

# Influencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo<sup>\*</sup>

## *Influence of the mortgage law on the theory of the title and the mode in the acquisition of real rights*

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

*Registrador de la propiedad adscrito a la DG Seguridad Jurídica y Fe Pública.  
Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.*

**RESUMEN:** La legislación hipotecaria, ya desde la Ley Hipotecaria de 1861 cuyo 160 aniversario celebramos, influyó decididamente en la modificación de la teoría civil del título y el modo en la adquisición de derechos reales. El propio Código civil de 1889 incorporó sus principios, no solo al recoger referencias expresas a aquella, sino al regular instituciones como la doble venta, atribuyendo la propiedad al que primero inscribe en el Registro de la Propiedad. La legislación hipotecaria no es así una legislación especial o excepcional, sino que forma parte del sistema civil general de adquisición

---

<sup>\*</sup> Conferencia pronunciada el 25 de febrero de 2021 con ocasión del 160 aniversario de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, dentro del ciclo de seminarios conjuntos celebrados entre la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y la Asociación de Profesores de Derecho Civil, organizados por el Colegio de Registradores. En concreto fue por videoconferencia, dada la situación de pandemia por COVID-19.

de la propiedad y demás derechos reales. Y no es meramente una legislación de terceros sino también y sobre todo de protección del adquirente, por tanto también de partes. No es cierta en este sentido la tercivalencia de la escritura pública, pues aún siendo cauce formal para la inscripción, es esta la que produce la oponibilidad del contenido del derecho real, estando la escritura sujeta al secreto del protocolo notarial.

*ABSTRACT: The Mortgage legislation, since the mortgage law of 1861, whose 160th anniversary we celebrate, decisively influenced the modification of the civil theory of title and the way in which real rights were acquired. The Civil Code of 1889 itself incorporated its principles, not only by collecting express references to it, but also by regulating institutions such as double sale, attributing the property to the one who first registered it in the Property Registry. Mortgage legislation is thus not special or exceptional legislation, but is part of the general civil system for the acquisition of property and other real rights. And it is not merely a legislation of third parties but also and above all of protection of the acquirer, therefore also of parties. The stubbornness of the public deed is not true in this sense, because even though it is a formal channel for registration, it is this that produces the enforceability of the content of the real law, the deed being subject to the secrecy of the notarial protocol.*

**PALABRAS CLAVE:** Ley Hipotecaria. Doble venta. Propiedad. Derechos reales.

**KEY WORDS:** *Mortgage Law. Double sale. Property. Real rights.*

**SUMARIO:** I. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO.—II. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861.—III. NO CABE EVICCIÓN FRENTE A TITULAR REGISTRAL PROTEGIDO.—IV. DIFERENCIAS ENTRE FORMA Y PUBLICIDAD.—V. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO MODO PÚBLICO.—VI. OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA.—VII. LA INCORPORACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA AL CÓDIGO CIVIL.—VIII. INADMISIÓN DE DOCUMENTOS QUE DEBIENDO INSCRIBIRSE NO ESTUVIERAN INSCRITOS.—IX. LA COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO EN LA LEY 13/2015 DE 24 DE JUNIO.—X. LA LEY HIPOTECARIA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DE TERCEROS: SUPUESTOS DE PROTECCIÓN DE TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL POR REMISIÓN

EXPRESA A LA LEY HIPOTECARIA.—XI. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA NO SOLO ES UNA LEGISLACIÓN DE TERCEROS SINO TAMBIÉN DE DEFENSA INTER PARTES.—XII. LA DOBLE VENTA. ARTÍCULO 1473 CÓDIGO CIVIL (R)EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL RESPECTO.—XIII. LA INSCRIPCIÓN COMO MODO PÚBLICO O CUASI CONSTITUTIVA.—XIV. LA FALACIA DE LA TERCIVALENCIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: EL SECRETO DEL PROTOCOLO NOTARIAL.—XV. CONCLUSIÓN: LA TEORÍA CIVIL DEL TÍTULO Y EL MODO COMO RESIDUAL O SUPLETORIA.

## I. LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

Me gustaría desmitificar ciertas afirmaciones que, por ser medias verdades, no son exactas y causan confusión. En concreto:

- a) Que la legislación hipotecaria respetó la teoría del título y el modo
- b) Que la legislación hipotecaria es una legislación especial, en cierto modo excepcional
- c) Que la legislación hipotecaria es solo una legislación de terceros, frente a la legislación sustantiva civil.
- d) Que el instrumento público tiene eficacia frente a terceros (tercivalencia de la escritura pública).

Empecemos por la afirmación de que en materia de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sigue la doctrina del título y el modo. Sin ser incierta, requiere matizar que la legislación hipotecaria incidió plenamente en ella, hasta el punto de exigir para la plena eficacia *erga omnes* del derecho real, un título público (escritura pública) y un modo público (la inscripción en el Registro de la Propiedad).

La teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales en el Derecho civil español, se elabora a partir de los artículos 609 y 1095 del Código civil.

De los supuestos modos de adquirir el dominio y demás derechos reales previstos en el 609. Como son la ocupación (la ocupación limitada a los bienes muebles, pues los inmuebles vacantes —los denominados bienes mostrencos— corresponden al Estado, *ex* artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas); ley; donación; sucesión testada o intestad; usucapión, y «ciertos contratos seguidos de la tradición», es este último modo de adquirir, *inter vivos* y a título oneroso el más frecuente en la práctica.

La dicción de este precepto, junto con el 1095 que solo atribuye al acreedor de la entrega (esto es al comprador) los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, pero no la adquisición de derecho real sobre ella hasta que haya sido entregada, es lo que lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a reconocer la vigencia de la teoría del título y el modo. Esto es, que no basta el mero consentimiento para transmitir, ni tampoco la mera entrega o *traditio*, sino que ambos requisitos son necesarios. En esto se diferencia del Derecho francés, donde hay transmisión solo consenso, y del Derecho alemán, donde la transmisión deriva de un acuerdo real traslativo desconectado de la causa. En España se requiere para transmitir, ambas cosas, título causal traslativo válido y tradición, *traditio* o modo, también válido y eficaz.

Los supuestos de *traditio* instrumental, esto es, el otorgamiento de escritura pública, en cuanto equivalente a la *traditio* (art. 1462 CC) y la exigencia como regla general de titulación pública para el acceso al Registro de la Propiedad, facilitan la interpretación de que la legislación hipotecaria está siguiendo la teoría del título y el modo. Formalmente es así, pero en realidad está incidiendo en ella de una manera esencial.

