir una cierta coetaneidad cronológica entre las dos ventas, para aplicar el artículo 1473 del Código Civil. Es más, en algunas sentencias se habría negado la aplicabilidad del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, a favor del segundo comprador, porque su adquisición habría sido nula o inexistente, conforme al artículo 33 de la Ley Hipotecaria, por falta de objeto o por falta de poder de disposición en el vendedor. Pero que, a partir de la sentencia de 5 de marzo de 2007 (Pleno), ya no cabría sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que el artículo 34 subsana es precisamente la falta de poder de disposición y si la finca existe, la segunda venta habrá tenido objeto. La nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente sino con los requisitos propios del título o, en su caso, del procedimiento de apremio que hubiera culminado en la adquisición inscrita. Por lo tanto, ya no hay una razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473.2 del Código Civil la venta de cosa ajena, pues también se cumplirá que resulta protegido el primer comprador que inscriba. El propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, pues habla del “adquirente que primero inscriba”. De otro lado, con esta interpretación se lograría la concordancia del artículo 1473 del Código Civil tanto con los artículos 606 y 608 del Código Civil [“Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”] como con la Ley Hipotecaria, con el artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y con el artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe, el segundo si lo hace y acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria (plazo de suspensión de dos años de los efectos del asiento de inmatriculación). Después de estas consideraciones previas, el Tribunal Supremo estima el recurso. Entiende que la primera compradora como poseedora tenía a su favor las presunciones de los artículos 434, 436 y 448 del Código Civil [presunción de buena fe y de titularidad del dominio] y que la segunda compradora no actuó de buena fe ya que, antes de adquirir la finca litigiosa, pudo comprobar que gran parte de ella se hallaba delimitada por un signo inequívoco de posesión como es un cierre metálico. Y que, en caso de existir desconocimiento de la situación real por la segunda compradora, ello era debido a su notoria negligencia y por eso faltaba la buena fe pues varias sentencias del Tribunal Supremo habían considerado desvirtuada la presunción de buena fe, cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad fuese consecuencia de la negligencia del ignorante. Esta sentencia, si bien no en ratio decidendi, plantea como obiter dicta la concordancia del artículo 1473.2 del Código Civil con el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, aisladamente del artículo 34, en un tono claramente

III. ¿ES EXACTA LA TESIS DUALISTA?

Para un intérprete es fundamental resolver esta cuestión pues de la misma depende la resolución de las dobles enajenaciones por título de compraventa de una misma finca y cualquier otro conflicto entre títulos contradictorios, uno no inscrito (por ejemplo un primer usufructo) y otro inscrito (una adquisición de la propiedad). Conflicto de títulos que se plantea no sólo a un inmatriculante, sino a quien reanuda el tracto sucesivo interrumpido; a cualquier tercer adquirente al que le falta el requisito de contratar con el titular registral porque cuando celebró la compraventa el transmitente aún no tenía inscrito su derecho, derecho que se inscribe después, al presentarse a la vez a registro el título

del transmitente y el del adquirente; a los titulares que siguen el expediente del artículo 312 del Reglamento Hipotecario (para la inscripción de derechos reales limitados sobre finca ajena no inmatriculada); a los titulares de derechos reales en cosa ajena del artículo 376 del Reglamento Hipotecario¹³; a los terceros adquirentes por título lucrativo (pues no está claro para los dualistas si sólo ha de ser protegido el adquirente a título oneroso que es primero en inscribir o si también ha de ser protegido el adquirente a título gratuito) o al anotante de embargo, pues hay quien postula que el acreedor que adquiere sobre el bien una situación registral (anotación de embargo), estaría protegido frente a títulos no inscritos o no anotados¹⁴. La cuestión tiene, pues, enorme trascendencia práctica.

dualista, que no podemos compartir. En un tono también dualista en obiter dicta se había pronunciado la sentencia de 22 de junio de 2001 (que admite la aplicación combinada de los artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 y 1473 del Código Civil (y aislada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria) para el caso de dos sucesivas disposiciones efectuadas por un vendedor. También sería dualista en obiter dicta, la sentencia del 22 de abril de 1994. En ningún caso, sin embargo, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en ratio decidendi, a favor de la solución de la doble disposición por título de compraventa por la mera prioridad en la inscripción (artículo 32 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1473.2 del Código Civil).