## II. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Aunque formalmente la legislación hipotecaria respetó la teoría del título y el modo, al no afrontar expresamente el tema que se dejó para el Código civil (finalmente aprobado en 1889) lo cierto es que incidió plenamente en ella.

Lo explica la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861: «*Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción*»<sup>1</sup>.

Estas palabras de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, cuyos 160 años conmemoramos este mes, demuestran que la legislación hipotecaria consideró la teoría del título y el modo como Derecho antiguo, el derecho civil tradicional anterior a la Ley Hipotecaria, y que esta respetaba a falta de inscripción. Existiendo inscripción la cosa cambiaba radicalmente.

No podía ser de otra forma, ya que solo la inscripción atribuye a los derechos reales su plena oponibilidad, reipersecutoriedad y eficacia frente a todos que les caracteriza. La inscripción atribuye al derecho real todos los efectos propios del sistema inmobiliario registral español (legitimación, inoponibilidad, fe pública registral, prioridad), y por tanto su plena conformación como derecho real.

En esto se diferencia la inscripción de la anotación preventiva que solo tiene el efecto de enervar la fe pública registral e impedir que terceros puedan obtener mediante la inscripción de sus títulos aquellos efectos. Por tanto un derecho real no conformado plenamente (pensemos en un derecho real adquirido en documento privado o de forma verbal seguido de la *traditio*) podrá ser objeto a lo sumo de anotación preventiva (por ejemplo si se ejercita la acción de elevación a público) pero hasta el momento de su conversión en inscripción, el favorecido no podrá invocar los efectos antes dichos de legitimación dispositiva, inoponibilidad de lo no inscrito, prioridad frente a títulos no presentados en el Registro aunque sean de fecha anterior y fe pública registral, que protege frente a los vicios en el título del transmitente.

En efecto, el Registro de la Propiedad español atribuye, como consecuencia de la calificación registral, excepcionales efectos al derecho inscrito, hasta el punto de que solo mediante la inscripción podemos afirmar que el derecho es plenamente oponible frente a cualquier tercero. Solo mediante la inscripción el derecho real logra su plena eficacia *erga omnes*.

Esto es tanto como decir que, en el fondo, la teoría del título y el modo en la adquisición de derechos reales recogida en nuestro Código civil (arts. 609 y 1095 CC) fue plenamente modalizada por la legislación hipotecaria.

### III. NO CABE EVICCIÓN FRENTE A TITULAR REGISTRAL PROTEGIDO

La Ley Hipotecaria cambia el Derecho antiguo hasta el punto de que una vez inscrito el derecho real no cabe evicción en contra del titular inscrito protegido por la fe pública registral (art. 34 LH).

Todas las reglas del Código civil en relación al saneamiento por evicción (en particular el art. 1478 CC) relativos al derecho del comprador vencido en juicio por un derecho anterior a la compra a ser restituido del valor del inmueble que compró, los gastos en que incurrió y la indemnización de daños y perjuicios —incluso de los gastos necesarios y útiles— en caso de aparecer un mejor propietario sobre la cosa vendida que le venza en una acción reivindicatoria, no son aplicables en relación al titular inscrito, que es mantenido a pesar de todo en su adquisición, si reúne los requisitos del artículo 34 LH.

Tampoco son oponibles al titular inscrito del derecho real los títulos no inscritos (art. 32 LH), prevalece y tiene prioridad frente a títulos anteriores incompatibles (art. 17 LH) y tiene la legitimación dispositiva (art. 38 LH).

De ahí que, aunque la Ley Hipotecaria formal y expresamente no deroga la teoría del título y el modo, la modaliza al hacer que este modo tenga que ser un modo público o que, dicho de otra forma, que la inscripción no sea una mera oponibilidad frente a terceros sino un verdadero requisito de la transmisión, de forma que la inscripción en sí misma es independiente de la relación causal como ocurre con los títulos valor negociables.

No se puede explicar el saneamiento por evicción sin advertir que la legislación hipotecaria la impide frente a titular registral que reúne los requisitos del artículo 34 LH.

#### IV. DIFERENCIAS ENTRE FORMA Y PUBLICIDAD

No debe confundirse en este sentido forma pública y publicidad registral. Es la publicidad registral —y no el instrumento público, aunque este es el vehículo formal para acceder a aquella— la que atribuye al titular plena legitimación dispositiva, protección frente a cargas no inscritas y en definitiva la fe pública de que es verdadero propietario del derecho inscrito.

La forma pública es presupuesto de la inscripción (dado que nuestro sistema sigue en general la exigencia de titulación pública, *ex* artículo 3 LH) pero opera inter partes, no frente a terceros —que es el plano en que se desenvuelve la institución registral—, dado el principio de secreto en el protocolo notarial que impide un conocimiento generalizado del contenido del instrumento público<sup>2</sup>. La *tercivalencia* de la escritura pública queda limitada a la fecha y al hecho del otorgamiento (art. 1218 CC), de manera que para que haya publicidad frente a terceros, plena oponibilidad, y por tanto plenitud de eficacia «*erga omnes*» del derecho real es precisa la inscripción en el Registro de la Propiedad.

El documento notarial atribuye excepcionales efectos probatorios y ejecutivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. art. 317 LEC); dota de forma esencial o *ad solmenitatem* a determinados negocios jurídicos (caso de la donación de inmuebles *ex* art. 633 CC, hipoteca *ex* art. 145.1 de la LH, entre otros); la escritura pública tiene valor traditorio, considerándose un supuesto de tradición instrumental (cfr. art. 1462 CC); los créditos recogidos en escritura pública tienen la preferencia creditual general recogida, en defecto de privilegio especial, por la regla final del artículo 1924 apartado 3.º del Código civil; los documentos públicos autorizados por notario gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro (como dispone el art. 17 bis Ley Notariado). El carácter de título inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 3 LH) precisamente deriva de este carácter de documento público.

Pero es la calificación registral y la inscripción en el Registro de la Propiedad y Mercantil el que a su vez dota al derecho de los efectos que le son propios, de oponibilidad de lo inscrito, inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe, prioridad, legitimación registral y fe pública registral.

## V. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO MODO PÚBLICO

El Registro de la Propiedad es así una institución protectora de la apariencia, constituye verdad oficial, con independencia de que la titularidad proclamada civilmente sea válida o no lo sea.