13. Artículo 376 del Reglamento Hipotecario: *"Cuando el primer asiento solicitado se refiera a un derecho real y con el título presentado se pueda inscribir la adquisición del inmueble, con arreglo al artículo 205 de la Ley, se harán dos inscripciones: la de dominio de la finca y después la del derecho real. En igual forma se procederá cuando el asiento de que se trate sea de anotación preventiva".* Artículo 205 de la Ley Hipotecaria: *"Serán inscribibles sin necesidad de la previa inscripción, los títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviere inscrito el mismo derecho a favor de otra persona y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca, expedidos por el Registrador con vista de los documentos presentados. En el asiento que se practique se expresarán necesariamente las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, tomándolas de los mismos documentos o de otros presentados al efecto".*
14. Los dualistas difieren así de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para la cual, el tercero hipotecario siempre es un tercer adquirente de un derecho real (sentencias del 13 de diciembre de 1982, 27 de diciembre de 1983, 3 de noviembre de 1984, 12 de diciembre de 1988 y 5 de octubre de 1993, 18 de abril de 1998, 21 de marzo de 2003). Así, la sentencia del 3 de noviembre de 1984 indica: *"...siendo reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que la anotación preventiva constituye solamente una garantía registral de la situación jurídica existente al ser registrada, que otorga preferencia al acreedor que la obtuvo sobre los créditos contraídos por el deudor, con posterioridad a la anotación, pero sin que prevalezca sobre los actos dispositivos otorgados anteriormente, aunque no estén inscritos..."* En este sentido, los artículos 594, 595 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la posibilidad de ejercicio de la tercera de dominio en el procedimiento de ejecución dineraria, por el titular del dominio no inscrito, cuando la cosa de su propiedad es embargada como perteneciente al titular registral ejecutado, que fue su transmitente en su día, antes de trabarse el embargo (cosa que no parecería admitir la tesis dualista, para quien el título de dominio no inscrito sería inoponible al anotante de embargo). Artículo 594 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *"1. El embargo trabado sobre bienes que no pertenecen al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciere valer sus derechos por medio de la tercera de dominio no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de rescimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación".* Artículo 595: *1. "Podrá interponer tercera de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una"*

Para resolverla hay que tener en cuenta que tanto la tesis monista como la dualista parten para la defensa de su posición del argumento histórico en la interpretación de las normas (artículo 3.1 del Código Civil) y acuden al Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena, como antecedente inmediato y fuente inspiradora de la Ley Hipotecaria de 1861. Pero mientras Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill afirman que los Títulos XIX y XX de dicho Proyecto eran expresión del sistema alemán o germánico (o sea de un sistema de fe pública registral), Villares Pico y García García afirman que acogía un sistema latino de protección a terceros adquirentes. Además, García García¹⁵ afirma que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, precedente del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, a diferencia del artículo 34, habría tenido una aplicación inmediata tras la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria el 1 de enero de 1863. El artículo 23

de la Ley Hipotecaria de 1861 no habría estado en suspenso en ningún momento, mientras que el artículo 34 de dicha Ley lo habría estado hasta el 31 de diciembre de 1874. Dicha vida independiente de los artículos mostraría que respondían a unos principios y a unos requisitos para la protección del tercero diferentes.

Lo cierto es, sin embargo, que he podido comprobar que al igual que el artículo 34, también el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 estuvo en suspenso hasta el 31 de diciembre de 1874. En el caso del artículo 34, su párrafo tercero preveía directamente la suspensión. En el caso del artículo 23, no se preveía expresamente en el precepto su suspensión, pero ello se desprendía de los artículos 389 y 391 de la Ley Hipotecaria de 1861, los cuales, dada la continuidad formal entre el Oficio de Hipotecas¹⁶ y el recién creado Registro de la Propiedad y con la pretensión de

vez trabado el embargo. ... Artículo 596: "1. La tercería de dominio podrá interponerse desde que se haya embargado el bien o bienes a que se refiera, aunque el embargo sea preventivo. 2. 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". Este planteamiento quiso ser modificado por la nueva redacción del artículo 32 de la Ley Hipotecaria que postulaba el fallido Anteproyecto de la Ley de Reforma Integral de los Registros, del siguiente tenor literal: "Los títulos de dominio o de otras derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero de buena fe que haya inscrito su derecho. Las tercerías de dominio que se interpongan contra anotaciones de embargo en el Registro de la Propiedad a favor de las Administraciones Públicas y Seguridad Social no podrán fundarse en título de dominio susceptible de inscripción que no haya sido inscrito. Se inadmitirán asimismo las tercerías de dominio fundadas en documentos privados susceptibles de elevación a público y de ulterior inscripción". La Exposición de Motivos del Anteproyecto indicaba que "en esta línea de protección del interés público que la Administración representa se modifica el régimen tradicional de tercerías atribuyendo preferencia al asiento practicado a su favor sobre el posible derecho de quien, voluntariamente ha renunciado a solicitar la protección que el Registro le otorga, favoreciendo así la transparencia al tiempo que evitando que la Administración efectúe un gasto inútil de recursos materiales, humanos y de tiempo en base a la información oficial sobre la situación jurídica de un bien que, sin embargo, es posteriormente desvirtuada por la aparición de un derecho que, a menudo interesadamente, su titular ha preferido mantener oculto". En relación con estas afirmaciones piénsese en supuestos como el que fue objeto de estudio por la sentencia, Sala 1, del 13 de mayo de 2013.

15. Principal defensor de la tesis dualista que mantuvo una interesante polémica al respecto con Roca-Sastre Muncunill. Antes la habían sostenido Tirso Carretero y Roca Sastre. Cfr.: GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*. Tomo II. El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad. Madrid: Civitas, 1993; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. "Comentario a los artículos 32, 33 y 34 de la Ley Hipotecaria". En: ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo VII, Volumen 4. Madrid: Edersa, 1999. Una exposición comentada de las tesis dualista y monista, a través de sus principales representantes, puede verse en JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, 2005, pp. 135-329.
16. El Oficio de Hipotecas o Contaduría de Hipotecas fue creado en España para el Reino de Castilla por la Pragmática de 1539. Esta norma fue interpretada por el Auto Acordado del 11 de diciembre de 1713. Por su parte, la Pragmática de 31 de enero de 1768 aprobó el reglamento de actuación de los registradores (Instrucción del Consejo de Castilla de 1767) en mayor explicación de las dos normas anteriores. El objeto registrable de las Contadurías de Hipotecas se circunscribió inicialmente a los censos consignativos y reservativos (imposiciones o compras de censos y ventas

atraer al Registro los títulos que no se hubiesen inscrito en el Oficio, permitían durante el plazo de 1 año a contar desde la entrada en vigor de la Ley, 1 de enero de 1863, inscribir los derechos reales adquiridos antes del 1 de enero de 1863 con efectos retroactivos de la inscripción a la fecha de adquisición, lo cual implicaba posible perjuicio a tercero que hubiese adquirido después aunque hubiese inscrito antes y, por lo tanto, beneficio para el *versus dominus* o titular real que había permanecido al margen del Oficio de Hipotecas,

y en definitiva suspensión del artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Dicho de otro modo, un título posteriormente inscrito, podría perjudicar al tercero del artículo 23, que inscribió antes, como consecuencia de la mencionada retroacción. Era evidente que la regla del artículo 23 (título no inscrito no perjudica a tercero) no se aplicaba, luego el precepto estaba en suspenso. Esta suspensión, paralela a la del artículo 34 de la Ley Hipotecaria,¹⁷ fue mantenida por unas mismas normas hasta el 31 de diciembre de 1874, entrando en vigor

de censos ya impuestos) y a los contratos de hipoteca; luego, en 1768, dicho objeto se amplió expresamente a los contratos de venta de bienes raíces gravados con alguna carga, a las escrituras de Mayorazgo u Obra Pía; a cualquier instrumento (inter vivos o mortis causa) que contenga una hipoteca especial o un gravamen y a los instrumentos de redención. La toma de razón en la Contaduría de Hipotecas, que se refería a los mencionados actos y contratos siempre que constasen en escritura otorgada ante escribano público, tuvo carácter obligatorio, no constitutivo. La falta de publicación en el plazo señalado por la ley hacía que el negocio jurídico por el que se creaba el gravamen no susceptible de manifestación posesoria (inicialmente eficaz para tal creación) deviniese nulo, ipso iure y ab origine, en cuanto a las disposiciones con trascendencia real pactadas por las partes. Por este medio, se extinguía el gravamen inicialmente creado, de modo que, privado de su vida inicial, no perjudicaba a tercero. El gravamen inscribible, no registrado, no perjudicaba a tercero porque ya no existía en la realidad. A lo largo del siglo XIX se fueron dando diversas disposiciones de índole inicialmente fiscal, pero que tuvieron una influencia muy notable en la Contaduría de Hipotecas y en el Derecho Civil. Fueron dictadas con anterioridad a la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861 y constituyeron lo que puede denominarse "sistema registral decimonónico". De manera que el Oficio de Hipotecas existente en España en 1861, al instaurarse el Registro de la Propiedad, ya no era la misma institución registral creada por las Pragmáticas Reales. Por obra del Real Decreto del 31 de diciembre de 1829 y de la Real Orden del 20 de julio de 1830, se amplió el objeto del Oficio de Hipotecas a las escrituras y documentos privados que contuviesen contratos traslativos del dominio directo o indirecto de bienes inmuebles, títulos de los que se tomaría razón en los Libros de la recién creada "Sección Segunda" del Oficio de Hipotecas. La finalidad del legislador al obligar a inscribir determinados actos cambia, pues de ser un medio para que conste si la finca que se vende o acensúa o hipoteca está o no exenta de gravámenes, y de este modo, evitar estelionatos, se pasa ahora a configurar el Registro como un medio de dar mayor legitimidad y solemnidad a las adquisiciones de dominio. Los documentos no registrados no serán admitidos en juicio ni producirán efecto legal alguno, extendiéndose los efectos derivados de la falta de toma de razón, al ámbito civil (al derecho real y a las obligaciones personales), procesal, notarial (para los documentos públicos) y penal. Por obra del Real Decreto del 23 de mayo de 1845 se amplió nuevamente el objeto registrable de las Contadurías de Hipotecas, inscribiéndose en unos nuevos libros, distintos de los correspondientes a las antiguas Secciones 1 y 2, y bajo el sistema del folio real, todas las mudanzas y obligaciones que experimentase la propiedad inmueble, ya constasen en documento público o privado. El título no registrado era nulo, extendiéndose la nulidad tanto a las obligaciones personales como al derecho real, si bien dicha nulidad era relativa pues podía ser subsanada mediante la registración fuera de plazo previa la satisfacción de las multas correspondientes (Cfr.: Más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *Op. Cit.* 2005, pp. 35-96).

17. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria de 1861: "No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos o contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito, o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito. Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después que empiece a regir la presente Ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título". Artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861: "Los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos en el registro, no podrán perjudicar a tercero". Artículo 389 de la Ley Hipotecaria de 1861: "Los que a la publicación de esta Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma ley empieza a regir". Artículo 391 de la Ley Hipotecaria de 1861: "Las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año, conforme a lo dispuesto

ambos preceptos el 1 de enero de 1875, lo que mostraría su interrelación e interdependencia¹⁸. Lo expuesto constituyó un primer dato que nos permitió dudar de la exactitud de la tesis dualista, que afirma la existencia de un tercero autónomo, latino, en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, e incluso en el Proyecto de Código Civil de 1851.

Otro dato favorable a la tesis monista se desprendía de la continuidad formal existente entre los Oficios de Hipotecas y el Registro de la Propiedad. Los Oficios de Hipotecas, tras la reforma practicada por el Real Decreto de 23 de mayo de 1845, adoptaron la técnica del folio real y contenía inscripciones de obligada práctica de las transmisiones del dominio y de todas sus desmembraciones. Aunque en el Registro de la Propiedad se abrían nuevos libros, las inscripciones practicadas en los antiguos libros eran puestas en relación por los registradores con las inscripciones que se hiciesen en los nuevos, de fincas o derechos inscritos en los antiguos. Había, pues, una continuidad formal entre ambos Registros, pero no sólo formal. La nueva legislación hipotecaria, que no partía de la nada, como afirman los dualistas, sino de los libros ya abiertos, dotó a las inscripciones practicadas en los Libros antiguos de los mismos efectos que a las nuevas inscripciones, esto es, del efecto de presunción *iuris et de iure* de exactitud e integridad registral en beneficio de tercero hipotecario, aunque no hubiesen sido trasladadas a los nuevos libros, de manera que podríamos afirmar que al entrar en vigor la Ley

Hipotecaria de 1861, ya existían terceros, causahabientes de titulares registrales anteriores, que hubieran sido protegidos inmediatamente frente a títulos no inscritos, si no hubiera existido la suspensión del artículo 23 de la Ley Hipotecaria. Existiendo, por lo tanto, contenidos registrales en los que poder confiar, al entrar en vigor la Ley Hipotecaria de 1861, era muy razonable que el legislador exigiese tal requisito de confianza al tercero que quería proteger y que por lo tanto, éste fuese un adquirente de titular registral.

Por otro lado, como la continuidad entre los artículos 1858 y 1859 del Proyecto de Código Civil de 1851¹⁹, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 y los vigentes artículos 606 y 1473.2 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria²⁰, no es cuestionada ni por la tesis dualista ni por la monista, era evidente que clarificar quién fuese el tercero contemplado por el Proyecto de Código Civil de 1851 y por el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, nos clarificaría quien fuese el tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria vigente. Para indagar, pues, la *mens legislatoris* (lo que el legislador realmente quiso establecer) recurrimos a una investigación en el Archivo de la Comisión General de Codificación.