Es cierto que el sistema establece medios para que la titularidad proclamada por el Registro sobre los bienes inmuebles y derechos reales, se corresponda con la realidad civil sustantiva (así se entiende la necesidad de acreditar en documento público la transmisión, modificación o extinción del derecho real cuya inscripción se pretende; la calificación registral tanto en su aspecto formal como sustantivo de la legalidad de los títulos presentados; y la necesidad de concatenación de los asientos o tracto sucesivo). Y que se establecen medios para rectificar la inexactitud del Registro caso de que no se corresponda con la realidad civil sustantiva (art. 40 LH).

Pero en todo caso prevalece, aunque sea inexacto, la protección al adquirente de buena fe y a título oneroso (al inversor que confía en el Registro), porque los asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 LH), se presume la legitimación dispositiva del titular registral (art. 38 LH), y no cabe anulación del título del transferente por causas que no constan en el Registro (fe pública registral *ex* art. 34 LH).

En definitiva, cualquier rectificación que se pretenda del Registro se hace siempre sin perjuicio de la protección a ultranza del tercer adquirente que haya confiado en el contenido del Registro que no se puede ver perjudicado (cfr. art. 40 LH, inciso último).

Con ello se garantiza la seguridad y rapidez en las transacciones inmobiliarias (lo mismo que el Registro Mercantil hace en materia de contratación mercantil).

El Registro de la Propiedad se erige así en el modo público que se exige, junto con el título público, para la plena adquisición del derecho real. Título y modo para la adquisición de derechos reales, sí; pero ese modo debe ser público (a modo de la GEWERE germánica) a través de la publicidad registral.

En otro caso (esto es carencia de modo público por la inscripción) el título podrá ser invocado en su preferencia a través de una tercería frente a un derecho de crédito, pero nunca cabría oponibilidad frente a un derecho real incompatible que estuviera inscrito.

## VI. OTRAS INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA

No es el Registro de la Propiedad y Mercantil el único instrumento de protección de la apariencia, hay otras instituciones que se amparan en principio similar de protección de la apariencia. Es el caso de las compraventas en establecimientos abiertos al público (al amparo del art. 85 del Código de Comercio), las compras de bienes muebles no registrables<sup>3</sup> adquiriendo de buena fe su posesión (*ex* art. 464 CC) o la protección de los terceros de buena fe que contratan con apoderado con poder revocado o extinguido (*ex* arts. 1734 y 1738 CC). Son lo que LUNA SERRANO denomina verdades oficiales del Derecho.<sup>4</sup>

## VII. LA INCORPORACIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA AL CÓDIGO CIVIL

Una vez analizada la incidencia de la legislación hipotecaria en la teoría del título y el modo, conviene desvirtuar la idea de que la Ley Hipotecaria es legislación especial, en cierto modo excepcional, frente al régimen sustantivo del derecho civil.

Afirmar que en España basta título formal traslativo sujeto a libertad de forma (*ex* arts. 1355 y 1258 CC) seguido de la tradición o entrega (entrega de llaves o de los títulos de propiedad como supuestos de traditio ficta) no es —en mi opinión— correcto. Ni siquiera en Derecho civil sustantivo puede afirmarse que eso sea así, pues no olvidemos que la legislación hipotecaria forma parte sustantiva en bloque del Código civil, que la hace suya al incorporarla a través de los artículos 605 a 608 del Código civil.

La Ley Hipotecaria forma parte del régimen civil general de adquisición de la propiedad y demás derechos reales. Y no procede distinguir entre la propiedad inmatriculada de la que no lo está.

La explicación doctrinal que distingue entre propiedad inscrita y propiedad no inscrita, carece hoy además de justificación, primero porque el porcentaje de propiedad no inmatriculada es hoy escaso (lo que ya llevaría a considerar que en términos reales la aplicación de la legislación hipotecaria es la regla general) sino porque además la propiedad no inscrita puede llegar a ser adquirida e inscrita por un tercero que será protegido también frente al adquirente inicial no inscrito, de modo que a este no le servirá de consuelo decir que en España rige la teoría del título y el modo porque no le protegerá frente a quien inmatricule, al menos una vez transcurridos los dos años de limitación de efectos que establece el artículo 207 LH para los supuestos de inmatriculación por doble título público.

En este sentido debe destacarse que el artículo 32 LH no exige para su aplicación (esto es, para la protección del tercer adquirente que este adquiriera

de titular inscrito), sino que basta con adquirir de buena fe a título oneroso e inscribir en el Registro de la Propiedad, para gozar de la protección frente a títulos inscritos, una vez pasado el periodo temporal de suspensión del artículo 207 LH ya citado.

La legislación hipotecaria es por tanto ley sustantiva, como lo es el Código civil al que se incorpora. Y el resto del ordenamiento jurídico es coherente con ella, como ocurre en materia procesal. En efecto, numerosos preceptos procesales hacen referencia directa o indirecta a la legislación hipotecaria como ley sustantiva que hay que respetar. Así en materia de inscripción de sentencias, el artículo 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil obliga a los encargados de los registros públicos a cumplir las resoluciones judiciales firmes pero «salvo que existan obstáculos derivados del Registro conforme a su legislación específica».

Esto ha llevado a la Dirección General de los Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) a confirmar la obligación —no solo la facultad sino el deber— de los registradores de calificar los documentos judiciales, en los extremos señalados en el artículo 100 del Reglamento hipotecario y a rechazar las sentencias dictadas con falta de competencia, en los que no se cumple el tracto sucesivo, existen obstáculos registrales que lo impidan o incongruencia entre la resolución dictada y el procedimiento seguido<sup>5</sup>. Posición que ha sido ratificada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de octubre de 2013 y 21 de noviembre de 2017.

#### VIII. INADMISIÓN DE DOCUMENTOS QUE DEBIENDO INSCRIBIRSE NO ESTUVIERAN INSCRITOS

La aplicación de la legislación hipotecaria también en el ámbito procesal queda corroborada por los preceptos reguladores en la legislación hipotecaria de la inadmisión de documentos no inscritos. Recordemos que el artículo 319 de la Ley Hipotecaria<sup>6</sup> determina que:

Los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado no admitirán ningún documento o escritura de que no se haya tomado razón en el Registro por los cuales se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sujetos a inscripción, si el objeto de la presentación fuere hacer efectivo, en perjuicio de tercero, un derecho que debió ser inscrito. Si tales derechos hubieran tenido ya acceso al Registro, la inadmisión procederá, cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlos valer ante los Tribunales, Consejos y Oficinas expresados.

Se exceptúa de dicha prohibición la presentación de documentos o escrituras a los efectos fiscales o tributarios. Tampoco en los expedientes de expropiación forzosa que se sigan contra el que tenga los bienes en concepto de poseedor será necesario que estos tengan tomada razón de dicha situación en el Registro (texto añadido por el artículo 101.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre). E Igualmente cabe admisión judicial de documentos no inscritos a efectos fiscales<sup>7</sup>.