En dicho Archivo, localizamos el Manuscrito del Anteproyecto de 1848 de los Títulos de la Hipoteca y Registro Público redactados por Claudio Antón de Luzuriaga, Anteproyecto que con diversas modificaciones terminó constituyendo los Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil

en los dos artículos anteriores, no surtirán efecto en cuanto a tercero, sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones o gravámenes a que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición. Si constare tal derecho en los títulos, se retrotraerán los efectos de la inscripción a la fecha en que se haya adquirido por el dueño.

18. Cfr.: Más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *Op. Cit.* 2005, pp. 380-389.

19. Artículo 1858: "Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el capítulo II de este título, surte efecto contra tercero, sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público. Se considera hecha la inscripción desde que se ha tomado el asiento prescrito en el artículo 1882, mientras no se haya hecho la anotación prevenida en el párrafo II del artículo 1884". Artículo 1859: "Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas, por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título".

20. Artículo 606 del Código Civil: "Los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero". El artículo 32 de la Ley Hipotecaria (introducido en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944-46) es reiteración de este precepto legal.

de 1851. En el Capítulo 5 de dicho Anteproyecto, relativo a los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad, se contenían 7 artículos numerados del 92 al 98.

El artículo 92, equivalente al artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 y al 32 de la Ley Hipotecaria actual, señalaba que los títulos traslativos o constitutivos de derechos reales no surten efecto contra tercero sino desde el momento de su inscripción en el Registro (luego título no inscrito no perjudica a tercero). El artículo 93, relativo a la doble enajenación afirmaba que, en tal caso, la propiedad pertenecería al adquirente que hubiese inscrito antes su título (parece que esto apoyaría la tesis dualista). Pues bien, en ese artículo 93, relativo a la doble enajenación, aparecía una nota marginal que decía: "Pueden refundirse estos 4 artículos [se refiere a la refundición de los artículos 92, 93, 94 y 95], realmente contenidos en el 92 y 99". Eran, pues, los artículos 92 y 99, los que constituían el eje del sistema registral. Bastaría la existencia de los dos, señalaba la nota, para que quedase claro quién era el sujeto protegido por el sistema registral y qué protección se le dispensaba. De esos cuatro artículos sólo el 92 hacía referencia al tercero. Pues bien, el artículo 99 con el que se hacía concordar el 92 y el mismo 93, relativo a la doble enajenación, contenía una referencia expresa a un tercero de buena fe, que, del precepto se desprendía, tenía que haber adquirido fiado en la titularidad inscrita de su transmitente y que, por lo tanto, había adquirido de titular registral.

El artículo 99 señalaba que la inscripción se extinguía automáticamente, sin necesidad de ser cancelada, en el mismo momento que finalizaba el plazo fijado a su duración, con tal que dicho plazo constase de una manera precisa y clara en los libros del Registro. Por ejemplo, si se había

inscrito un usufructo con un plazo de vida de 10 años, a los 10 años se extinguía la inscripción (sus efectos), sin necesidad de ser cancelada. Solamente en este caso, decía el precepto, podía oponerse al tercero de buena fe la extinción de tal derecho no cancelado. Esto es, sólo en este caso, al tercero que se apoyase para adquirir, en tal inscripción, se le podría oponer que el derecho no cancelado estaba extinguido (porque transcurrió su plazo de vida publicado). Ahora bien, a *sensu contrario*, en cualquier otro caso de extinción de un derecho inscrito sin que constase su cancelación, por lo tanto, en caso de extinción del derecho inscrito por una transmisión no registrada, no podría oponerse al tercero de buena fe tal extinción, a menos que constase en el Registro la cancelación correspondiente. Es decir, que para tal tercero la inscripción no cancelada y que publicaba un derecho que ya no existía (en el titular registral) continuaba vigente y produciendo sus efectos, como si se correspondiese con la realidad, y por tal motivo la transmisión no registrada no podía perjudicarlo (no se le podía oponer la extinción del derecho inscrito). Por lo tanto, el tercero a quien no perjudicaban los títulos traslativos o constitutivos de derechos reales no inscritos era un tercero de buena fe, a favor del cual se mantiene como verdadera la inscripción anterior, en la cual ha confiado. Estábamos, pues, en presencia de un tercero propio de un sistema de fe pública registral, que adquiriera de quien los libros publicaban como titular registral.

Los artículos 92, y 99 del Anteproyecto de 1848, pasaron a ser los artículos 1858, 1859 y 1862²¹ del Título XX del Proyecto de Código Civil de 1851, que llevaba por rúbrica, "Del Registro Público". Por la autoridad de las notas comentadas, el artículo 1858 y el 1862 constituían el eje del sistema registral y debían ser interpretados sistemáticamente. Podemos concluir que se

21. Artículo 1862 del Proyecto de 1851: "La inscripción se extingue de derecho, sin necesidad de cancelación, inmediatamente que expira el término fijado a su duración, sea en el título constitutivo del derecho inscrito, sea en la inscripción misma, con tal que dicho término conste de una manera precisa y clara. Solamente en este caso puede oponerse al tercero de buena fe la extinción del derecho que no resulte cancelado en el registro público". Artículo 1866 del Proyecto de 1851: "El tenedor del Registro hará de oficio la cancelación, aunque no sea consentida unánimemente por las partes, ni ordenada por los Tribunales, en los casos siguientes: 1º Al mismo tiempo que se inscriba la mutación de propiedad en favor del que la adquiere, se cancelará la inscripción del que la enajena..."

había establecido en el Proyecto de Código Civil de 1851 el principio de fe pública registral. Se señalaba que era inoponible a tercero de buena fe la extinción de un derecho no cancelado. Ello equivalía a afirmar que la inscripción era mantenida a favor de tercero de buena fe, aunque no se correspondiese con la realidad jurídica. Por ello, si el tercero de buena fe adquiría de quien según ella figuraba como propietario, el derecho no se entendía traspasado en su beneficio, el título no inscrito no le perjudicaba y él era quien adquiría la propiedad. Que este sentido dado al artículo 1862 del Proyecto de Código Civil de 1851 es correcto, se apoyaría también en su artículo 1866.1, según el cual el tenedor del Registro debía practicar de oficio el asiento de cancelación de la inscripción del enajenante, al mismo tiempo que se inscribía la mutación de propiedad a favor del adquirente. Luego era evidente que una transmisión de propiedad era causa de extinción de un derecho inscrito y causa de cancelación de su inscripción. Tenía entonces razón Gómez de la Serna, uno de los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861, cuando afirmaba: "en el proyecto de Código civil estaba adoptado el sistema hipotecario alemán que es el que ha adoptado la nueva Ley Hipotecaria..."²². El tercero, pues, protegido por su inscripción frente a los títulos no inscritos, fue, desde sus orígenes en el sistema registral inmobiliario español, un tercero que debía haber prestado su confianza al adquirir a una inscripción registral previa y que por lo tanto había adquirido de titular registral. El elemento histórico en la interpretación de las normas (artículo 3.1 del Código Civil) nos condu-

ce, en definitiva, a la consideración de la unidad de terceros en la Ley Hipotecaria²³.

Cabe añadir otros argumentos de orden lógico y sistemático en defensa la tesis monista. Así, en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, relativo a la rectificación de la inexactitud del registro, se prevé como causa de inexactitud, en su párrafo 1, letra a, la falta de acceso al Registro de alguna relación jurídica inmobiliaria. Este supuesto es el mismo que el que prevé el artículo 32 de la Ley Hipotecaria: la falta de inscripción de un título de dominio o de otros derechos reales. Si idéntico es el supuesto de hecho de ambos preceptos, idéntica ha de ser la consecuencia jurídica prevista para dicho supuesto. El artículo 32 de la Ley Hipotecaria nos señala que es la falta de perjuicio del título no inscrito a tercero y el artículo 40, la falta de perjuicio, al tercero que reúne los requisitos del artículo 40 (que son los mismos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria), de la rectificación del Registro por toma de razón, o sea por inscripción del título no registrado (lo que parte, evidentemente, de que el título no inscrito no perjudica a tercero). Si la consecuencia jurídica prevista por dos preceptos que tienen un mismo supuesto de hecho ha de ser por lógica coincidente, también lo será el tercero a que hacen referencia o sujeto beneficiado por tal consecuencia jurídica, que será por lo tanto, el descrito en el artículo 40 *in fine*, o sea, el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Por otro lado, si tomamos el artículo 40 *in fine a contrario sensu*²⁴, resulta que la rectificación del

22. GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. *La Ley Hipotecaria, comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación*. Tomo I. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1862, p. 637, nota al pie. En efecto, de la comparación de los resultantes Títulos XIX y XX del Proyecto de Código Civil de 1851 con la Ley Común Hipotecaria de Prusia de 20 de diciembre de 1783 y el Código de Prusia de 5 de enero de 1794, resultan claras similitudes, tanto en lo relativo a la organización del Registro como en relación con el régimen hipotecario e inmobiliario. Cfr.: OLMER Y ESTELLER, B. *Derecho inmobiliario español*. Tomo I. Madrid: Establecimiento Tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", 1892-1896, pp. 104-132 y 182-197. Lo dispuesto en los artículos 1858, 1859, 1860 y 1862 del Proyecto de 1851, fue recogido en los artículos 77 y 156 de la Ley Hipotecaria de 1861. Artículo 77: "Las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a otra persona". Artículo 156: "La hipoteca subsistirá en cuanto a tercero, mientras no se cancele su inscripción". El artículo 77 Ley Hipotecaria de 1861 se corresponde con el artículo 76 de la Ley Hipotecaria vigente (Texto Refundido del 8 de febrero de 1946).

23. Cfr.: Más extensamente en JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción. *Op. Cit.* 2005, pp. 336-368.

24. Cfr.: *ut supra* nota 9.

Registro por resolución judicial ordenando la rectificación (que es una manera de resolver la inexactitud registral por falta de acceso al registro de alguna relación jurídica inmobiliaria, mediante el ejercicio de una acción contradictoria del derecho inscrito), podrá perjudicar al adquirente de mala fe, al que adquirió a título gratuito (donatario, legatario), y a quien no efectuó su adquisición del titular del asiento inexacto o lo que es lo mismo de persona que en el Registro apareciese con facultades para transmitir. Así por ejemplo, en caso de doble disposición por título de compraventa podrá perjudicar al segundo adquirente, inmatriculante. En este caso, el primer comprador, *versus dominus* por haber completado el título y modo, ejercerá su acción reivindicatoria (acción contradictoria del derecho inscrito) y la demanda de cancelación (artículo 38.2 de la Ley Hipotecaria) contra el segundo adquirente que ha inmatriculado y cuyo asiento es inexacto (no refleja al *versus dominus*). La estimación de la acción reivindicatoria conllevará la declaración de inexactitud del Registro y la estimación de la demanda de cancelación. Por mandamiento judicial se ordenará la cancelación y se procederá a la inscripción del título del *versus dominus*. La rectificación registral perjudica al tercero (segundo adquirente), que no reunía los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, de acuerdo con este artículo 40 *in fine*, no existe en el Derecho español un tercero registral que pueda ser protegido frente a títulos no inscritos sin haber adquirido fiado en una titularidad que publicase el Registro. Su asiento es rectificable, en su perjuicio, a iniciativa del titular del dominio o derecho real no inscrito (artículo 40.1.a de la Ley Hipotecaria), derechos no inscritos que no podrá desconocer. Por otro lado, como señala Roca Sastre, el hecho de que la palabra "perjudicará" se utilice en el artículo 40.4 de la Ley Hipotecaria, que claramente responde al sistema de fe pública registral, hace ver que no tiene por qué dar necesariamente a un precepto (así al artículo 32 de la Ley Hipotecaria) un tono de sistema de transcripción, y que tiene razón

Roca Sastre cuando dice que son equivalentes en la Ley las palabras "no perjudicará a tercero" y "será mantenido en su adquisición el tercero"²⁵.

De lo dicho se desprende que el artículo 1473.2 del Código Civil no es un argumento a favor de la tesis dualista. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 1537 del Código Civil (que señala que todo lo dispuesto en el Título IV del Libro IV del Código Civil, relativo a la compraventa, se entenderá con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria) y 608 del Código Civil (que señala que para determinar el valor de los asientos del Registro se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria), hay que entender que el resultado descrito en el artículo 1473.2 del Código Civil, al decir que la propiedad pertenecerá a aquél de los adquirentes que haya inscrito su título en el Registro, es un resultado del juego de la fe pública registral. Por lo tanto, hay que coordinar el artículo 1473.2 del Código Civil con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, de modo que el valor del asiento del segundo adquirente que se adelanta a inscribir, vendrá determinado por la Ley Hipotecaria (artículos 32, 34, 40, 69 y 76 de la Ley Hipotecaria). El segundo adquirente que, por su inscripción, vence al primer adquirente, y no se ve perjudicado por el título no inscrito de éste, sólo puede ser, entonces, el tercero descrito en el artículo 34 y 40 *in fine* de la Ley Hipotecaria.