También el artículo 320 aclara que, no obstante, lo dispuesto en el artículo anterior, podrá admitirse el documento no inscrito y que debió serlo si el objeto de la presentación fuere únicamente corroborar otro título posterior inscrito o ejercitar la acción de rectificación del Registro. Y el artículo 321 dispone que también podrá admitirse el documento expresado en el artículo anterior cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel documento. Pero nunca podrá tener efectos frente a terceros que cumplieron con la inscripción con los requisitos exigidos en la legislación hipotecaria (véase art. 40 LH in fine).

Por tanto lo que no cabe es la admisión procesal de títulos no inscritos para sostener una acción que contradiga la titularidad inscrita, cuando el titular registral reúne los requisitos del artículo 32 o 34 de la Ley Hipotecaria.

La interpretación más extendida en la actualidad es así que la inadmisión de documentos que pudiendo inscribirse no se inscribieron en el Registro de la Propiedad, no es absoluta, en la medida que pueden invocarse en acciones declarativas, reivindicatorias, tercerías de dominio, etcétera los títulos no inscritos, pero siempre frente a quien no tenga la condición de tercero protegido.

Por tanto, cabría admisión de títulos no inscritos frente a un anotante de embargo, pero no frente al adquirente de un derecho real sea dominio, hipoteca o cualquier otro, que reúna los requisitos del artículo 34 LH.

Es importante desvirtuar por tanto la afirmación falsa de que caben tercerías de dominio frente a la hipoteca, pues al ser un derecho de inscripción constitutiva, necesariamente el acreedor hipotecario estará protegido frente a títulos incompatibles no inscritos (arts. 17 y 32 LH).

## IX. LA COORDINACIÓN CATASTRO-REGISTRO EN LA LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO

Tampoco cabe olvidar que las fincas coordinadas en el Registro de la Propiedad con el Catastro, mediante la incorporación de su representación gráfica con coordenadas UTM proyectadas sobre la cartografía catastral, atribuyen al titular registral los efectos de legitimación no solo en el plano

civil de su derecho, sino también en relación a los datos de superficie o fácticos (art. 10.5 LH tras la reforma<sup>8</sup>).

En estos casos la plena oponibilidad del derecho real inscrito se extiende también a los datos superficiales, pues el Registro va a extender a ellos la eficacia del principio de legitimación.

Caben representaciones gráficas alternativas en el Registro, no basadas en la cartografía catastral, pero depuradas jurídicamente por el registrador con citación a colindantes catastrales y registrales *ex* artículo 199 LH, que una vez notificadas a Catastro pueden ser también validadas por este (deberían serlo en el plazo de meses máximo según ley) y en tal caso también se entiende que hay coordinación.

Un argumento más para defender que la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito para la oponibilidad plena del derecho de propiedad, también en cuanto a los datos físicos a los que la jurisprudencia, antes de la reforma, negaba la extensión de los principios del sistema registral.

## **X. LA LEY HIPOTECARIA COMO INSTITUCIÓN DE PROTECCIÓN DE TERCEROS: SUPUESTOS DE PROTECCIÓN DE TERCEROS EN EL CÓDIGO CIVIL POR REMISIÓN EXPRESA A LA LEY HIPOTECARIA**

La legislación hipotecaria se ha dicho que es una institución de protección de terceros. Pero veremos que tampoco esto es exactamente así. También modaliza plenamente el derecho real en la relación inter partes.

Es cierto que la Ley Hipotecaria está basada en la protección del tercer adquirente a título oneroso de buena fe que inscribe su derecho. Y el Código civil reitera esta concepción al recoger numerosos supuestos de protección de terceros conforme a la Ley Hipotecaria.

El Código civil contiene referencias a la Ley Hipotecaria en catorce ocasiones:

- 1) para remitirse a las obligaciones de hipoteca legal en la administración paterna (art. 164);
- 2) La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 462), en claro reconocimiento de la aplicación preferente del artículo 36 LH.
- 3) 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 (art. 608).

4) Revocación de donación por incumplimiento de cargas.: La donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquel le impuso. En este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria (art. 647). Lo que significa que solo es oponible a tercero si consta inscrita la carga impuesta al donatario.

5) La enajenación que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria (art. 945). Supone que la reservas no son oponibles a tercer adquirente de la finca si no se hacen constar expresamente en el Registro. Debe recordarse al respecto que las reservas no son deducibles del historial de la finca, sino que tiene que hacerse constar la cualidad de reservable del bien, bien voluntariamente, bien judicialmente (cfr. art. 265 RH).

6) Lo reitera el 977 con relación a la reserva binupcial, al señalar que el viudo o la viuda, al repetir matrimonio, hará inventariar todos los bienes sujetos a reserva, anotar en el Registro de la Propiedad la calidad de reservables de los inmuebles con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y tasar los muebles.

7) Al regular en el artículo 1124 del Código civil la facultad resolutoria en las obligaciones sinalagmáticas, aclara el último inciso que esa regulación se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. Lo que significa que o bien se garantiza con condición resolutoria explícita inscrita en el Registro (*ex* art. 1504 CC y 11 LH) o bien esa facultad resolutoria por incumplimiento no será oponible a terceros adquirentes que reúnan los requisitos para ser protegidos con arreglo a la legislación hipotecaria.

8) En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquellas o estos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria (art. 1333 CC). Supone que las modificaciones del régimen económico matrimonial no perjudican a tercero (como también reitera el 1317 CC), sino desde las inscripciones en el Registro civil primero, y en el Registro de la Propiedad después si afectan a inmuebles. En este caso lo prioritario es el Registro civil, en cuanto registro de situaciones personales, y es requisito previo a la inscripción de las modificaciones en el Registro de la Propiedad (art. 233 RRC).

9) El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional; salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros (art. 1510 CC). Es un ejemplo claro de cómo en la configuración de los derechos reales no hay plena oponibilidad frente a terceros (y por tanto no hay pleno derecho real) sino cuando se inscribe el retracto convencional en el Registro.

10) La cláusula contenida en el artículo 1537 del Código civil, de que todo lo dispuesto en este título (título VI del libro IV relativo a la compraventa) se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria. Es una clara incorporación de la legislación hipotecaria a la regulación de la teoría del título y el modo en la configuración de los derechos reales, pues en materia de inmuebles exige tomarla en consideración.

11) La regla venta quita renta contenida en el artículo 1571 del Código civil es una clara protección del arrendamiento inscrito. El comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Evidentemente también a salvo la legislación especial arrendaticia (LAU y LAR) que establecen subrogaciones forzosas. Es verdad que la naturaleza del arrendamiento es discutida, pero lo cierto es que su oponibilidad a terceros deriva de la inscripción o de la ley.

12) Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria (art. 1797 CC). Clara aplicación en materia del contrato de alimentos del inciso último del artículo 1124 del Código civil ya estudiado. No cabe facultad resolutoria en perjuicio de tercero salvo que se pacte expresamente la condición resolutoria, y esta esté inscrita.

13) Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Las personas a cuyo favor establece hipoteca la ley, no tienen otro derecho que el de exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio del seguro (art. 1875 CC). Es un claro reconocimiento del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, a salvo las hipotecas legales tácitas que operan sin necesidad de inscripción (como es el caso de la afección al pago del IBI).

14) La forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás que no haya sido comprendido en este capítulo, queda sometido a las prescripciones de la Ley Hipotecaria, que continúa vigente (art. 1880 CC). Nuevamente el Código civil hace suyas las prescripciones de la legislación hipotecaria (recordemos de nuevo que se aprueba en 1861 antes que el propio del Código civil (en 1889 CC). Es curioso, no obstante, como el carácter constitutivo de la hipoteca se produce en el ámbito específico de la codificación civil.

A todo esto, hay que añadir los artículos específicos relativos al Registro de la Propiedad contenidos en el título VIII del libro III, en concreto los artículos 605 a 608 del Código civil.

## XI. PERO LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA NO SOLO ES UNA LEGISLACIÓN DE TERCEROS SINO TAMBIÉN DE DEFENSA INTER PARTES

La teoría del título y el modo por tanto no puede estudiarse al margen de la legislación hipotecaria, incorporada al Código civil. Pero no solo porque para que exista plenamente un derecho real y por tanto oponibilidad frente a cualquier tercero, sino porque además la inscripción en el Registro de la Propiedad también protege directamente al adquirente, y no meramente al subadquirente. El titular registral directamente aparece protegido.

1) Así ocurre en materia de usucapión *secundum tabulas*, donde se favorece la prescripción al considerar a la inscripción justo título (art. 35 LH).

2) Todos los efectos de legitimación dispositiva, prioridad frente a títulos anteriores no presentados (a los que el Registro cierra el acceso) e inoponibilidad de lo no inscrito, se producen sin necesidad de ser un subadquirente, se extienden directamente al comprador o adquirente directo que pasa a ser titular registral.

3) Pero es que incluso, la fe pública registral es predicable no solo frente a los subadquirentes, como erróneamente interpretaba algún sector jurisprudencial, sino directamente atribuible al primer adquirente, como ha sancionado el Tribunal Supremo en relación a la doble venta.

En este sentido es decisiva la solución que da el propio Código civil al problema de la doble venta, atribuyendo la propiedad en caso de inmuebles al que primero inscriba, siempre que goce de buena fe según interpretación jurisprudencial. Interpretación que además extiende la protección a los supuestos de venta de cosa ajena, al no diferenciar entre este supuesto y el de la doble venta como hacía tradicionalmente algún sector jurisprudencial.

En ambos casos se protege al adquirente inscrito, sin necesidad de ostentar la condición de subadquirente.

Es cierto que el artículo 33 LH aún prevé que la inscripción no convalida los actos nulos con arreglo a las leyes. Pero eso solo significa que la inscripción —al igual que el título— puede ser impugnado por vicios de consentimiento, falsedad de causa —por ejemplo, en caso de simulación absoluta—, defecto sustancial de forma —pensemos en la falsificación de una escritura— u otras causan de nulidad que afecten al propio título del adquirente. También podría combatirse la titularidad si el adquirente inscrito hubiera adquirido de mala fe, esto es, conociendo la falta de poder dispositivo del transferente.

Pero lo importante de la legislación hipotecaria, incorporada al sistema general de adquisición de los derechos reales, estable que el adquirente de buena fe a título oneroso inscrito queda protegido frente a la falta de poder dispositivo del transferente, como también reconoce el propio Código civil en materia de doble venta (y venta de cosa ajena), como procedemos a analizar.

## XII. LA DOBLE VENTA. ARTÍCULO 1473 DEL CÓDIGO CIVIL (R)EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL AL RESPECTO

Son conocidas al respecto las STS de 5 de marzo y 7 de septiembre 2007<sup>9</sup> sobre unificación de doctrina en la materia. Frente a las tesis jurisprudenciales que exigían coetaneidad entre las dos ventas para proteger al primero que inscriba en caso de doble venta, el Alto Tribunal rechaza esta exigencia (que no está en el CC) y aplica el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para proteger, por elementales exigencias de seguridad jurídica, al primer adquirente a título oneroso y de buena fe que inscriba.

Considera que cuando el artículo 34 LH en su párrafo primero establece que «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 consten en el mismo Registro», contiene dos afirmaciones distintas separadas por una coma:

- 1) La de la plena protección de quien adquiere e inscribe («será mantenido en su adquisición») que supone ya la protección del primer adquirente y se extendería a los supuestos de doble ventas coetáneas;
- 2) Aunque se anule o resuelva el título del transferente (protección del subadquirente y por tanto, también en caso de venta de cosa ajena).

Como señala Matilde CUENA al comentar estas sentencias, aprovecha el Tribunal Supremo la ocasión que le brinda la presente sentencia para aclarar que «la aplicación del artículo 1473 del Código civil no exige necesariamente el requisito de una «cierta coetaneidad cronológica» entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor mediante tradición material (art. 1462.1 CC), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido plasmado en escritura pública (art. 1.462.2 CC) e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1473 del Código civil tanto con los artículos 606 y 608 del Código civil como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH» (fundamento de derecho segundo). En definitiva, el Tribunal Supremo no excluye la venta de cosa ajena del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código civil que, por ello, puede desembocar en una adquisición *a non domino* a favor del segundo comprador (arts. 32 y 34 LH)<sup>10</sup>.

Esta autora, y coincido plenamente con ella, entiende, y así lo admite el Tribunal Supremo en la sentencia que comento, que la regulación de la doble venta contenida en el artículo 1473 del Código civil no constituye una aplicación de la teoría del título y el modo. Interpretar el artículo 1473 del Código civil en clave del sistema de transmisión excluyendo de su ámbito la venta de cosa ajena, supone dejar prácticamente vacío de contenido el artículo 1473, ya que nada aportaría al sistema. La solución es la misma para la doble venta que para la venta de cosa ajena.