Otro argumento a favor de la tesis monista es el que se desprende del artículo 69 de la Ley Hipotecaria. Señala este artículo que "el que pudiendo pedir anotación preventiva de un derecho, dejase de hacerlo dentro del término señalado al efecto, no podrá después inscribirlo o anotarlo a su favor en perjuicio de tercero que haya inscrito el mismo derecho, adquiriéndolo de persona que aparezca en el Registro con facultad de transmitirlo". A sensu contrario tal inscripción o anotación preventiva, en perjuicio de tercero, si será posible si éste no adquirió de persona que en el registro apareciese con facultad para transmitir. Por ejemplo, el

25. Cfr.: JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción, *Op. Cit.* 2005, pp. 455-475, con cita de ROCA SASTRE y HERMIDA LINARES y refutación de las interpretaciones de GARCÍA GARCÍA de este artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

primer adquirente en una doble disposición por título de compraventa, que no puede inscribir por defecto subsanable, y no pide la práctica de la anotación preventiva por defecto subsanable, en plazo, esto es, durante los 60 días de vigencia del asiento de presentación, podrá inscribirlo a su favor en perjuicio de un inmatriculante, si ejercita la acción de rectificación del Registro²⁶. Ahora bien, si interpretásemos el artículo 32 de la Ley Hipotecaria en clave dualista, ese derecho que no fue debidamente anotado en plazo en el Registro no perjudicaría al inmatriculante, el cual sería dueño frente al primer adquirente que no pudo inscribir y que no puede rectificar a su favor el Registro por ser su título inoponible frente al segundo adquirente que se adelantó a inscribir. La interpretación dualista del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, por lo tanto, generaría una contradicción legal interna entre los dos preceptos, 69 y 32 de la Ley Hipotecaria, lo que demostraría la inviabilidad de la interpretación autónoma del artículo 32 de la Ley Hipotecaria. La propia corriente dualista ha visto en este precepto un argumento de peso en pro del monismo hipotecario y ha tratado de desvirtuar la interpretación ofrecida señalando que el artículo 69 de la Ley Hipotecaria se refiere a la necesidad de anotar en plazo, so pena de que, de lo contrario, pueda surgir, no un tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino un obstáculo formal de tracto sucesivo a la práctica de la anotación (esto es, que ya no esté inscrito el derecho a nombre de la persona que otorga el acto cuya anotación se pretende [artículo 20 de la Ley Hipotecaria]²⁷). Pero esta interpretación del artículo 69 de la Ley Hipotecaria queda contradicha por los precedentes legislativos. El concordante artículo 65 del Reglamento Hipotecario de 1861, hacía referencia expresa al artículo 34 de la Ley Hipotecaria: "El que, pudiendo pedir la anotación preventiva de un derecho, dejare de hacerla, no podrá después

inscribirlo a su favor, en perjuicio de tercero que haya adquirido e inscrito el mismo derecho con las circunstancias contenidas en el artículo 34 de la Ley". El artículo no ponía en relación el precepto y el concordante artículo 69 de la Ley Hipotecaria con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria (relativo al tracto sucesivo), sino con el artículo que con mayor amplitud expresaba los requisitos que debía reunir el tercero contemplado para su protección.

Además de los precedentes legislativos (artículo 65 del Reglamento Hipotecario de 1861), contradice la interpretación dualista la propia expresión literal del artículo 69 de la Ley Hipotecaria que hace ver que lo que regula no es un problema formal de tracto sucesivo sino de efectos sustantivos sobre los derechos: el derecho no anotado en plazo no podrá perjudicar, afectar, al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Finalmente, como señala Montserrat Valero, el requisito del tracto sucesivo no significa que en el momento de la adquisición el transferente sea titular registral, sino que en el momento de la inscripción, el transferente sea titular registral. Pero el artículo 69 exige lo primero, al igual que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, no hace referencia al requisito del tracto sucesivo²⁸.

Como hemos indicado antes, el Tribunal Supremo de España no ha reconocido la doctrina dualista sobre el tercero hipotecario en ninguna sentencia como *ratio decidendi* de su fallo, aunque en *obiter dicta*, sí que ha verificado algún pronunciamiento dualista. Cabe, pues, señalar que el Tribunal Supremo sigue la tesis monista del tercero hipotecario que también han defendido autores muy destacados como Vallet de Goytisolo, Jerónimo González y Martínez, Roca Sastre, Roca-Sastre Muncunill, Sanz Fernández, Peña Bernaldo de Quirós, Pau Pedrón, Manuel Albaldejo, Hermida Linares, Jordano Fraga, Rubio Garrido, Giménez Roig y otros.

26. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001, pp. 616.

27. Artículo 20 de la Ley Hipotecaria: "Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. En caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada".

28. MONSERRAT VALERO, Antonio. "En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario". En: *Revista de Derecho Privado*, junio de 2001, pp. 519.