### XIII. LA INSCRIPCIÓN COMO MODO PÚBLICO O CUASI CONSTITUTIVA

La inscripción se erige así en modo público o cuasi constitutiva, pues sin ella no se adquiere plena oponibilidad *erga omnes* del derecho real.

La inoponibilidad de lo no inscrito (art. 32 LH) se predica además no solo frente a títulos de venta inscritos (1473 CC) sino frente a cualquier título de adquisición o constitución onerosa de un derecho real como es la hipoteca. Frente a esta no cabe tercería de dominio (art. 32 LH), de manera

que la dicción literal de la Ley de Enjuiciamiento Civil que admite tercera es para el caso excepcional, patológico y cada vez más limitado de la doble inmatriculación de una finca.

#### XIV. LA FALACIA DE LA TERCIVALENCIA DEL INSTRUMENTO PÚBLICO: EL SECRETO DEL PROTOCOLO NOTARIAL

En este sentido muy peligroso y equivocado es el argumento de la tercivalencia de la escritura pública y la pretendida posibilidad de acceso generalizado a su contenido por parte de terceros, sin necesidad de publicidad registral, defendida por algún sector minoritario del notariado. Es el caso de ÁLVAREZ SALA, que ha defendido esta posición en varias ocasiones<sup>11</sup>.

Sostiene este autor que «para el acceso a la información no es necesaria la obtención del documento que la contiene. La Ley de Transparencia ampara el acceso a la información, no el acceso al documento (o su copia), como medio de prueba en el proceso o título de legitimación en el tráfico, que habrá de solicitarse al notario respectivo como funcionario encargado de su conservación y reproducción, en virtud de un interés legítimo, conforme a la legislación notarial. Por el contrario, el principio de transparencia garantiza no el acceso al documento definitorio de una posición jurídica, sino el acceso al contenido de la información pública para lo que basta un interés cognoscitivo que se presume (sin necesidad de motivarlo) en quien la solicita. Ese acceso a la información notarial de interés público, en virtud de un interés meramente cognoscitivo, puede generar previsiblemente una demanda masiva de información, cuya respuesta solo podrá facilitarse entonces mediante un tratamiento automatizado de la información a través de un archivo central en soporte digitalizado de acceso telemático, como es el Índice Único a cargo del Consejo General del Notariado».

Resulta que, en una suerte de argucia o birlibirloque, aunque este autor reconoce que no cabe acceso indiscriminado al documento, sí que considera que cabe en relación a la información extraída de los mismos por el Consejo General del Notariado, que al ser una Corporación Pública sí que estaría sometida a la Ley de Transparencia. Su colorario es inmediato: sobran los Registros públicos y el principio de fe pública registral.

Claro, no explica que esa información que puede obtener legalmente el Consejo General del Notariado nunca puede ser el contenido del documento, sino solo los índices notariales a efectos estadísticos y otros, como reconoce la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo) de 1 de octubre de 2020.

En efecto recientemente la Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid (Sala de lo contencioso administrativo) de 1 de octubre de 2020 ha considerado nulos los acuerdos del Consejo General del Notariado de 16 de diciembre de 2017 por la que se obligaba a los notarios a la digitalización de los documentos de identidad (DNI) de los otorgantes en el instrumento público y a su remisión al Consejo para el tratamiento de esos datos a través de una sociedad mercantil. Se recuerda en esta sentencia que la competencia del Consejo se reduce a la elaboración de índices, pero carece de competencia para recabar directamente de forma generalizada e indefinida información del notario e imponerle la carga de remitirla. Máxime cuando se trata de cuestiones que afectan al secreto del protocolo y a la intimidad de las personas.

El uso de las nuevas tecnologías no puede amparar que los datos aportados a las notarías se utilicen para finalidades distintas (informes de solvencia cruzando los DNI aportados, por ejemplo) de lo que es el fin propio de la institución notarial. Ni siquiera la lucha contra el blanqueo de capitales o el uso de las nuevas tecnologías como la videoconferencia pueden justificar la ruptura de los principios tradicionales de respeto a los datos personales y del secreto del protocolo notarial. Son los notarios —igual que los registradores— los que bajo su responsabilidad deben ejercer la función de dar seguridad jurídica preventiva, no corporaciones o sociedades limitadas interpuestas.

En definitiva, nada más alejado de la realidad que la denominada ter-civalencia de la escritura pública. Que el instrumento notarial sea público, en cuanto a la fecha y el hecho del otorgamiento (cfr. art. 1218 CC) no significa que su contenido sea de general conocimiento, ni que esté sujeto a la legislación sobre transparencia de la Administración pública. La legislación notarial prevalece sobre todo ello y desde sus orígenes la actuación notarial se rige bajo el principio del secreto del protocolo notarial.

El reglamento notarial considera que el protocolo notarial es secreto (art. 274 RN), y adopta medidas para salvaguardarlo en caso de subsanación de matrices (art. 330). Asimismo, considera falta muy grave la infracción del deber de secreto (art. 348).

Un notario no puede dar copias del instrumento público a cualquier persona que lo solicite, sino que debe tener interés legítimo. Por ejemplo, puede expedir copia en favor de cualquiera de los otorgantes. Pero no de terceros que no hayan intervenido. Ni siquiera pueden expedir segundas copias en títulos ejecutivos, sin una autorización expresa del perjudicado o de un juez.

El secreto notarial del protocolo no solo deriva de la legislación específica notarial sino también de la normativa general sobre protección de datos. La Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y su Reglamento de desarrollo, vienen a regular y desarrollar la protección, en lo que concierne a la protección de datos de carácter personal, de las libertades públicas y

los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente, de su honor e intimidad personal y familiar (art. 1 LOPD).

Los notarios quedan bajo el ámbito subjetivo de la LOPD y los documentos notariales, documentos que recopilan y tratan la información que obtienen en el ejercicio de su función quedan en el ámbito de aplicación de la LOPD, incluyéndose en ellos datos susceptibles de especial protección (arts. 2, 7 y 8 LOPD). En dicha sujeción de los notarios a la LOPD quedan estos obligados, en primer lugar, a guardar secreto de los datos (art. 10 LOPD) así como a proteger y guardar la seguridad de los ficheros que contengan dichos documentos y datos (art. 9 LOPD).

Los derechos recogidos en la escritura pública no son públicos «*erga omnes*» hasta que son objeto de inscripción en un Registro público por decisión del interesado. La legitimación para solicitar la publicidad del título no es tampoco absoluta en el caso del Registro de la Propiedad y Mercantil donde se circunscribe a quienes adquieran algún derecho o sus representantes. No cualquier persona puede convertir la escritura pública en «tercivalente» mediante la inscripción en un Registro público, sino solo los legalmente facultados para ello. Un nuevo argumento para destruir la pretendida aplicación de la Ley de Transparencia a las escrituras públicas.

Pero ocurre además que la restricción al acceso a la información se produce no solo en el entorno de la legislación notarial, que sanciona el secreto del protocolo notarial, sino incluso en el ámbito de los Registros públicos, como pasamos a estudiar. Lo publicado en un Registro público tampoco es de indiscriminado acceso público.

La posibilidad de acceso no es absoluta; tan solo está dirigida a quien va a adoptar la posición de tercer adquirente. O, dicho en otras palabras: el Registro es público para la finalidad para la que fue constituido: la seguridad en el tráfico jurídico, no para otros fines. De ahí que tanto en la Ley Hipotecaria de 1861 como en el Código civil de 1889 se exigiera interés conocido para poder consultar los datos del Registro. Y por lo mismo no se contiene en la legislación hipotecaria —contrariamente a lo que pudiera pensarse— ninguna presunción de conocimiento general.

El artículo 222 de la Ley Hipotecaria, coincidente con el artículo 607 del Código civil, establece que los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos.

La calificación del interés corresponde al Registrador, bajo su personal y exclusiva responsabilidad, sin perjuicio de la posibilidad de recurrir en primera instancia ante el juez de primera instancia correspondiente a la demarcación del Registro y en apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 228 LH), actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

Esta decisión del Centro Directivo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, posibilidad sancionada por la jurisprudencia a diferencia del criterio sostenido en sede de recurso gubernativo.

## XV. CONCLUSIÓN: LA TEORÍA CIVIL DEL TÍTULO Y EL MODO COMO RESIDUAL O SUPLETORIA

A mi entender no se puede explicar la doctrina del título y el modo en derecho civil sin aclarar que en materia de bienes inmuebles la legislación hipotecaria incorporada al Código civil, exige que ese modo sea público mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin ella el derecho real no es plenamente oponible *erga omnes*, y por tanto no es plenamente un derecho real. La plena eficacia del derecho real derivada de la inscripción y no del título, aunque esté sea cauce formal para procurar aquella.

De esta forma la teoría civil pura del título y el modo queda como residual o supletoria en materia inmobiliaria, dado que ya están prácticamente inmatriculados en el Registro de la Propiedad todos los inmuebles.

La legislación registral hipotecaria no es así una legislación especial, mucho menos excepcional, sino que forme parte del sistema general civil de adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Y no es además una legislación de terceros, sino también de partes, de protección del adquirente (causahabiente a título oneroso del titular registral). Desde la inscripción el titular registral queda protegido de los riesgos de evicción y goza de los efectos de inoponibilidad de lo no inscrito, legitimación dispositiva, prioridad en caso de conflicto entre derechos reales, y fe pública registral<sup>12</sup>.

No queda tiempo para destacar que la legislación especial ha extendido estas ideas también a la adquisición de bienes muebles registrables, identificables, pues la regulación aplicable también extiende a ellos los principios registrales propios de los inmuebles, en particular el principio de inoponibilidad y fe pública registral<sup>13</sup>.

## NOTAS

<sup>1</sup> «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto externo, público, y

que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose este del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde a la comisión apreciar este principio cuando se limita a los mismos contrayentes; no toca a la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar a que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento. Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que, para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados, en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

<sup>2</sup> Todo ello sin perjuicio de los efectos que ya de por sí, en determinados casos, puede llegar a tener frente a terceros, como ocurre en materia de exhibición de poderes y su eficacia frente a terceros de buena fe (art. 1738 CC) o en general de la fehaciencia en cuanto a la fecha que la escritura dota al negocio jurídico (como resulta del art. 1227 CC o en relación a la prenda ordinaria del art. 1865 CC).

<sup>3</sup> Los bienes muebles registrables en el Registro de Bienes Muebles están igualmente protegidos y no rige respecto de ellos el artículo 464 de la LH porque están sujetos a los principios registrales de la ley 28/1998, de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles y Ordenanza del Registro de Bienes Muebles aprobada por OM de 9 de julio de 1999 y Reglamento del Registro de Bienes Muebles de 3 de diciembre de 1999. Sobre este Registro véase GARCÍA SOLE, Fernando y GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, *Derecho de Bienes Muebles*, Editorial Marcial Pons, primera edición año 2000, segunda edición año 2020.

<sup>4</sup> Véase LUNA SERRANO, Agustín. *Las verdades oficiales del Derecho*, Editorial Dykinson, 2015. Este autor destaca la presencia de un principio general del derecho —conformado doctrinalmente mediante la llamada analogía iuris— que propicia que la apariencia sea creadora de derecho para los terceros de buena fe, la cual tiene precisamente en la apariencia su fundamento objetivo. Piénsese, en efecto, en la procedencia de la tutela, en el ámbito del tráfico, de quienes tratan con el heredero aparente o, en su caso, con el legatario aparente o con el *falsus procurator* o mandatario aparente y que operan frente a ellos sobre la base de que su presencia y actuación en la vida social manifiestan un derecho subjetivo, una titularidad o una legitimación inexistentes y que no les corresponden, pero que, por un concurso de circunstancias objetivas, se presentan ante los terceros como reales. El valor aparental de la posesión trasciende en diversos aspectos y alcanza un relieve particularmente intenso en relación a la posesión que se disfruta en los bienes muebles. En efecto, el ejemplo más significativo de esta virtualidad de la apariencia de titularidad, que se desprende de la posesión es la figura de la adquisición *a non domino*, que opera a favor de los terceros de buena fe que «fundados en la apariencia creada por la posesión», se conciertan con el poseedor, pudiendo por ello «ser mantenidos en la adquisición procedente del poseedor, aunque este no sea propietario o titular del derecho que transmite». A esta

adquisición de quien no es dueño, pero lo parece, se refiere, en función de la seguridad dinámica, el tan estudiado por la doctrina artículo 464 del Código civil, a tenor del cual y siguiendo la vieja regla originada en el derecho consuetudinario francés de que «en fai de meubles possession vaut titre», recogida literalmente en el artículo 2279 del Código de Napoleón, se dispone que «la posesión de los bienes muebles adquiridos de buena fe equivale al título», precepto que es mayoritariamente entendido en el sentido de que el título a que se refiere la norma es el título de propiedad, de modo que quien adquiere una cosa mueble mediante negocio jurídico válido y recibe la posesión del aparente propietario deviene inmediatamente dueño de ella. En este caso, como ordinariamente ocurre en los demás supuestos de relevancia de la apariencia en que esta reemplaza al derecho, a las exigencias de la equidad —que orientan básicamente el tratamiento de la apariencia— se superponen los intereses del tráfico, otorgando a los terceros de buena fe —cuyo presupuesto y requisito objetivo es precisamente la apariencia que denota la posesión del enajenante— una tutela prioritaria a costa de una menor garantía de los derechos preexistentes y de las situaciones jurídicas preconstituidas. También en razón de la virtualidad de la apariencia de propiedad dispone, en la misma función de seguridad dinámica, el artículo 85 de Código de Comercio, a través de la contradictoriamente llamada «prescripción instantánea», que «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertos al público causará prescripción de derecho a favor del comprador», aunque el vendedor no sea propietario, sino mero tenedor, de las mismas, precepto cuya disciplina se extiende también a la adquisición de bienes muebles mediante venta en pública subasta regulada en la normativa sobre el comercio minorista. La propia idea de la protección de la apariencia está presente en la circulación de los valores mobiliarios incorporados a títulos al portador o representados por anotaciones en cuenta. La idea de protección de la apariencia subyace asimismo a la apreciación de la fundada creencia de que el contenido en los asientos registrales relativos a los derechos sobre bienes inmuebles, en cuanto que gozan del marchamo de ser confeccionados en el marco de un servicio prestado por el Estado por un funcionario público, se corresponde con la realidad que se deriva de tal verdad oficial y de que, en tal sentido, suministra a quien consulta el registro una certeza, proporcionada por la apariencia de veracidad sustancial de lo que proclaman tales asientos, que, cuando sirve de base a una decisión que se toma en función de ella, da lugar a proteger una actuación que no se puede defraudar. En virtud de cuanto dispone el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en efecto, el tercero que de buena fe adquiere la propiedad u otro derecho real sobre un inmueble de quien, según el registro, parece dueño o titular del derecho real y que, en función de tal título putativo, originado por la apariencia, cree que dicho titular inscrito está legitimado y tiene facultades para transmitir, se concerta con él, paga por dicha adquisición e inscribe la misma «será mantenido en su adquisición», lo que viene a remachar el artículo 40.4 del propio cuerpo legal al establecer que la posible rectificación del contenido del registro por no reflejar la realidad no perjudicará la adquisición hecha por tercero a título oneroso de buena fe «durante la vigencia del asiento que se declare inexacto».

<sup>5</sup> Véase por todas Resoluciones de 3 de abril de 2017, dejando la inscripción de una sentencia de usucapión en la que no se había entablado el procedimiento adecuadamente contra la herencia yacente; y la de 5 de febrero de 2021 relativa a la aprobación judicial firme por el juez del concurso de las ventas de inmuebles dentro de un plan de liquidación que no había respetado el derecho de los acreedores hipotecarios anteriores a ser pagados como créditos preferentes.

<sup>6</sup> En su anterior numeración era artículo 313.

<sup>7</sup> Recuerda la SAP Toledo 200/2019 de 2 de diciembre de 2019, como esa premisa, convertida a la vez en principio dogmático fundamental, de la inexistencia de efectos civiles de los datos catastrales, es lo que ha permitido la admisión en el Catastro de documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad, conforme al artículo 319 de la Ley Hipotecaria. En efecto, el Catastro, como oficina del Estado, solo puede admitir documentos no inscritos en el Registro de la Propiedad y con contenido jurídico real si

tal admisión solo lo es a efectos fiscales o tributarios, (que son precisamente los efectos propios de la institución catastral).

<sup>8</sup> Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real. Esta presunción igualmente regirá cuando se hubiera incorporado al folio real una representación gráfica alternativa, en los supuestos en que dicha representación haya sido validada previamente por una autoridad pública, y hayan transcurrido seis meses desde la comunicación de la inscripción correspondiente al Catastro, sin que este haya comunicado al Registro que existan impedimentos a su validación técnica.

<sup>9</sup> Ponente D. Francisco MARÍN CASTÁN, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y miembro del comité ejecutivo de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que así puede considerarse que ha sido una de las personas más influyentes en la clarificación del derecho registral en los últimos años.

<sup>10</sup> CUENA CASAS, Matilde. Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007. Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1473 del Código civil, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Coordinación Mariano Yzquierdo Tolsada, Dykinson, 2008-2009.

<sup>11</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan, Protección de datos y conectividad notarial (la función notarial entre la privacidad y la transparencia), *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 58, 2018, 625-682.

<sup>12</sup> Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2017: «Nuestro ordenamiento jurídico no ha concebido el Registro de la Propiedad como un mero instrumento para la publicidad de relaciones jurídicas inmobiliarias plenamente conformadas en el ámbito civil. Muy al contrario, a la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. Aun manteniendo como norma general el carácter voluntario y declarativo de la inscripción, nuestra legislación ha previsto que el reconocimiento que el Estado hace a través de la inscripción respecto de un derecho real, implica que, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extrarregistral, dicho derecho inscrito goza de prioridad frente a otros derechos reales que en el futuro pretendan el acceso al Registro (art. 17 LH); que, mientras no se declare lo contrario por los Tribunales, se presumirá que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida por el propio asiento (arts. 1.3.º y 38 LH); que ningún otro título no inscrito será oponible a la titularidad registral (art. 32 LH); o que aquel que adquiriera a título oneroso y de buena fe confiando en los pronunciamientos del Registro, sea mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constasen en el Registro (art. 34 LH). Dada la trascendencia que se reconoce a la inscripción, nuestro legislador, ya desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, se preocupó especialmente por garantizar el control de legalidad de los títulos que accedían al Registro. Para ello dispuso dos filtros. Por un lado, encomendó a los registradores de la propiedad la realización de un exhaustivo análisis de la legalidad del documento que se presentaba a inscripción. Y, por otro, estableció la necesidad de que, con carácter general, solo pudieran ingresar en el Registro documentos públicos».

<sup>13</sup> Véase ordenanza del Registro de Bienes Muebles aprobada por Orden Ministerial de 9 de julio de 1999, ley de venta a plazos de 13 de julio de 1988, y Reglamento de Bienes Muebles aprobado por Real Decreto de 3 de diciembre de 1999. Véase GÓMEZ GÁLLIGO, Javier y GARCÍA SOLE, Fernando, *Derecho de los Bienes Muebles*, segunda edición 2020.

*Trabajo recibido el 1-12-2020 y aceptado  
para su publicación el 15-1-2021*